

ISSN 0326-2774

PRUDENTIA JURIS

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA ARGENTINA
SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES

NRO. 79 - JUNIO 2015



Editorial
de la
Universidad
Católica
Argentina

Presentación..... 11

**PARTE I. Cátedra Internacional Ley Natural
y Persona Humana**

HERRERA, Daniel A.
En defensa de la moralidad del Derecho (In Defense of the Morality of Law).... 17

BANDIERI, Luis María
Los animales, ¿tienen derechos? (Do Animals have Rights?) 33

LAMAS, Félix A.
La estructura del orden moral. Una introducción a la ética de cuño
aristotélico-tomista (The Structure of the Moral Order. An Introduction
on Aristotelian-thomistic Ethics) 57

PARTE II. Estudios Doctrinales

DÍAZ DE TERÁN VELASCO, Maricruz
Derecho, religión y tolerancia: reflexiones sobre un debate siempre actual
(Law, Religion and Tolerance: Considerations on a Current Debate)..... 89

GODIO, Leopoldo M. A.
Los buques públicos y el Derecho Internacional Contemporáneo: el caso
de la “Fragata ARA Libertad” (Public Ships and Contemporary
International Law: the case of “Fragata ARA Libertad”)..... 101

FORTUNAT STAGL, Jakob
El Estado de Derecho contra el Estado de Codicia: Edmund Burke contra
la Compañía Británica de las Indias Orientales (The Rule of Law against
the State of Greed: Edmund Burke against the East India Company) 125

RATTI-MENDAÑA, Florencia
Los principios jurídicos: revisión histórica y concepción actual desde la
perspectiva neoconstitucionalista (The Legal Principles: Historical Review
and Current Conception from Neoconstitutionalism)..... 159

MORENO, Guillermina	
Intervención de terceros en el amparo. Comunidad de controversias y afectación de derechos (Third Party Intervention in the Writ of Amparo. Community Disputes and Law's Infringement)	185
RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos	
Alcance y límites de la interpretación analógica (Scope and Limits of Analogical Interpretation)	197
LÓPEZ DÍAZ-VALENTÍN, Patricio J.	
La fundamentación eugenésica del Artículo 86, inc. 2, del Código Penal y el fallo "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva". Convalidación de una teoría aberrante (Eugenic Basis of Article 86, section 2, of the Criminal Code and Ruling Judgement "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva". Recognition of an Aberrant Theory).....	217
QUIROGA, Florencia; IBARZÁBAL, María y ABBONDANZA, Belén	
El bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado (The Common Good as the Foundation of the State's Responsibility)	229

PARTE III. Notas y comentarios

El concepto de "vida privada" en la fecundación heteróloga y el diagnóstico genético preimplantatorio. A propósito de la STEDH "Costa y Pavan c/ Italia", del 28 de agosto de 2012 (The Concept of "Privacy Life" in Heterologous Fertilization and Preimplantation Genetic Diagnosis. About the ECHR decision "Costa and Pavan vs. Italy", on august 28, 2012) por José Antonio Santos	251
Apuntes para repensar el "acuerdo práctico" de Jacques Maritain (Notes for Rethinking the Jacques Maritain's "Practical Agreement") por Luciano Laise	259
Los principios de la Bioética (Bioethic's Principles) por Bernardita Berti García	269
Verdad, Realidad y Derecho. La verdad práctica y el Derecho (Truth, Reality and Law. The Practice Truth and the Law) por Lucila A. Bossini	281

¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres? El problema en Platón y Aristóteles (Law's Government or Men's Government? The problem in Plato and Aristotle) por Julio E. Lalanne	295
---	-----

PARTE IV. Documentos

Mensaje del Santo Padre Francisco para la celebración de la XLVIII Jornada Mundial de la Paz, Vaticano, 1º de enero de 2015	313
“Las elecciones, exigencia de compromiso ciudadano”. Conferencia Episcopal Argentina. 18 de marzo de 2015	321

PARTE V. Recensiones

JORGE VELARDE ROSSO. <i>Límites de la democracia pluralista. Aproximación al pensamiento político de Joseph Ratzinger-Benedicto XVI.</i> Buenos Aires. Ediciones Cooperativas-Instituto Acton de Argentina. 2013 (por Roberto H. Bosca)	327
UGARTE MOSTAJO, DANIEL L. <i>La garantía institucional del matrimonio en la Constitución de 1993. La heterosexualidad como rasgo esencial de la institución matrimonial.</i> Lima. Palestra Editores. 2014 (por Milagros Salaverri).....	329
Normas de publicación	331

ALCANCE Y LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

Scope and Limits of Analogical Interpretation

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba*

Resumen: El objetivo principal de esta investigación es definir cuál es el alcance y cuáles son los límites del uso de la analogía en el Derecho. Para el efecto, se comienza estudiando el concepto, las clases y la justificación de la analogía (capítulos I a III), primero desde un punto de vista netamente teórico y metafísico, y luego con un enfoque práctico jurídico. El capítulo IV revisa qué funciones tiene y para qué no sirve la analogía en el Derecho. A continuación se delimita cuándo es posible acudir al recurso analógico, señalando cuáles son los requisitos necesarios para que la analogía opere (capítulo V) y a qué objetos jurídicos puede aplicarse la analogía (capítulo VI). El capítulo VII estudia la diversa fortaleza intrínseca de los diferentes tipos de analogía que pueden darse en el Derecho. Tomando en cuenta todos estos antecedentes, el capítulo VIII termina definiendo ya concretamente cuáles son los casos en que la analogía en el Derecho (tanto la “*analogía legis*”, como la “*analogía iuris*”) es eficaz jurídicamente, y qué motivos podrían hacer que su aplicación resulte impedida o limitada.

Palabras clave: Analogía de la ley - Analogía del Derecho - Principios generales del Derecho - Aforismos - Interpretación extensiva.

Abstract: The main objective of this research is to define the scope and limits of analog interpretation of the Law. For this purpose, we start analyzing what is the concept, classes and the justification of analogy (chapters I to III), first from a purely theoretical and metaphysical view, then with a practical legal approach. Chapter IV analyze what functions correspond to the analogy of the Law. Then we search when it is possible to use the analog resource, noting the requirements for it to operate (chapter V) and which legal objects applies to analogy (chapter VI). Chapter VII examines the different intrinsic strength of the different types of analogy that may be

* Universidad de Los Hemisferios (Quito, Ecuador). Profesor titular de Derecho Constitucional y de Teoría fundamental del Derecho. Este trabajo se enmarca en el proyecto Metafísica Jurídica 2015, adscrito a la línea de investigación “Los fundamentos naturales, humanos y positivos del Derecho”, de la Universidad de Los Hemisferios. jcriofrio@gmail.com / juancarlosr@uhemisferios.edu.ec.

on Law. Considering all this background, chapter VIII ends defining precisely when the analogy (*analogia legis* or *analogia iuris*) is legally effective, and what kind of reasons could make a prevention or limitation of their application in a single case.

Key-words: Analogy of law - Analogy of right - General principles of law - Aphorisms - Extensive interpretation.

La analogía es uno de los términos metafísicos más usados en el tráfico jurídico. Consideramos que si se ahondara más en su significado metafísico, esta figura prestaría mejores servicios a la hermenéutica jurídica. Este es el cometido de la presente investigación: analizar el concepto, las clases y el funcionamiento de la analogía, para con estos antecedentes poder definir cuál es el alcance y cuáles son los límites del recurso de la analogía en el Derecho. El artículo comienza con un estudio más teórico y metafísico, del que luego se sacan consecuencias prácticas para la Ciencia del Derecho.

I. Análisis metafísico de la analogía

1.1. Concepto de analogía

Como se sabe, las palabras pueden tener un sentido unívoco, uno equívoco o uno análogo. Algunas poseen un significado muy preciso, *unívoco*, que excluye la confusión con cualquier otra realidad: "persona humana", "diodo", "hipotenusa" son términos que se usan siempre en un mismo sentido. Quien los conoce no se confunde. Otras palabras, en cambio, designan una multitud de extremos que nada tienen que ver entre sí: por ejemplo, en varios sitios "cola" sirve para nombrar a todo género de gaseosas, además de la cola del perro o de la fila para esperar el bus. Como no hay relación lógica, histórica, ni real entre una gaseosa, la cola del animal y la fila de espera, el término resulta *equívoco*. Por el contrario, otras palabras aluden a varios objetos entre los que sí existe algún tipo de relación real o imaginaria: "ángel" designa al ser espiritual celeste y al "ángel caído", y metafóricamente a la inspiración que recibe un escritor, o a la doncella que para el novio es "su ángel". El término alude a realidades distintas que guardan alguna relación con lo espiritual.

De forma general, la analogía es una *relación entre dos cosas que guardan alguna semejanza o están emparentadas por una causa*. Justamente por eso la analogía implica un orden, aquel orden determinado por esa causa. Aunque los términos análogos se predicán de muchos objetos, no se predicán de todos ellos con la misma intensidad. Siempre habrá un *analogatum princeps*, un analogado que será el caso paradigmático, la referencia principal, el primero de la serie. En el ejemplo antes propuesto, la palabra "ángel" se predica de muchas cosas, pero sin duda calza mejor cuando alude al "ser espiritual celeste"; este es el analogado principal del que derivaban las demás acepciones de la palabra. "Sano" se predica primero del hombre y sólo luego de la comida "saludable" o de los signos corporales que denotan salud (el color de la piel, la temperatura, los exámenes clínicos, etc.). "César" inicialmente

alude a la persona y sólo luego, por referencia a él, a la estatua o cuadro que plasma su figura¹.

1.2. Clases de analogía

Aunque fue muy utilizada por Aristóteles y Santo Tomás, lamentablemente ambos nunca sistematizaron el estudio de la analogía. Un tardío comentador del Aquinate, el cardenal Cayetano († 1534), será el primero que lo haga, distinguiendo para el efecto tres tipos de analogía: la analogía de proporcionalidad, la analogía de atribución y la analogía de desigualdad (esta última especie de analogía formulada por Cayetano no ha tenido gran acogida en la doctrina filosófica)². Analizaremos ahora de forma somera las dos principales clases de analogía.

La *analogía de proporcionalidad* se fundamenta principalmente en la causa formal (a la que se apareja la material) y atiende a la semejanza de proporciones o propiedades que se da de alguna forma en los extremos analogados. La proporcionalidad puede ser *propia o impropia*. Un ejemplo de proporcionalidad propia es la frase “ahí está el César”, que puede decirse con dos sentidos: de la persona del César o de la silueta que aparece en las monedas del Imperio (en ambos casos se dice de forma propia, pues es su propia figura la que se descubre ahí). En cambio, la proporcionalidad impropia aparece en las metáforas que no aluden a la forma propia sino a cierta semejanza lejana, como cuando se dice que David es un león porque tiene gran fuerza (león se dice de forma propia del animal y de forma impropia del rey). La analogía de proporcionalidad admite gradación, porque cabe que unas cosas sean más parecidas a otras (v. gr., unos cuadros más parecidos al retratado que otros).

Al Derecho no le interesan las analogías metafóricas. En el Derecho la analogía de proporcionalidad puede justificarse con argumentos *a pari*, *a maiore ad minus* y *a minore ad maius*. El primer argumento es el de la norma que permite a un determinado funcionario nombrar una secretaria particular; no habría motivo para impedirle nombrar un hombre, porque aunque la norma se refiera a una secretaria, por igualdad de razón es aplicable a las personas de género masculino. El segundo argumento permite que se haga algo menor de lo expresamente ordenado. Así, si la ley estableciera que en los terrenos contiguos a un aeropuerto se pueden construir edificios de dos niveles, la analogía *ad minus* permite concluir que también es posible construir casas de un solo piso. Ejemplo del tercer argumento es la norma sanitaria que prohíbe consumir refrescos en un centro de diversión; por

1 Acotamos que algunos autores consideran dudoso que la proporcionalidad exija de por sí la presencia de un primer analogado, sobre todo si es metafórica. Cf. Cruz Amorós, V. (1999). *El fundamento metafísico de la relación entre las analogías de atribución y de proporcionalidad. La interpretación de Cornelio Fabro de la doctrina de Santo Tomás*. Roma. Pontificia Universidad de la Santa Cruz, 149.

2 Cf. Cayetano. *De nomenclatura analogía*, cap. I, 3. La distinción de las clases de analogía sigue siendo un problema actual de la metafísica. En la doctrina aparece una multiplicidad de criterios muy grande acerca del concepto de analogía de proporcionalidad y de atribución, lo que torna singularmente compleja la materia. Por eso intentamos seguir los ejemplos clásicos de Tomás de Aquino.

analogía *ad maius* habría de concluirse que mucho más está prohibido consumir bebidas alcohólicas³.

La analogía de atribución se sustenta básicamente en la causa eficiente (y su par, la causa final), en cuanto el efecto hereda ciertas semejanzas de la causa. La atribución puede ser *intrínseca* o *extrínseca*, dependiendo de si la causa radica en el mismo ser o en otro externo. Lo “perverso” se dice de la intención de la voluntad, de la acción voluntaria de acuchillar a un inocente y de los efectos del delito como la inseguridad jurídica que crea. Lo “sano” se predica tanto del cuerpo sano, como de la medicina que sana, como del color de la piel o de la orina de una persona sana. En estos casos se observa que hay causas que permanecen y actúan por dentro (la voluntad sobre el acto; el órgano bueno sobre la piel) y otras cuyos efectos se dan fuera (la mala voluntad crea inseguridad social; la medicina cura a quien la toma; la persona sana produce una determinada orina).

En el Derecho la analogía de atribución puede justificarse en los principios del Derecho (v. gr., el principio de jerarquía, *pro homine*, *pro libertate*, etc.), en razones axiológicas y teleológicas. Así, no goza del favor del Derecho aquello que restringe injustificadamente la libertad (v. gr., una orden de prisión no motivada), ni por analogía lo que tal restricción conlleva (v. gr., la prisión, la imposibilidad de seguir laborando, el enfriamiento de las relaciones familiares, etc.). De igual manera, son antijurídicas las decisiones de autoridad que contrarían los fines y valores del sistema legal, así como —por extensión analógica— los daños que estas decisiones conllevan.

Otras clasificaciones de las analogías son más prolijas en detalles. Por ejemplo, se han distinguido las analogías de oposición o antonímicas (v. gr., bueno-malo, sincero-mendaz); las analogías de intensidad (v. gr., neutro-malo-pésimo, cálido-llama-incendio, estima-aprecio-adoración); la analogía inclusiva, que puede ser de género-especie, todo-parte, conjunto-elemento, continente-contenido; la analogía de ubicación (v. gr., auto-garaje, avión-hangar); la analogía causa-efecto (v. gr., calor-dilatación, chispa-incendio); la analogía de secuencialidad (v. gr., miércoles-jueves, trabajo-descanso, neoclasicismo-romanticismo); la analogía por la función (v. gr., chofer-conducir, linterna-iluminar); la analogía de reciprocidad (v. gr., trampero-trampa; predador-presa); la analogía por el producto (v. gr., sastre-terno, científico-fórmula); la analogía por medio o instrumento (v. gr., profesor-tiza, cirujano-bisturí); la analogía de características (v. gr., sol-brillo, noche-oscuridad), etc. Estas clasificaciones dependen del tipo de argumento con el que se hace la analogía, y en parte se pueden reconducir a la clasificación antes hecha.

II. Justificación del uso de la analogía en el Derecho

La noción de analogía es antiquísima en la filosofía. Fue muy usada por los griegos, especialmente por el Estagirita, y de ella sacó pingües consecuencias Tomás

³ Los ejemplos constan en García Máynez, E. (1984). *Introducción al estudio del Derecho*. México, Porrúa, 335-336. Aquí los incluimos dentro de la analogía de proporcionalidad.

de Aquino, también para el Derecho⁴. Desde hace unos siglos esta figura ha encontrado buen cobijo en la ciencia jurídica. Contra lo que se podría esperar, fue en las luchas contra el iusnaturalismo donde Savigny redescubrió la función que la analogía tenía dentro del Derecho. La Escuela Histórica consideraba que el ordenamiento jurídico positivo (constituido por la costumbre y la ley) era “autosuficiente” y gozaba de tanta “unidad o armonía”, que ello le permitía extraer preceptos no previstos por el orden jurídico positivo a partir de los casos semejantes que sí estaban regulados⁵. La analogía era un medio eficaz para llenar los vacíos normativos.

A diferencia de los ánimos optimistas del siglo XVIII, hoy se tiene menos confianza en la razón y ya no se acepta la idea de un progreso constante e indefinido. Los juristas tampoco creen en un orden jurídico perfecto, ni en la existencia de un sistema pleno de Derecho. Aún así, todavía se recurre en el tráfico jurídico al uso de la analogía, tanto para llenar vacíos legales, como para aclarar el sentido de una disposición. Incluso se le ha conferido el papel de ser un elemento integrador del ordenamiento jurídico, de los pedazos normativos que eventualmente podrían hallarse dispersos.

Afortunadamente la justificación más clásica de la analogía no es la de la Escuela Histórica, que requiere de un ordenamiento jurídico perfecto para que ella opere. Un aforismo medieval ya decía que *ubi est eadem ratio vel aequitas idem ius statui debet* (cuando existe la misma razón y equidad, debe establecerse el mismo derecho)⁶. En realidad no hace falta un orden jurídico perfecto para que viva la analogía, sino sólo dos casos donde se verifique la misma razón jurídica.

La justificación de la analogía es muy simple para quien acepta la racionalidad del Derecho. Si el Derecho es racional, habrá de aceptarse que donde hay la misma razón debe aplicarse la misma disposición. Sería imposible analogar una ley irracional, porque no se hallaría en ella ninguna *ratio iuris*. Por eso, si partiéramos de una postura irracionalista, si como dicen los positivistas extremos “cualquier cosa puede ser Derecho”, entonces al final del camino la analogía no se justificaría en absoluto y sólo sería un paraguas que encubriría la arbitrariedad del juzgador.

Como decía el Aquinate, es propio del conocimiento humano ir de lo fácil a lo difícil, comparar y distinguir las cosas⁷. Así encuentra la verdad, cualquier verdad,

4 Entre otras cosas, Tomás de Aquino observó que *ius* es un término análogo y que su primer significado es *la cosa justa*. Cf. *Summa Th.* II-II, q. 57, a 1, ad 1.

5 Savigny, F. C. v. (1878). *Sistema de Derecho Romano actual*. Trad. de J. Mesía & M. Poley sobre la versión francesa de Ch. Genoux. Madrid. Góngora, 196-198.

6 Aparece en Ludovicus Bologninus, *ad Digestum Vetus* 9.2.32, 713, sexta columna derecha. El principio también fue formulado por Godofredo: *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem debet esse iuris dispositio*. Godofredo también le da una formulación negativa: *ubi cessat ratio legis, cessare quoque debet eius dispositio*.

En ocasiones el aforismo se emplea de forma abreviada, como: *ubi est eadem ratio, ibi idem ius* (cuando hay identidad de razón, se aplica el mismo derecho). Así consta en Brunnemann. *Consilium* 84, núm. 12. Otra versión conocida es *ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio*. La jurisprudencia española contemporánea anota con frecuencia que *ubi eadem est legis ratio, eadem et legis dispositio esse debet*. Para un estudio del aforismo, cf. Domingo, R. (ed.). (2003). *Principios de Derecho global. Aforismos jurídicos comentados*. Cizur Menor (Navarra). Thomson-Aranzadi, 238-329.

7 De hecho, el primero de los consejos de Santo Tomás para adquirir la ciencia dice así: “[...] entra al océano por los pequeños arroyos, no de una vez, porque conviene ir de lo más fácil a lo más difícil. Este es mi consejo y tu instrucción”. Esto mismo proceder de lo fácil a lo difícil lo encontramos en las cinco vías del

también la jurídica. La analogía obedece a ese proceder del intelecto humano: compara los casos fáciles con los difíciles, para ver si encuentra en los primeros una luz que ilumine lo oscuro. Comparando verificará si los extremos analizados se encuentran en igualdad de condiciones, y entonces aplicará el argumento *a pari*, o si obedecen a las mismas razones pero en grado diverso, y entonces aplicará los argumentos *a maiore ad minus* o *a minore ad maius*.

De todas maneras, la racionalidad del Derecho no es la única, ni la más recurrida justificación. Con frecuencia se la fundamenta en el principio de igualdad⁸, y ciertamente el principio se debe aplicar a los casos iguales, pero resulta menos precisa tal fundamentación cuando los extremos analogados son parcialmente distintos. Además, el principio de igualdad tradicional requiere que exista una misma autoridad que dicte la norma: no cabría aplicar este principio entre dos ordenanzas emitidas para casos idénticos en dos municipios distintos (y parece que aquí sí cabría aplicar la analogía).

Otra justificación que más o menos se esboza en algunos autores es la teleológica⁹. Se apela entonces a los fines del ordenamiento jurídico, a los fines por los que el legislador o la autoridad dictaron la norma. Así, se constata que si el legislador hubiera previsto el caso no regulado, probablemente hubiera emitido una regulación similar al caso que sí reguló. Expuesto así el argumento —que lleva su parte de razón— habría que decir que estamos más bien ante la regla de interpretación teleológica y no ante la figura de analogía. Con todo, es verdad que el uso de la analogía requiere de la verificación de que en uno y otro caso existe la misma *razón jurídica*, y que ello implica que deben analizarse los casos, las cosas, las leyes y sus fines; solo así se podrá determinar si ambos casos son semejantes y si cabe aplicar la misma *ratio iuris*.

Curiosamente un iusnaturalista como Vigo ha negado la autonomía de analogía en el Derecho. Al respecto ha manifestado lo siguiente:

“Vemos que no habría aplicación analógica como procedimiento esencialmente diferente de los principios generales del Derecho, pues al darse una determinada solución a un caso no regulado fundándose en la semejanza que guarda con otro regulado, se aplica esta norma porque contiene principios reguladores que comprenden ambos casos, de los cuales se deduce, según justicia, la disposición ausente en el ordenamiento jurídico”¹⁰.

conocimiento, especialmente en la cuarta que está relacionada con las perfecciones gradadas. Cf. *Summa Th.* I, q. 2, a. 3, sol. El Santo explica que el conocimiento para alcanzar a Dios será siempre imperfecto, limitado y analógico, a partir de comparaciones con otras realidades limitadas e imperfectas, cuyas causas y accidentes conocemos.

8 En este sentido, Atienza Rodríguez, M. (1985). “Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho”. En *Doxa*, 2, 228, señala que en ciertos supuestos “el recurso a la analogía se basa en el principio de igualdad (o regla formal de justicia) que prescribe que se deben tratar igual los casos semejantes (es decir, los casos que son iguales en los aspectos que se estiman relevantes). En consecuencia, la analogía aparece como un instrumento de la justicia formal”.

9 Por ejemplo, en Báez Moreno, A. (2010). “Algunas reflexiones sobre la prohibición de analogía en Derecho Tributario”. En *Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Alvaro Rodríguez Bereijo*, T. I. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi Thomson Reuters, 466-471.

10 Vigo, R. (1978). *Integración de la ley. Art. 16 del Código Civil*. Buenos Aires. Astrea, 184.

Vigo lleva su parte de razón, porque la analogía no sería nada sin el resto de los principios del Derecho. Son ellos los que sustancialmente definen la *ratio iuris*, tanto del caso analogado, como del analogable. En realidad la analogía es un procedimiento formal, un instrumento vacío de contenido pre-establecido, que permite hallar una respuesta partiendo de lo fácil para llegar a lo difícil. La analogía es un recurso que permite descubrir los principios de modo fácil. Como dice Falcón y Tello, “por analogía llegamos inductivamente a los principios generales del Derecho, y de ellos deductivamente, por analogía, descendemos hasta el caso indiferente”^{11, 12}.

III. Noción de analogía y distinción de otras figuras

Los juristas han empleado la figura de la analogía para solucionar los casos difíciles a la hora de interpretar la ley escrita e, incluso, como fuente del Derecho capaz de llenar los vacíos del ordenamiento jurídico. En este sentido, la analogía podría definirse como el recurso intelectual que busca la definición del Derecho en un caso discutido, comparándolo con un caso semejante indiscutido¹³. Mientras mayor sea la semejanza entre ambos casos, el Derecho podrá valerse más de esta figura para concretar los espacios jurídicos confusos o indeterminados. Por eso la analogía admite grados: hay analogías más fuertes que otras.

Consideramos que la esencia de la analogía no es ser una mera ficción jurídica, ni un principio sustantivo del Derecho, ni un tipo de interpretación a contrario, a fortiori, extensiva, inductiva, ni mucho menos un justificativo de la arbitrariedad del juez.

Si la analogía es o no ficción depende de qué entendamos por ficción. Hay ficciones y ficciones...¹⁴ Si por ficción se entiende un ente mental o intencional (relacionado o no con la realidad), entonces desde luego la analogía es una ficción, pues tanto el juicio intelectual de analogía, como su conclusión, permanecen dentro de la mente humana. En cambio, si se define a la ficción como algo totalmente desconectado de la realidad, entonces la analogía jurídica no es ficción –no es pura y barata ficción– porque ella compara extremos que de alguna manera pueden verificarse en la realidad (ya sea en sí mismos o en sus efectos)¹⁵. En cualquier caso,

11 Falcón y Tello, M. J. (1991). *El argumento analógico en el Derecho*. Madrid. Civitas-Universidad Complutense, 141.

12 Parece un poco exagerada la identificación simple de la analogía con los principios generales del Derecho. Como se verá en el capítulo IV de este artículo, entre unos y otros existen diferentes funciones que no se pueden pasar por alto.

13 Los estudios sobre la analogía suelen iniciar afirmando que no existe un significado unánime de la analogía. Atienza Rodríguez, M. Ob. cit., 223, distingue la analogía como proporción, como atributo y como argumento. Klug diferencia la analogía como concepto (semejante a un concepto vago, borroso o abierto), como juicio y como argumento. Al Derecho interesa especialmente esta última acepción. Sin dar por zanjado el tema, anotamos este concepto preliminar de analogía como hipótesis de trabajo.

14 Al respecto, véase nuestro trabajo (2014). “Derecho, realidad y ficción. Posibilidades y límites”. En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 17, 111-138.

15 Desde luego, sí sería ficción muy ficticia aquella justificación de la analogía que afirma que el caso no regulado se resuelve igual que el caso regulado “porque esa es la voluntad del legislador”, pues tal volun-

lo esencial de la analogía no es la ficción, sino la comparación de los casos difíciles con los fáciles.

Como dijimos, cierto sector de la doctrina tiende a identificar el recurso de la analogía con los principios generales del Derecho¹⁶. Según Atienza, “no es posible tampoco establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la *generalización* a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general” (228). Repetimos aquí que la analogía no es un principio sustantivo de Derecho, sino un procedimiento formal que puede ser llenado con diversos argumentos o principios. A lo más, sería *lato sensu* un principio formal de Derecho.

Como procedimiento formal la analogía no se identifica ni con los argumentos que eventualmente utiliza en la comparación, ni con su resultado. No es un argumento *a contrario*¹⁷, *a fortiori*¹⁸, *una mera inducción del caso particular al general*, *ni menos una deducción*, aunque en la comparación analógica *quepa acudir a estos argumentos para ver lo que es igual y lo que es distinto en los extremos analizados*¹⁹.

Tampoco la analogía se identifica con su ocasional resultado: la aplicación de la analogía legis suele extender el imperio de la ley a casos inicialmente no previstos por el legislador. Éste suele ser el mismo resultado de la interpretación extensiva, pero esta interpretación tiene un fundamento diverso: la analogía extiende la aplicación de la ley comparando similitudes, mientras la interpretación extensiva lo hace fundándose en otro género de justificativos (v. gr., el principio *pro homine*, *pro libertate*, etc.).

Finalmente, la analogía no es “creación arbitraria del Derecho”. Ciertamente, como en toda analogía, cabe aplicar una graduación entre las cosas más semejantes y las más disímiles. Las analogías más fuertes serán las que se hagan de los extremos más iguales. Atienza observa que existe “una graduación, un continuo que se prolonga, hacia arriba, hasta la creación arbitraria de Derecho y, hacia abajo, hasta la interpretación denominada declarativa” (227). Sin embargo, ha de rescatarse el valor de la analogía fundado en la realidad. No es legítimo que un juez en una sentencia recurra a una rara analogía entre dos casos absolutamente disímiles para justificar forzosamente su creación arbitraria de Derecho.

tad en realidad nunca se dio. Pero aquí solo estamos analizando la naturaleza de la analogía, considerada en sí misma, no en sus justificativos.

16 Cf. Vigo, R. Ob. cit., 141; McCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford. Oxford University Press, 153 y 186; Atienza Rodríguez, M. Ob. cit., 228.

17 Según Tarello, por este argumento a contrario “se debe evitar extender el significado de aquel término de tal modo que comprenda sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo”. Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Milano. Giuffrè Editore, 346.

18 Tarello (ibídem) define este argumento de la siguiente manera: “[...] dado un enunciado normativo que predica una obligación u otra cualificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, debe concluirse que valga (que sea válido, que exista) otro enunciado que predique la misma cualificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentran en una situación tal que se merecen, con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos, la cualificación que el enunciado otorga a los primeros”.

19 Para un estudio más prolijo de la distinción de estas figuras, cf. Dorantes Díaz, Francisco Javier (2011). “Algunos argumentos jurídicos especiales. La analogía y la abducción”. En *Alegatos*, 79, 721-740.

IV. Funciones de la analogía en el Derecho

Tres son las funciones que tiene la analogía: la jurígena, la aclaratoria y la integradora. Tradicionalmente se ha visto a la analogía como un recurso jurígeno²⁰ que permite llenar los vacíos del ordenamiento legal: sirven de fuente²¹ en caso de insuficiencia de ley, costumbre o norma jurídica. También la analogía se erige como un criterio orientador de la labor de interpretación. Además, cumplen una función integradora del sistema jurídico al dotar de sentido a las normas dudosas u oscuras, bajo la luz de las normas más claras. Una correcta aplicación de la analogía propicia el entendimiento armónico de todo el ordenamiento jurídico.

Repárese que la función de llenar vacíos es más intensa y exige más del recurso analógico, que la de la mera comparación para aclarar el sentido de las normas. Por eso, los vacíos legales requieren del concurso de una analogía más fuerte y eficaz que pueda llenarlos, mientras para la función aclaratoria muchas veces bastará acudir a otras analogías más débiles.

A diferencia de los principios generales del Derecho, la analogía no cumple con la función limitadora de estos principios, por la cual ellos se presentan como criterios limitativos de los Derechos²². Tampoco la analogía se presenta como fundamento del ordenamiento jurídico, como sí lo son, en cierta medida, los principios generales del Derecho²³. Esto prueba cómo la analogía no se puede identificar o subsumir dentro de estos principios.

V. Requisitos

Sintetizando y completando la doctrina sobre los requisitos, tenemos que son cuatro los necesarios para que opere la analogía:

- (i) *La existencia de un caso indiscutido*, cuya regulación, legitimidad o ilegitimidad sea indiscutible. Un sector de la doctrina requiere que exista para este caso una norma que regule el supuesto confiriéndole una consecuen-

20 Por "jurí-geno" entendemos aquello que produce (*genos*) lo jurídico, el Derecho.

21 La noción de "fuente del Derecho" es discutida. Atienza afirma que "la analogía no es una fuente de Derecho, según el concepto habitual de fuente; lo que aquí puede considerarse *fuentes* (esto es, el antecedente de una determinada norma) no es la analogía misma, sino la norma o principio que se crea a través del procedimiento analógico" (227). Desde esta perspectiva, estamos utilizando el concepto de fuente en un sentido lato.

22 Según numerosos autores, los principios generales del Derecho funcionan como criterios limitativos de los Derechos. V. gr., Sánchez de la Torre, Á. (1993). "Los principios del Derecho como objeto de investigación jurídica". En *Los principios generales del Derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid. Actas; Ferreira Rubio, D. M. (1984). *La Buena Fe*. Madrid. Montecorvo, 52.

23 En este sentido, De Castro, F. (1955). *Derecho Civil de España, Parte General*, 3ª ed., T. I. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 473, afirma que estos principios cumplen tres funciones: "a) ser fundamento del ordenamiento jurídico; b) ser orientadores de la labor de interpretación y c) servir de fuente en caso de insuficiencia de ley o costumbre". Otros autores añaden más funciones.

funcionar, incluso *contra legem*, en realidad habría que decir que lo que se requiere para que funcione la analogía es que no exista prohibición legítima de aplicarla.

VI. Objetos a los que se puede aplicar

Los autores han utilizado la analogía para explicar el concepto de Derecho, y para aplicarla a las normas escritas, a la jurisprudencia y a otros contenidos jurídicos. A continuación analizamos estos cuatro objetos sobre los que recae la analogía.

VI.1. La analogía en el concepto de Derecho

Con gran acierto se ha afirmado²⁹ que “el Derecho” es un término análogo, porque se predica de varias cosas distintas que guardan algún tipo de relación entre sí. Históricamente se lo ha entendido como Derecho-ley (Derecho Objetivo o conjunto de normas), como Derecho-facultad (Derecho Subjetivo) y como Derecho-cosa (la *res iusta*, el objeto de la justicia). Generalmente se acepta, aunque no siempre se sepa explicar bien, que algún tipo de relación debe haber entre las leyes, los Derechos Subjetivos y lo justo. Los positivistas más extremos excluirán la tercera noción, para dedicarse a coordinar la relación entre Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo. Otros intentarán conciliar lo justo con la ley y con el Derecho Subjetivo, identificándolo, entendiéndolo como su fin, o dando algún otro tipo de explicación.

Lo interesante de los términos análogos es que aunque se predicen de muchos objetos, no se predicen de todos ellos con la misma intensidad. Como dijimos, siempre habrá un *analogatum principis*, un “analogado principal” que será el caso paradigmático, la referencia principal, el primero de la serie. ¿Cuál será el analogado principal del “Derecho”? ¿El concepto de Derecho-ley, el de Derecho-facultad o el de Derecho-*res iusta*? Al respecto, el Aquinate ha afirmado:

“Es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas, como el nombre de ‘medicina’ se asignó, en un principio, para designar el remedio que se aplica al enfermo para curarlo. Luego pasó a significar el arte por el que se hacen esto. Así también sucede con el nombre de ‘Derecho’, que se asignó primero para significar la misma cosa justa. Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el Derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece ante el Derecho; finalmente, también se denomina Dere-

29 Cf. Errázuriz Mackmena, C. J. (1992). “L’Equiparazione e l’analogia in diritto canonico”. En *Una Ecclesiae*, IV, 1, 215-224; Massini Correas, C. I. (2006). *La ley natural y su interpretación contemporánea*. Navarra. Eunsa, 58, 175; Herrera, D. A. (2004). “Participación y analogía en la fundamentación del Derecho según Santo Tomás de Aquino”. En G. E. Ponferrada (dir.). *Los fundamentos metafísicos del orden natural: homenaje a Monseñor Octavio Nicolás Derisi*. Buenos Aires. Educa. También hemos hecho nuestro aporte en Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2012b). “Noción de Derecho en la Metafísica Tomista”. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26.

cho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo" (*Summa Th.* II-II, q. 57, a. 1, ad 1).

Para el Aquinate el primer significado de Derecho es el de *res iusta*³⁰. La "cosa justa" es la principal noción de Derecho, de la que dependen los demás conceptos de Derecho que terminan siendo como una derivación suya. En la cita anterior, Tomás de Aquino manifestaba que se llamaba por derivación Derecho al arte, al que otorga el Derecho y a la sentencia. El arte del Derecho, la jurisprudencia, es la que discierne de lo justo y de lo injusto; quien comparece ante el juez, "comparece ante el Derecho" o, en expresión más actual, "comparece ante la justicia", porque es él quien declara imperativamente qué es lo justo; por derivación también la sentencia escrita por el juez es "Derecho", porque se espera que ahí se declare el Derecho, lo justo "a pesar de que lo que decida sea inicuo". Hoy la palabra "Derecho" se usa para designar la ley, que según el Doctor Angélico, es "cierta medida de lo justo", y también para denominar el Derecho Subjetivo, que es la facultad de exigir "lo suyo" (lo justo). Puede apreciarse que en todos estos casos "lo justo" es algo previo a cualquier otra noción de Derecho, es el primer concepto, el punto de referencia de las demás acepciones; sin la *res iusta* nada se entiende.

Recordamos que había dos clases de analogía: la de proporcionalidad, que se da por algún tipo de semejanza y la de atribución, que viene dada por una causa más fuerte que la ejemplar, como lo es la causa eficiente. Estas clases de analogía aplican de diverso modo en el mundo del Derecho. Seguramente cabe aplicar una analogía de proporcionalidad propia a los diferentes tipos de leyes, las mismas que se erigen en el paradigma de una ley superior más perfecta, fundamental e inmutable (tanto positivistas, como iusnaturalistas aceptan que las normas inferiores han de adecuarse a las mayores). En este caso, la ley más alta o fundamental sería el analogado principal de las leyes inferiores.

La analogía que más nos interesa ahora es la de atribución, por ser la que mejor explica cuál es el *analogatum princeps* del Derecho³¹. En los ejemplos puestos por el Aquinate, donde se llamaba Derecho al arte, al que otorga el Derecho y a la sentencia, "lo justo" debe existir antes que el arte de decir lo que es justo, antes de que el juez dicte lo justo y antes de que la sentencia informe sobre lo justo; tales acciones tienen como fin realizar aquello que es justo. Aquí la *res iusta* viene a ser una suerte de causa eficiente del Derecho-arte, del Derecho-juez y del Derecho-sentencia. Por otro lado, la forma de la *res iusta* es, a su vez, causada de forma eficiente por la ley, que según el Santo no es sino "una cierta medida de lo justo". En cuanto al Derecho Subjetivo, este es causado por una *res iusta* y a la vez causa otra *res iusta*: el Derecho Subjetivo es la facultad de exigir "lo justo" ya atribuido (repartido al sujeto por un acto justo anterior); cuando esta facultad oponible a otro en abstracto se concreta al trabarse una relación jurídica, determinará qué es "lo justo" que se debe pagar en

30 En sus palabras: *ita etiam hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam* (*Summa Th.* II-II, q. 57, a. 1, ad 1).

31 La posibilidad de aplicar la analogía de atribución al Derecho ha sido advertida tangencialmente por algunos autores. Cf. Errázuriz. Ob. cit., 224, nota 22 y Herrera. Ob. cit., 6, considera que el concepto de Derecho admite una analogía de proporcionalidad y de atribución.

tal relación³². Así, la ley y el Derecho Subjetivo están relacionados con la costa justa por la vía de la causa eficiente extrínseca, que hace que entre estos términos exista una analogía de atribución donde el analogado principal sigue siendo “lo justo”.

Concluimos así que el Derecho es un concepto análogo donde el analogado principal es la noción de *res iusta*. La ley, la costumbre, los negocios jurídicos, las sentencias, los jueces, la ciencia jurídica, etc. también son *Derecho* pero sólo en sentido análogo, por una analogía de atribución donde ellos son la causa eficiente de la *res iusta* (y, por consiguiente, llegan a ser “títulos del Derecho”). También de forma análoga son “Derecho” los Derechos Subjetivos, en cuanto ellos encuentran su sustento último en *lo suyo* (aquí también hay una analogía de atribución, pero diverso sentido: el Derecho-cosa justa es causado y causa eficientemente los Derechos Subjetivos). En este orden de ideas la palabra “Derecho” podría designar por analogía, con mayor o menor propiedad, muchas otras realidades conectadas con el *analogatum principis*, como lo son: la cultura jurídica, las concepciones del Derecho, las facultades, las competencias, las relaciones jurídicas, etc.³³

VI.2. La analogía de las normas escritas

Cuando se habla de analogía, especialmente en el Derecho Continental, generalmente se lo hace pensando en que tal recurso ha de aplicarse a la ley. Aquí aplica el aforismo: *lex minus scripsit plus voluit*. Como dijimos, los resultados de aplicar la *analogia legis* son semejantes al de la interpretación extensiva, aunque tienen un fundamento distinto. La analogía extiende el imperio de la ley comparando casos difíciles y fáciles, mientras las interpretaciones extensivas pueden hacerse por otras causas (v. gr., el principio *pro homine, pro libertate*, etc.).

La *analogia legis* depende en buena parte de la ley, que es su fundamento: si otra ley las veta, el recurso tornará en inoperante; por el contrario, si alguna ley reconoce expresamente la analogía (como sucede con frecuencia en el campo civil o mercantil), entonces gozará de gran vigor jurídico.

En general, la ley que regula de manera indiscutida un caso (más si es jerárquicamente superior) será la que se presente como *analogatum princeps*, como regla paradigmática a la que hay que seguir. Tenderá a gozar de mayor fuerza la analogía cuando la norma oscura se encuentra dentro del mismo cuerpo legal o ha sido dic-

32 Como dice Hervada, “lo primero que nace en el plano de las relaciones humanas, lo primero en el plano jurídico, es el deber o deuda; por eso la cosa es Derecho, ante todo, en cuanto que es debida. Y porque los demás la adeudan, el titular del Derecho puede exigir. La facultad de exigir o Derecho Subjetivo aparece en un segundo momento respecto de la deuda”. Hervada Xiberta, J. (2001). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Pamplona. Eunsa, 45.

Metafísicamente el Derecho Subjetivo no es otra cosa que una potencialidad del ser; se fundamenta en el ser, pero lo principal suyo es una potencia (v. gr., poder exigir algo a otro, estar facultado para algo). Mas la potencia pura no existe, necesita una base en el ser. ¿En qué ser se fundamenta la potencia-Derecho Subjetivo, sino en el ser de la relación de debido? Por ello, la relación de debido termina siendo siempre la causa eficiente del Derecho Subjetivo; consiguientemente, el Derecho Subjetivo es “Derecho” por una analogía de atribución intrínseca.

33 En sentido similar, cf. Massini. Ob. cit., 175.

tada por la misma autoridad, porque habrá que presuponer que existe un mismo fin del legislador y de la norma, así como un mismo contexto histórico y normativo.

VI.3. *La analogía de la jurisprudencia*

En el sistema jurídico del *common law* la aplicación de la analogía se extiende más fácilmente al *case law*. Como se sabe, el valor de las líneas jurisprudenciales allá tiene un mayor peso que en el Derecho Continental. Mientras los casos iguales vinculan, los casos similares no crean propiamente jurisprudencia obligatoria, pero sí un sentido general que conviene seguir, al que sería raro oponerse sin razones de peso.

Aunque alguna ley lo pudiera avalar, el fundamento del recurso a la analogía en la jurisprudencia no está tan anclado en la ley, como en la racionalidad que se presupone deben tener todos los fallos. A igual razón es lógico concluir que haya igual disposición.

VI.4. *La analogía de los principios, doctrina, aforismos, obiter, etc.*

Uno de los representantes más emblemáticos del positivismo ha definido la *analogía iuris* como:

“El procedimiento por el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto, no ya por la regla que se refiere a un caso individual, como sucede con la *analogía legis*, sino de todo el sistema o de una parte del sistema, es decir que este procedimiento no difiere del que emplea cuando se recurre a los principios generales del Derecho”³⁴.

Curiosamente, para justificar la autosuficiencia del ordenamiento jurídico positivo, su unidad y orden, al constatar la mancha de las lagunas legales, los positivistas han debido recurrir al concepto de los principios generales del Derecho —construcción de claras raíces iusnaturalistas³⁵. Desde el positivismo, tales principios que solucionarían el caso no regulado por la ley deberían extraerse del conjunto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Para el iusnaturalismo los principios generales tendrán sobre todo una base racional, que ciertamente se plasmará en el conjunto de normas vigentes (cuando son racionales o justas), y por eso cabe aplicarlos a una diversidad de casos donde se constate una misma razón de Derecho.

El tema del recurso a los principios en la analogía presenta varias aristas que deben limarse. Ya hemos visto cómo Vigo restaba valor a la analogía, porque subsumía su aplicación en los principios generales. Además se discute de qué manera

34 Bobbio, N. (1991). *Teoría General del Derecho*. Madrid. Debate, 248.

35 Ciertamente los principios generales de matriz positivista están más relacionados con los previstos en las normas superiores y más generales (los principios se los extrae del ordenamiento vigente), mientras para el iusnaturalismo éstos se fundamentan principalmente en una razón medida por la naturaleza. Sea como fuere, la doctrina de los primeros principios fue inicialmente desarrollada dentro del iusnaturalismo.

procede la comparación analógica: si va de lo general a lo general³⁶, o de lo particular a lo general, y/o de lo general a lo particular³⁷. Pensamos que ambas discusiones se resuelven distinguiendo las dos funciones principales de la analogía: la jurígena y la aclaratoria. Si hablamos de la función jurígena que llena vacíos legales, Vigo lleva razón al decir que la analogía no aporta nada a los principios generales del Derecho, pues tales principios operan *per se*, llenando vacíos legales, sin necesidad de la comparación analógica: simplemente se ha de aplicar la *ratio iuris* del principio general subsumiéndola al caso particular³⁸. En cambio, si hablamos de la función aclaratoria de un principio oscuro, que se hace comparándolo con un principio jurídica o doctrinalmente claro, entonces sí cabe con toda justicia aquella analogía que va de lo general a lo general.

Sea como fuere, nos sabe a poco limitar la analogía a los principios generales del Derecho, cuando encontramos el mismo justificativo en otros elementos. Recordamos que Santo Tomás afirmaba que ante lo difícilmente comprensible el proceder ordinario de la inteligencia humana era comparar las cosas, buscar similitudes y diferencias, ir de lo fácil a lo difícil, etc.³⁹. Los tratadistas suelen delimitar las figuras jurídicas oscuras del Derecho comparándolas con las figuras claras o ya definidas (por ejemplo, para definir la permuta se la compara con la compraventa, y se ven sus similitudes y diferencias). En la práctica los jueces suelen citar los *obiter dictum* de otras sentencias, porque en ellas encuentran “una misma razón” que aplica a los casos semejantes. Los aforismos oscuros también se interpretan comparándolos con los aforismos más claros, hasta llegar al punto justo en que quepa aplicar uno y otro. En todos estos casos, la analogía cumple una función aclaratoria, no una función jurígena.

VII. Fuerza intrínseca de la analogía

La fuerza intrínseca es la característica que la analogía posee de poder producir, por sí misma, una conclusión válida y convincente. Esta fuerza depende de la validez lógica, cuasi-lógica, tópica o argumentativa de cada analogía⁴⁰.

36 Klug llega a afirmar que, aunque aún no existe consenso en la definición de la analogía, sí se ha llegado a una coincidencia prácticamente universal sobre tres cosas: a) que se trata de un razonamiento que debe incluirse en las *inferencias inmediatas*, pues la conclusión no deriva de una premisa, sino de varias; b) la inferencia es de lo particular a lo particular o de lo general a lo general, y nunca de lo particular a lo general o viceversa y c) la conclusión siempre será un juicio de carácter problemático. Klug, U. (1961). *Lógica jurídica*. Trad. de J. D. García Bacca. Caracas. Universidad Central.

37 Según Falcón y Tello, “mientras en la *analogía legis* se procede de lo particular, mediante comparación, a lo particular, en la *analogía iuris* se opera de lo particular a lo general y de lo general, mediante subsunción, a lo particular”. Falcón y Tello, M. J. Ob. cit., 134.

38 En este caso la función jurígena de la analogía es más bien modesta: la analogía sólo sirve de chispa que pone en acción los principios generales del Derecho.

39 Ver nota 3.

40 Varios autores han señalado que la analogía es un argumento “con estructuras de indiferencia lógicamente válidas” (Dorantes. Ob. cit., 722) y que posee un “contenido no lógico” [Alexy, R. (1989). “Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”. Trad. de M. Atienza & I. Espejo. En *Derecho y la Justicia*, 14. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales,

Según las reglas metafísicas vistas al inicio de esta investigación, hay analogías más fuertes que otras, dependiendo del grado de similitudes que presenten los casos analizados y de su identificación con el *analogatum princeps*. La fuerza de la analogía es gradual. Por tanto, a la hora de usarla en el derecho no cabe decir “sí aplica a este caso” o “no aplica”, sino que habrá que analizar en qué medida aplica.

Para determinar la fortaleza intrínseca de la analogía han de analizarse:

(i) *Las igualdades y similitudes*. La analogía será más fuerte cuando la *ratio decidendi* recaiga más sobre lo que es igual, y será más débil cuando recaiga sobre lo semejante. Recordamos que en toda analogía debe darse alguna desigualdad, porque si todo es igual en los casos analizados lo propio sería aplicar el principio de igualdad, más exigente y vinculante que la analogía. En la analogía fuerte no puede haber distinción entre los elementos sobre los que la *ratio decidendi* se posa, pero sí en alguna cosa, persona, causa o circunstancia de los casos analizados. Por ejemplo, si un Presidente dicta normas sobre la posesión de cargos administrativos para 10 de los 11 Ministerios que ha creado, y olvida dictarlas para el N° 11, fácilmente se podrá concluir que por analogía, si nada obsta, el procedimiento de posesión de cargo será el mismo para ese último ministerio. En el ejemplo, lo que falta es la causa formal, el decreto del Ministerio 11 que regula la toma de posesión.

Las semejanzas pueden ser muchas o pocas, claras o vagas. A mayor número de semejanzas claras, más fuerza tendrá la analogía. Si las similitudes entre los casos comparados fueren demasiado vagas, estaríamos ante una *analogía metafórica* incapaz de producir Derecho. Entre la analogía más fuerte y la metafórica existe una gradualidad de analogías con diferente fuerza.

(ii) *Determinar si la analogía es de atribución o de proporcionalidad*. La analogía de atribución, fundamentada en la causa final y eficiente (v. gr., en los fines y valores del Derecho), tiende a ser más fuerte que la analogía de proporcionalidad, que simplemente verifica si existe la misma materia o forma en los casos comparados. Aunque ya hemos puesto algunos ejemplos de este tipo de analogías⁴¹, conviene parar mientes en aquella justificada en la causa eficiente.

La causa eficiente de la ley es, de modo inmediato, el acto de promulgación, y de manera más lejana, la autoridad que la dictó⁴². Parece evidente que más fuerza tiene la analogía de atribución hecha entre dos normas nacionales (expedidas por una misma autoridad), que la realizada entre el Derecho extranjero y el Derecho nacional (donde sólo se consideran como directriz orientativa, no vinculante, las *proporciones* semejantes entre uno y otro Derecho; tales normas no provienen de una misma autoridad o causa eficiente). A la vez, será más fuerte la analogía de atribu-

267]. Aizencia precisa además que “el razonamiento por analogía no tiene una naturaleza estrictamente lógica, si se entiende por lógica la lógica formal. En la analogía entra siempre un componente axiológico 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 la probabilidad o de la lógica de lo borroso” (ob. cit., 224). Sin duda, la analogía no es pura lógica matemática, pero en su proceder se vale de las reglas de esta ciencia.

41 Ver capítulo I.2.

42 Sobre la teoría de las causas como fuente del Derecho, ver Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2012a). “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”. En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 15, 259-308.

ción que se hace de la ley superior para aclarar la ley inferior (porque la ley superior informa y delimita de manera general los contenidos de la ley inferior) que la mera analogía de proporcionalidad que se hace entre dos normas del mismo rango (donde sólo se ven las *proporciones* semejantes entre las diversas disposiciones).

Por lo anterior, gozan de gran fuerza: (i) las analogías hechas entre dos normas que se encuentran en un mismo cuerpo legal expedido por la misma autoridad y al mismo tiempo y (ii) las analogías realizadas entre dos extremos jurídicos que tienen una misma causa eficiente agente o instrumental, una misma causa ejemplar o una misma causa final inmediata.

VIII. Eficacia y límites de la analogía en el Derecho

La eficacia de la analogía en el Derecho se refleja en su capacidad de producir resultados ciertos en la práctica jurídica. Hablando llanamente, la analogía eficaz es la que produce el Derecho. Ello depende de múltiples factores:

- (i) En primer lugar, depende de la fortaleza intrínseca de la analogía. Una analogía demasiado débil nunca será eficaz, mientras las analogías más fuertes y justas incluso podrán prevalecer *contra legem*.
- (ii) Las analogías *secundum legem* serán mucho más eficaces que las analogías *praepter legem*. A su vez, las analogías *praepter legem* serán mucho más eficaces que las analogías *contra legem*. Si una analogía está prevista por la ley, ella tendrá la fuerza intrínseca de la analogía y la fuerza de la misma ley. Casi no se han de aceptar las analogías prohibidas por la ley, a menos que la ley prohibitoria resulte irracional. Muchas veces la disposición que prohíbe la analogía peca de ser demasiado genérica; entonces conviene analizar cuál es el fin por el que el legislador la prohibió, para delimitar su alcance. Los códigos penales y tributarios, por ejemplo, suelen prohibir tajantemente toda analogía en estas materias; sin embargo, cabría considerar si es admisible un uso modesto de tal figura cuando no se use para imponer nuevas cargas o sanciones, sino para otros fines buscados por el mismo legislador (v. gr., para interpretar disposiciones procesales en beneficio del reo o de los contribuyentes)⁴³.
- (iii) Por regla general son admisibles las analogías justificadas en la equidad y las hechas sobre las normas permisivas, sobre el Derecho Privado o sobre materia disponible. En cambio, generalmente no se admiten en el Derecho Público, en materias de orden público, en lo que cree cargas o coarte el ejercicio de los Derechos. Esto porque el principio de clausura del Derecho es distinto en uno y otro caso: en uno se permite todo lo no prohibido, en otro se prohíbe todo lo que no está permitido. Los impe-

43 Por citar una fuente de apoyo, en un estudio sobre la ley tributaria española Báez concluye que "la extensión de la prohibición de analogía en Derecho Tributario se limita exclusivamente a los aspectos citados en el artículo 14 de la LGT" (ob. cit., 453).

- dimentos, las prohibiciones, las sanciones y los tributos son normas de interpretación restrictiva que requieren una justificación fuerte, y porque no cabe que se extiendan a los casos análogos.
- (iv) En el Derecho Privado las analogías hechas sobre lo atípico son más eficaces que las hechas sobre lo típico, donde la creatividad jurídica está más limitada. De esta manera, cabe aplicar con mayor facilidad la analogía en los contratos atípicos (v. gr., factoring, know-how, etc.) que en los detalladamente regulados por el legislador (v. gr., contratos públicos)⁴⁴.
 - (v) En materias reservadas a la ley el recurso a la analogía será siempre limitado y hasta sospechoso si no encuentra buenos fundamentos. En general, no se puede crear por sentencia ordinaria lo que sólo la ley puede crear. Pero si además está prevista la tipicidad de la ley, entonces la analogía jamás servirá para llenar unos supuestos vacíos del Derecho que no existen. Los casos paradigmáticos son los delitos penales y los impuestos. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Como dice Orts⁴⁵, si alguna conducta no están contemplada en la ley penal “antes de pensar que allí ha surgido una laguna, habrá que inclinarse por la creencia de que no se las ha querido incriminar”⁴⁶.
 - (vi) Las analogías sobre todo se hacen sobre las normas comunes y generales, y sobre lo que goza del favor del Derecho. Han de evitarse las analogías donde el modelo a copiar sea una norma rara, especial, excepcional o transitoria. En general, las normas sujetas a interpretación estricta o restrictiva no pueden extenderse a nuevos casos por la vía analógica. Ya en Roma Paulo señaló que *quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi* (Dig. 50.17.162)⁴⁷ y las *Regulae Iuris* advirtieron que *quae a iure communi exorbitant, nequaquam ad consequentiam sunt trahenda* (Regla XXVIII)⁴⁸.
 - (vii) Las analogías más previsibles son más eficaces, mientras que ha de huirse de las analogías imprevisibles. Weber sostenía que las decisiones jurídicas deben ser en cierta medida previsibles⁴⁹. Una analogía impredecible atentaría contra la seguridad jurídica.

44 La observación consta en Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2007). *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., 21.

45 Orts Berenguer, E. (1978). *Atenuante de análogo significación. (Estudio del Art. 9, 10º del Código Penal)*. Valencia. Universidad de Valencia, 13.

46 Manjón-Cabeza es más explícita: “[...] lo atípico en Derecho Penal no es una laguna y, por tanto, no debe colmarse analógicamente, aunque exista una norma que declara la tipicidad de un supuesto similar y con idéntica razón. Es en Derecho Penal donde cobra mayor vigencia la idea de que el ordenamiento jurídico es pleno y que contiene una norma general excluyente o norma de clausura que dice que todo lo que no esté expresamente prohibido o mandado, está permitido” (ob. cit., 19). Por eso concluye que “a lo penalmente atípico no hay que aplicarle ninguna norma penal, mientras que a lo contractualmente atípico hay que buscarle una norma y aplicársela” (22).

47 Significa que aquello que ha sido recibido por necesidad, no debe servir de argumento general.

48 La versión transcrita es la de Friedberg, E. (1881). “Liber Sextus Bonifatii VIII”. En *Corpus Iuris Canonici*, T. II. Lipsiae, coll. 1122-1124. Significa que las disposiciones que se separan del Derecho común no se deben llevar hasta sus consecuencias.

49 Lo cita Atienza. Ob. cit., 227, justamente para hablar de las analogías.

(viii) No es posible tomar a las leyes irracionales como modelo a seguir⁵⁰, porque en ellas falta la *ratio iuris* que es un elemento esencial de la analogía. Las leyes gravemente injustas jamás serán Derecho, por irracionales; menos aún podrán ser el término analogable del Derecho. Una ley irracional además pecaría de imprevisibilidad y de rareza, lo que representa nuevos obstáculos para analogarla.

Las anteriores reglas resultan especialmente exigentes cuando la analogía cumple la función jurígena de llenar vacíos legales o normativos. Por eso, jamás pueden crearse nuevos delitos por analogía. En cambio, si la analogía se hace con el simple ánimo de aclarar conceptos algo oscuros, estas reglas pueden flexibilizarse. En este sentido, cabría comparar dos tipos penales cercanos como el hurto y el robo, para aclarar algún pasaje oscuro de la ley penal (manteniendo, por supuesto, el principio *in dubio pro reo* y el principio de legalidad)⁵¹.

50 En cambio, sí conviene que las leyes que se muestran irracionales sean interpretadas a la luz de las leyes racionales que versen sobre la misma materia.

51 Algunos autores, sobre todo de mediados del siglo XX, han aceptado una cierta analogía en los tipos penales, aunque observan que "es verdad, también, que la admisión de la analogía ilimitadamente significa riesgos sin cuento" [Silva Melero, V. (1943). *Algunos problemas modernos sobre la analogía en el Derecho Penal*. Oviedo. La Cruz, 61]. Tal admisión nos parece peligrosísima y contraria a Derecho para crear nuevos delitos. Aquí sólo señalamos que la analogía eventualmente podría ser útil para iluminar el sentido de las disposiciones codiciales, pero sin alargar nunca las conductas reprimidas.