

DISCURSO INAUGURAL
LEÍDO EN LA
SOLEMNE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO
DE 1932 A 1933
ANTE EL CLAUSTRO
DE LA
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

POR EL DOCTOR
JOAQUIN DUALDE GOMEZ

CATEDRÁTICO
DE LA FACULTAD DE DERECHO



BARCELONA
Imp. y Pap. M. Pellicer - Muntaner, 111
Teléfono 76132
1933



DISCURSO INAUGURAL
LEÍDO EN LA
SOLEMNE APERTURA DEL CURSO ACADEMICO
DE 1932 A 1933
ANTE EL CLAUSTRO
DE LA
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

POR EL DOCTOR
JOAQUIN DUALDE GOMEZ

CATEDRÁTICO
DE LA FACULTAD DE DERECHO



BARCELONA
Imp y Pap. M. Pellicer - Muntaner, 111
Teléfono 76132
1933

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



0701724846

LA ANALOGIA

ILMO. SEÑOR.

Señores:

Al excederme en el cumplimiento de mi deber reglamentario, me he creado un problema.

Calculé un discurso y al fluir del pensamiento y de la pluma, he producido un libro que desborda la dosis tolerable en este acto: La Universidad de Barcelona no puede lamentar este ingenuo fervor más que por la modestia y desacierto del resultado, y yo deseoso de ligar el total esfuerzo a esta solemnidad, he creído lo más discreto traer aquí un capítulo, dejando estrechamente unidos en servicio de la verdad el libro que es la labor efectiva y el discurso que era su signo.

El pensamiento fundamental que ha desarrollado en el libro bajo el título de "Una revolución en la lógica del derecho", ha sido el de que la interpretación del derecho positivo a consecuencia de que en las primeras fases de su evolución se le atribuye un origen divino, conserva caracteres *prelógicos* que determinan la intervención de elementos mitológicos y mágicos en nuestros razonamientos.

La nota de emanación divina de la ley lleva consigo el supuesto de toda serie de perfecciones, y entre ellas esta, la de la previsión omnisciente. Para resolver el conflicto que entraña la real imperfección de la ley que no alcanza a todos los casos posibles y la mística creencia en su absoluto poder de previsión, el espíritu tradicionalista ha creado entre otros recursos el de la analogía. El capítulo en que me ocupo de ella—desde luego pendiente de publicación—dice así:

LA ANALOGIA

La analogía es la más genuina expresión del viejo concepto interpretativo; su interés supera al del gramaticalismo y la labor de desenmascararla hasta dejar al descubierto su antediluviana armazón mental, requiere mayor esfuerzo.

El gramaticalismo tiene por lo regular aliados que contribuyen a desvalorizarlo; una cierta inocencia jurídica, pereza mental, automatismo curialesco. La analogía ofrece notoriamente atenuados estos vicios; la practican espíritus que han penetrado en las esencias jurídicas de las instituciones, técnicos eminentes y sagaces y, por lo tanto, va blindada con el prestigio y la exquisita labor de sus defensores.

Si la crítica del tradicionalismo quedara reducida al abuso de los instrumentos gramaticales, sin dejar de ser útil, apenas justificaría la publicación de un libro; la analogía toca más de cerca a la complejión del alma jurídica y a su tenacidad ancestral. El gramaticalista en nuestros días, se avergüenza de serlo, niega sus hábitos periféricos y ya no pretende elevar a teoría el valor inequívoco de los signos verbales; no quiere que pueda decirse con el sabio árabe Omar Khayyam, que la ciencia de los hombres, es palabras; de este modo rinde tributo externo a una verdad que no práctica, se condena a sí mismo y empuja insensiblemente a su método hacia el plano inclinado de la caducidad.

No acontece lo propio con la analogía, que se describe en los libros, se defiende filosóficamente y se practica con vigorosos asentimientos interiores.

El gramaticalismo está herido de muerte. La analogía está en pie y lucha.

¿Qué es analogía? Ante todo, en función interpretativa, es un procedimiento prelógico. No pertenece a nuestra economía mental; sólo encaja en los métodos discursivos salvajes, y es, por lo tanto, un elemento residual, cuya fuerza estriba en ser una onda histórica, mantenida por la tradición y la herencia psicológica. El jurisconsulto siente que el imperio de la analogía está fortalecido por el instinto, pero no repara en su filiación selvática.

Mediante la analogía un caso que no está en la Ley se resuelve considerándolo comprendido en la Ley. Lo legalmente imprevisto se afirma que está previsto en un precepto donde no se le previó.

Se trata, pues, de un fenómeno en el que actúa la "Ley de Participación", de un procedimiento mágico. Una cosa no está y está al mismo tiempo, quebrantando el principio de contradicción; un conflicto de intereses no está previsto por una norma, no obstante lo cual, se la aplica para que produzca un efecto de que ella no puede ser causa, lo cual contraría el principio de casualidad.

En pugna los axiomas lógicos, sobre los que se desenvuelve nuestro pensamiento y el principio mítico de que la Ley tiene un infinito radio de acción, los axiomas sucumben ante el mito. La fuerza de un argumento decisivo es vencida por la fuerza de una universal creencia.

Es curioso que ante la laguna legal que levanta el problema, el alma prelógica opone su impermeabilidad y acaba por declarar que el vacío no existe. A esas tesis contradictorias opongo estas dos tautologías:

A) Cuando en la Ley no existe un precepto, debe declararse que no existe.

B) Cuando en la Ley no está prevista la solución de un problema, debe acudir a otra fuente de derecho que lo resuelva y no a la Ley donde no está resuelto.

Para desconocer estas claras verdades y justificar la tradición de un método forjado en principios contrarios a nuestro actual pensar, se han construido razonamientos seductores y el *quid pro quo* ha entrado en escena. No hay falsa religión que no tenga una sugestiva exterioridad arquitectónica de piedras y de ideas.

A fin de seguir los zigzags por que ha sido conducida la noción de la analogía, sin perder la directriz del criterio expuesto, conviene que vaya anteponiendo los caracteres lógicos de este método a la exposición de cada uno de los escamoteos inconscientes

que se han realizado en torno de él, para coonestar su uso inadecuado. La lógica ha pretendido tutelar una concepción preológica y esto ha dado lugar a substituciones que precisa describir.

La analogía es una inducción incompleta, va de lo semejante a lo semejante (1), pero sin contar con la certeza derivada de un principio de causalidad o de una relación de fundamento a fundado, previamente establecida. Stuart Mill (2) describe y distingue el procedimiento de este modo: "La diferencia se encuentra en que en el caso de una inducción completa se ha debido previamente, por una comparación regular, constatar un vínculo invariable entre la propiedad o las propiedades comunes y la propiedad dada, mientras que en lo que se llama un razonamiento analógico, esta trabazón no ha sido demostrada. No ha habido lugar de poner en práctica el método de diferencia ni el método de concordancia, y el argumento de analogía se reduce a la conclusión siguiente: Es más verosímil que un hecho *m*, reconocido verdadero de *A*, sea verdadero también de *B*, si *B* se parece a *A* en algunas de sus propiedades (aunque no haya ninguna conexión conocida entre *m* y estas propiedades), que si ninguna semejanza pudiera establecerse entre *B* y un objeto cualquiera poseyendo el atributo *m*. Naturalmente la condición requerida para este argumento es que se ignore si las propiedades comunes a *A* y *B* tienen cualquier suerte de conexión con *m*." Como ejemplo de analogía presenta Stuart Mill el de suponer que haya habitantes en la Luna por las semejanzas de forma y movimientos con los de la Tierra. En nuestros tiempos preocupa y se suele establecer la relación de analogía con el planeta Marte, en el cual también su forma, sus movimientos, su distancia del Sol y la atmósfera que le envuelve, nos hacen pensar en la existencia de habitantes a semejanza de la Tierra que no debe haber sido una excepción privilegiada del Cosmos. Pero si tuviéramos conocimiento de las causas generadoras de la vida orgánica y las hubiéramos comprobado en Marte al igual que en la Tierra, la afirmación de

(1) *Geny. Science et Technique en droit privé positif*, páginas 157 y 158; define también la analogía de un modo parecido: "El tránsito de lo mismo a lo mismo o la conclusión de lo semejante por lo semejante a la base de procedimientos intelectuales que contribuyen a la elaboración jurídica." No creo admisible la primera parte de esta definición, porque el tránsito de lo mismo a lo mismo implica identidad del caso que se investiga con otro investigado y excluye, por lo tanto, la analogía, cuya naturaleza y flaqueza tienen por característica apoyarse en una mera semejanza.

(2) *Système de Logique Deductive et Inductive*. Tomo II, págs. 84 y 85.

la existencia de habitantes no sería por analogía, sino en virtud de un razonamiento garantizado por el principio de causalidad.

En definitiva, en la analogía la simple semejanza parcial establece una soldadura entre las cosas o entre los hechos parecidos, convirtiéndolos en una misma cosa o en un mismo hecho y tratando lo semejante como si fuera idéntico. Es lo vario representado como uno, por la sospecha de que en definitiva en ciertas propiedades que interesan puedan ser idénticos. La relación de lo semejante a lo semejante es directa; entre los dos hechos o cosas va una línea recta, mientras que en otros casos la línea asciende de un hecho o cosa a un principio general y del principio general al otro hecho o cosa, quedando así trazado un ángulo mental.

Con razón, dice Vecchio (1): "La doctrina común en lógica, que tiene su raíz en Aristóteles, distingue ya precisamente la analogía de la inducción, en que no va de lo particular a lo general, sino de lo particular a lo particular coordinado. No puede por tanto, en rigor, construirse una verdad general por medio de la analogía"; lástima que este concepto tan preciso de la analogía esté anteriormente desvirtuado por afirmaciones que disuenan de él.

El artículo 3.º de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano, también atribuye a la analogía implícitamente los mismos caracteres. "Cuando una controversia no se puede decidir con una precisa disposición de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas: Si el caso permanece todavía dudoso, se decidirá según los principios generales del derecho." Se ve claramente aquí que los principios generales del derecho no entran en función cuando se trata de la analogía y que, por lo tanto, ésta se desenvuelve sin más principio que el de la semejanza de la cual surge la conclusión.

¿Y en dónde habrá de encontrarse la semejanza? Fácil es determinararlo. En todo precepto puede distinguirse el hecho y la norma que se le aplica. Nosotros no tenemos un término técnico para expresar este elemento histórico, este supuesto de realidad que determina y al que se aplica una prescripción. Los alemanes le llaman *Thatbestand* y los italianos *Fattispecie*. Dado que lo inquerido es la norma, lo semejante no puede ser otra cosa que el hecho, el *Thatbestand*.

(1) *Los Principios Generales del Derecho*, pág. 13.

Esto sentado nos encontramos en condiciones de ver cómo el concepto lógico de la analogía ha sido substituído con indebida generalidad, por un procedimiento lógico de otro orden, pero perturbado por ella. Se ha afirmado que la analogía descansa en la *ratio legis* y en el principio *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*. Así Andreas von Thur (1) dice: "La analogía, en cambio, consiste en hacer aplicación de una norma jurídica a un caso que no hallándose comprendido en la letra de la Ley presenta una afinidad jurídica esencial con aquel que la Ley decide." "Este procedimiento, que hay que practicar con tacto y prudencia, responde al postulado: *ubi eadem legis, etc.*" Ferrara dice (2): "Analogía es, pues, una correspondiente aplicación de un principio o un complejo de principios a casos jurídicamente semejantes. Base de la analogía puede ser: o una disposición singular (analogía legis) o un complejo de principios jurídicos, la síntesis de ellos, el espíritu del entero sistema (analogía juris). La primera forma es más fácil, se decide un caso no regulado, según una norma que preside a un caso afín ya decidido: *ubi eadem legis, etc.*"

Del mismo modo piensa Vecchio en el párrafo a que antes he hecho alusión (3): "Merced a la analogía, el ámbito de aplicación de las leyes se extiende más allá del repertorio de casos originariamente previstos, con tal de que se trate de supuestos similares o afines a aquéllos, y siempre que la *ratio legis* valga igualmente para los unos y para los otros." Vander Eycken (4) comienza por reconocer que hay casos de analogía en que no se contempla la *ratio legis*: "En muchos casos se ignora cuál es la razón de una disposición, sea que no se haya intentado analizarla, sea que no se haya tenido éxito al hacerlo. En la práctica se argumenta, sin embargo, por analogía en las coyunturas de este género. Se limita uno a contemplar el aspecto exterior de las hipótesis en una forma global, y en caso de semejanza se atribuye a la hipótesis que no está formalmente resuelta una consecuencia análoga a la de la hipótesis resuelta." Ahora bien, a esta analogía, que es la única, la llama el autor "la concepción empírica, de la analogía", como si este procedimiento pudiera ser algo más que un empirismo, como si se pu-

(1) *Parte General del Derecho Civil*, pág. 15.

(2) Obra citada, volumen I, página 228.

(3) Obra citada, página 11.

(4) *Méthode Positive de L'Interpretation Juridique*, págs. 304 y 305.

diera prescindir de que al llegar a ser experiencia o deducción, que son firmezas lógicas, cesa lo contingente o sea el enlace aleatorio, típico de la analogía.

Los argumentos *a simili* y *a fortiori*, derivados de la *ratio legis*, que explica Vander Eycken, como otros autores, formando parte del cuadro de la analogía, no son razonamientos apoyados en la semejanza; su base es la identidad. El caso no resuelto no se pone en contacto con la *ratio legis* por semejanza con ella, sino por encajar plenamente en el fundamento, por ajuste matemático (1). De este modo surge la norma coincidente con un precepto, pero no producida al influjo de una semejanza, sino por la fuerza operante de una más alta premisa, por la *ratio legis*. De aquí que algunos autores han llegado a hablar de identidad, con lo cual se desploma toda la osamenta de la analogía. Así Gianturco (2) dice: "La analogía de la Ley supone plena identidad de *ratione* entre la cuestión a resolver y la Ley a aplicar y, si ésta se basa en varias razones, todas deben concurrir en el caso controvertido." Guido Capitani (3) dice: "La analogía es la combinación de dos elementos contrarios: la identidad y la diversidad; en la aplicación de la Ley, el procedimiento por analogía resulta de la diversidad de los casos y de la identidad de principios para decidirlos." Capitani invoca el principio de *ubi eadem est ratio* y ve en la analogía una coherencia de motivos.

Al invocar la *ratio legis*, la semejanza actúa sólo como un *primum movens*, es un excitante, la flecha indicadora del camino. Pero cuando el pensamiento se sitúa en el principio inmediato de otro precepto y desde él elabora la coincidencia, la igualdad de efectos por vía deductiva, nos encontramos en el caso de que la existencia de habitantes en Marte se demostrará por haber hallado el principio común generador de la vida en ese planeta y en el nuestro.

En suma, partir de la *ratio legis* no es analogía como se suele sostener, sino una deducción por cierto caprichosamente atrofiada.

Valen estas consideraciones definidoras hasta para aquellos que otorgan a la analogía una función creadora (4) y escapan de esta

(1) *Oertman-Gesetzeswang und Richterfreiheit*, pág. 27; relega a segundo lugar lo que llama semejanza formal.

(2) *Sistema di Diritto Civile Italiano*. Volumen I, página 29.

(3) *Digesto Italiano*. Analogía, número 31.

(4) Savigny. *Derecho Romano Actual*, tomo I, página 197. "La determinación del derecho por analogía es susceptible de dos grados, a saber: *Primero*.— Puede presentarse una relación de Derecho enteramente nueva, hasta entonces

suerte a las dificultades que suscita el pretendido valor interpretativo de esa operación.

Como método para interpretar aún es mayor la improcedencia. La *ratio legis* sirve para iluminar el precepto, para explicar su sentido, pero obrando siempre a través del precepto mismo. En cuanto el intérprete se pone en comunicación directa con la *ratio legis*, ya no interpreta la Ley, que es una red de preceptos. Si no hay precepto no hay Ley, y si no hay Ley, no hay interpretación de la Ley, ni interpretación de ella por analogía.

Ehrlich (1) advierte que la analogía ha prestado grandes servicios científicos. No niego cuánto debe a ella el progreso y comprendo que pudiera formularse esta pregunta: ¿por qué excluir a la analogía de la ciencia del derecho cuando en otros órdenes de investigación ha dado tan excelentes resultados? ¿Por qué privar al derecho de un medio de avance? Porque la analogía aplicada a la interpretación de la Ley en el caso de existir laguna, ejerce una función enteramente distinta a aquella que ha desempeñado en otras ciencias. Si mediante un telescopio de gigantescas dimensiones o por nuevos inventos de la óptica lográramos contemplar a Marte a cien metros de distancia y descubriéramos que en él no existen habitantes, sería trance de locura continuar por vía de analogía sosteniendo que existen. Tal es el caso de la analogía aplicado a la interpretación de la Ley cuando existen lagunas. Sentada la verdad de que la Ley no prevé un conflicto, la analogía que por vía de interpretación sostiene que se puede aplicar un precepto que no tiene en cuenta tal conflicto, pretende por un procedimiento conjetural negar una verdad probada.

(1) Opra citada, página 351.

desconocida y para la cual no existe en el derecho positivo ninguna institución típica; entonces se procura la *creación* de una institución en armonía con el derecho existente."

Dernburg: *Pandette*, Tomo I, página 99, "La analogía no se apoya sobre la voluntad de la Ley, *crea* un derecho por semejanza de motivos."

Ehrlich: *Archiv für die Civilistische Praxis, Die juristische Logik*, página 353. Tratando del poder creador de la analogía dice: "Ella no es la resolución del legislador, sino del Juez."

Geny: *Método de Interpretación*, etc., página 306. "Síguese que no puede tener la analogía relación alguna con la interpretación propiamente dicha de la Ley, si es que a ésta se señala la misión que le he asignado más arriba, por ser absolutamente incompatible con su fundamento esencial. De modo que nos vemos en la necesidad de separar completamente la analogía de la fuente formal que le suministra la materia de trabajo, y hacer con ella uno de los más seguros procedimientos de la libre investigación científica."

La analogía vale para investigar por procedimientos aproximativos lo desconocido, pero no para negar lo evidenciado; una cosa es investigar por analogía y otra hacer que mediante ella lo que no está, esté. Lo primero es lógica; lo segundo, magia.

Otra objeción posible: Demostrando que la analogía no puede ser un método interpretativo en el caso de existir lagunas legales, y demostrado que como método creador a base de la *ratio legis* pierde el carácter de analogía, ¿no sería conveniente apartar calificaciones y emancipando al espíritu de los rigores técnicos aceptar la aplicación del procedimiento lógico, sea cualquiera su naturaleza?

Para contestar a esta cuestión es preciso tener en cuenta que los defensores de la analogía la dividen en dos clases: *analogía juris*, que para establecer la nueva norma se eleva a la totalidad de los principios generales del derecho, y *analogía legis*, que parte de un precepto determinado de la Ley a base de referirse, a su fundamento inmediato, a la *ratio legis* (1). En cuanto a la *analogía juris* es de advertir que, en último término, al referirse al total organismo del derecho, a todos los principios generales que lo informan y a sus relaciones, colocan al intérprete en la posición del legisla-

(1) La distinción no se encuentra en los jurisconsultos romanos, y en este sentido es relativamente moderna. Savigny: obra citada, tomo I, página 198, dice: "Algunas veces la materia dada es una ley particular y entonces se dice que la decisión se saca *ex argumento*, pero ordinariamente debemos buscarla en las teorías de derecho formadas por vía de abstracción."

Windscheid: Tomo I, números 21, 22 y 23. Distingue entre la analogía legal y la analogía jurídica. De la analogía legal dice: "que le es lícito reconocerle fuerza creadora de derecho, sólo a condición de que en la expresión del legislador se pueda encontrar, si no una significación perfectamente correspondiente a su verdadero concepto, al menos una manifestación *in genere*". Respecto a la analogía jurídica, dice: "Hasta ahora he hablado de la interpretación de las singulares normas jurídicas como tales, mas si consideramos las singulares normas jurídicas como pertenecientes a un todo jurídico, surge la cuestión ulterior sobre lo que debe hacerse cuando esté todo presente lagunas o contradicciones... se trata de conocer el verdadero concepto del todo jurídico, como primeramente se trataba de conocer el verdadero concepto de las singulares normas jurídicas".

Gianturco: Obra citada, volumen I, página 29. La analogía "consiste en partir de un elemento ya subsistente que se amplía y extiende a un caso no contemplado. Este elemento puede ser una Ley (analogía de Ley) o los principios de todo el derecho positivo (analogía de derecho)".

En el mismo sentido Pacific Mazzoni, *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*, volumen I, páginas 154 y 155.

Capitani: *Digesto Italiano*, Analogía.

Vecchio: Obra citada, página 12.

Degni: *L'Interpretazione della Legge*, página 284.

En cambio, Rumpf: *Gesetz und Richter*, página 145, considera que esta distinción esta hecha por el placer de clasificar.

dor, en la práctica de la teoría de la libre investigación del derecho, más brevemente denominada del "derecho libre", y en este sentido no hay inconveniente en admitir el procedimiento metodológico, pero naturalmente en él está la lógica entera, en él actúan todos los métodos legítimos y, en su consecuencia, la palabra y el concepto de analogía se desvanece, a no ser que vayamos a incidir en la extravagancia de llamar a toda la lógica analogía.

En cuanto a la *analogía legis* no la considero admisible en ninguna función, en cuanto descansa en el principio *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*; es decir, en cuanto construye un razonamiento, sea cualquiera la denominación que se le dé, arrancando, no de todos los principios del derecho, sino del principio inmediato determinante de un precepto de la *ratio legis*. Si existe una laguna en la Ley, el investigador, según la analogía legis, debe elevarse tan sólo al primer estrato inmediato al precepto, en el que anticipadamente se piensa que tiene que terminar la operación. De este modo se limita arbitrariamente el vuelo del jurisconsulto, marcándole una zona determinada, donde debe detenerse, no obstante que la ausencia de una disposición legal le deja en plena libertad. El precepto legal que se considera semejante, pero en donde no está previsto el caso, actúa como mástil de amarre de un cable corto que marca el radio de expansión; pero esto supone que hay algo en el precepto que se refiere al caso en estudio, lo cual está en contradicción con el punto de partida, que es el vacío legal.

Por otra parte, el principio inmediato que constituye la *ratio legis*, es absurdo pretender que sea conocido sin interpretarlo; es decir, sin estudiar sus principios superiores y su relación con los hechos prácticos y con los intereses contradictorios (1) o, lo que es lo mismo, no puede ser estudiado ni comprendido más que situándose en la posición de la *analogía juris*, en la zona libre de los principios generales del derecho.

En la práctica no se utiliza la analogía, elevando el pensamiento al orbe de los principios generales o, a un principio, ascendiente de primer grado. Esto no es más que una *toilette* de la lógica para di-

(1) De aquí la teoría de la valorización de los intereses que sostienen tantos autores, como:

Heck: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, página 195.

Rümelin: *Werturteile und Willensentscheidungen*, página 15.

Schreir: *Die Interpretation des Gesetzes und Rechtsgeschäfte*, página 9 y siguientes.

simular la prelógica, una explicación que se da a sí mismo la razón, de la presencia en su seno de un impulso mágico, que no puede articular en su sistema más que invistiéndolo de principios. Lo que se practica es la contradictoria analogía llamada empírica, por Vander Eycken, el tránsito directo de lo particular imprevisto al precepto semejante, que no lo prevé, y la sensación de insuficiencia se evita invocando el principio de *ubi eadem ratio* que, aunque es la expresión de un procedimiento incompleto, pertenece al régimen de *nuestra lógica*.

Este recurso también es mágico, es el prestidigitador que coloca un reloj debajo de un pañuelo, pero que lo retiene en la mano. Se afecta practicar un procedimiento de orden lógico y se practica otro de orden prelógico; se dice que se discurrirá en función de la *ratio legis* y se la deja al margen escoltada por palabras sin eficacia. Unos ejemplos justificarán el reproche.

El artículo 582 del Código Civil prohíbe abrir ventanas, balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no se guarda la distancia de dos metros en las vistas rectas y sesenta centímetros en las oblicuas; nada se dice en él de las azoteas de las casas y, por lo tanto, en este punto se dibuja una laguna en la Ley. El problema lo resolvió el Tribunal Supremo en las Sentencias de 6 de junio de 1892 y 15 de diciembre de 1916; aplicó el argumento de analogía a *fortiori*, diciendo, con relación al artículo 582: "que al prohibirse lo menos, se prohíbe lo más... toda vez que la casa del demandante, de igual modo que pudiera serlo desde un balcón, se domina y registra fácilmente desde la barandilla construída por los recurrentes en su terrado o azotea que, por su extensión y por la altura que tiene dicha barandilla, *equivale a un balcón de grandes dimensiones, por lo cual está comprendida en la prohibición de la Ley*".

El Tribunal Supremo, pues, dado que desde un terrado se puede ver la propiedad del vecino y dado que existía una barandilla, denominó a esto balcón grande. Estudió directamente las semejanzas de poder registrar la propiedad del vecino y de existir una barandilla, pero no se elevó a principios que había de extraerlos de los usos y prácticas, de la distinta situación y del distinto destino de las cosas. También a ras de tierra se puede colocar una barandilla y, no obstante registrarse la propiedad del vecino, nadie pensará que se trata del caso comprendido en el artículo 582 del Código

Civil. Tampoco es fácil que se piense que los propietarios de dos azoteas contiguas se pueden compeler recíprocamente a levantar un muro que impida la vista, situación tan sólo prevista en España en las Ordenaciones 58 y 65, llamadas de Sanctacilia, que forman parte del Derecho catalán, aunque no de las prácticas catalanas. Elevarse a un principio sería recoger todas estas modalidades en un criterio que explicara la variedad de normas en cada caso, o el principio común a ellas. Nada de esto hizo el Supremo; dijo que una azotea con una barandilla era un balcón; se practicó la simple comparación de semejanzas y nada más que esto. Después de estas sentencias, la costumbre ha venido ratificando que entre los terrados no es razonable que existan, ni ninguna persona normal lo reclama, paredes ciegas que los incomuniquen; la vida ha desmentido a la analogía.

El comprador privado de la propiedad de la cosa vendida, por decisiones administrativas, en virtud de derechos preexistentes a la venta, ¿podrá exigir del vendedor la responsabilidad de evicción? Como se trata de un ejemplo en el que lo que más interesa es la claridad, me limito a nuestro derecho, tal como está articulado en el Código Civil, prescindiendo del parecer de autores extranjeros, algunos de los cuales, bajo el influjo del método tradicional, han contestado afirmativamente, aunque se ha de tener en cuenta que han laborado sobre textos de distinto alcance jurídico (1).

En nuestro Derecho Civil se describen de esta manera los requisitos de la evicción: 1.º—Demanda reivindicatoria basada en un derecho anterior a la venta (artículos 1481 y 1475). 2.º—Notificación al vendedor, de la demanda a instancia del comprador, en la forma prescrita por la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo pena de quedar aquél libre (artículo 1482). 3.º—Sentencia condenatoria (art. 1480).

No se advierte aquí referencia alguna a resoluciones administrativas. Esto, no obstante, el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de diciembre de 1925, entendió que debía aplicarse la evicción a un caso en el que el comprador fué privado de los inmuebles adquiridos en virtud de un apremio administrativo y de la subasta con-

(1) Cuturi: *Della vendita, della cessione, é della permuta*, número 94. Admite que la evicción pueda surgir como consecuencia de una decisión de la autoridad administrativa.

Guillouard: *Traité de la vente et de l'échange*. Tomo I, página 322.

Laurent: Obra citada, tomo 24, número 224.

Baudry-Lacantinerie. Leo Saignat: Obra citada, tomo 19, número 351.

siguiente por causas anteriores a la venta. Faltaban el juez la sentencia judicial, el emplazamiento y el juicio, según la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero el Supremo estimó que los requisitos exigidos por el Código Civil estaban debidamente *representados*. "La demanda, por el expediente administrativo, incoado por la agencia ejecutiva..." "La notificación al vendedor M. M., necesaria conforme a los preceptos 1481 y siguientes del Código Civil, por el conocimiento que tuvieron M. y S., vendedor y comprador, interviniendo éste de acuerdo para formular la reclamación de tercería administrativa, etc."

Como se ve, esto es pura analogía y, aunque en otros razonamientos anteriores de la misma sentencia se invoca el valor de los principios, todo queda reducido a subrayar la atribución a un tercero de la cosa vendida (hecho objeto de comparación), así como que debe ser indemnizado el comprador que paga y no recibe el objeto vendido, lo cual, además de ser de buen sentido, no centra verdaderamente la cuestión en sus fundamentos técnicos y en sus consecuencias prácticas. Si los artículos 1480 y siguientes se aplican a las privaciones de dominio procedentes de la administración, habrá ocasiones en que por la naturaleza del procedimiento, por la urgencia o por el criterio del funcionario administrativo no sujeto a reglas, se denegará la notificación al vendedor, y si el comprador tropieza con dificultades para notificar particularmente, según aconseja Manresa (1), se habrá de prescindir del artículo 1481, interpretando que no rige, en cuyo caso desaparece enteramente la analogía, puesto que esta notificación es el eje de todo el sistema desarrollado en los artículos 1480, 1481 y 1482, o se habrá de sacrificar al comprador, estableciendo que perdió su acción por no haber notificado al vendedor.

Indemnizar al comprador era justo, pero sentar aquella analogía podía ser injusto en muchos casos. Esta era la cuestión. El Tribunal Supremo pudo haberse elevado a los principios teniendo en cuenta que la evicción es una materia que no puede comprenderse más que a través de su desarrollo histórico. Ligada primero la venta a la *mancipatio*, cuando se hizo consensual, la evicción no fué un elemento implícito en el contrato; vivió merced a un pacto adjunto que a fuerza de repetido constituyó una presunción primero y una

(1) *Comentarios al Código Civil Español*, tomo X, artículos 1.475 y 1.476.

norma después. La venta tenía la sola finalidad de entregar una cosa, y la obligación del vendedor tan sólo era la de mantener al comprador en la posesión pacífica de lo vendido. Por eso la acción no surge sino cuando se produce el despojo; la falta del dominio en el vendedor no da lugar a acción alguna. El Derecho Romano caminaba hacia el reconocimiento de que la transmisión del dominio era el nervio de la venta, pero la cristalización de aquel régimen jurídico vino antes de que terminara el proceso evolutivo. Así, recogió nuestro Código la compraventa con esta página en blanco. La laguna fué oportunamente llenada por la sentencia de 23 de noviembre de 1914, declarando nula la venta hecha por quien no siendo dueño no puede transmitir el dominio, o al menos, no pone en condiciones al comprador para que, mediante la tradición de los bienes muebles o la inscripción de los inmuebles, adquiera el dominio. A partir de este momento la evicción de *garantía general* de los derechos del comprador queda reducida a una vieja cimbría, sobre la que se ha construído la norma de que la venta de cosa ajena es nula.

Los artículos 1480, 1481 y 1482 no encierran el único supuesto de responsabilidad del vendedor; son sólo un caso: el de la demanda judicial. Cuando el fenómeno se produce en otro ambiente, como la administración, son los principios de la culpa los reguladores de la responsabilidad. Si el comprador incurre en negligencia al defenderse, será de su cuenta la pérdida acaecida del derecho, si no notifica al vendedor siendo ello factible, podrá construirse otra responsabilidad, y entender que ha tomado sobre sí los riesgos de la defensa de su derecho, o, por el contrario, podrá estimarse que le queda el camino franco para demandar al vendedor, demostrando plenamente que no le transmitió el dominio. Podría llenarse la laguna con la clara doctrina del Código Civil alemán (1). En suma, tratándose de un vacío de la Ley, es lícita una construcción legislativa, realizada por el intérprete o por el juzgador en el régimen de la libre investigación del derecho: "derecho libre".

Pero en cuanto se diga, como lo hizo el Tribunal Supremo, que en los artículos 1480, 1481 y 1482, donde se habla exclusivamente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está comprendido un apremio administrativo, hay juicio mágico y se revela que sean cuales fueren los

(1) Saleilles: *Etude sur la Theorie Générale de L'Obligation d'après le Premier Projet de Code Civil pour l'Empire Allemand*, páginas 220 y siguientes.

argumentos ornamentales, se utilizó fundamentalmente la analogía, puesto que todos los razonamientos remataron en unos preceptos que no trataban del asunto que se resolvió con ellos.

A la inversa de estos casos en que se practica la prelógica invocando a la lógica, existen otros en los que se afirma que se practica la analogía, produciendo una fuerte impresión de procedencia y, sin embargo, lo que en realidad se pone en acción es un método lógico de indudable legitimidad y de felices resultados. Me refiero a la interpretación extensiva tan fácil de confundir con la analogía.

Hay que distinguir, dice Heck (1), entre una insuficiencia de pensamiento (analogía) o un inexacto modo de expresión (interpretación extensiva). En la práctica la confusión es fácil; en la teoría la distinción de los conceptos es de alto relieve. Mediante la interpretación extensiva, el intérprete se aparta de la letra de la Ley para declarar que el sentido del precepto tiene más alcance que el que se desprende de su tenor literal. No hay, pues, falta de contenido en la Ley, sino de concordancia entre el sentido y la palabra. En cambio, en la analogía la característica es la laguna, la ausencia en un punto concreto, de todo sentido normativo derivado de la Ley. Winscheid dice, distinguiendo los dos casos: "¿El legislador no ha dicho lo que quería, decir o no ha pensado lo que quería pensar?" (2). La diferencia como punto central de la Ley al pensamiento del legislador, no la acepto por razones que expondré más adelante, pero hecha esa salvedad, o sea substituyendo el pensamiento por el sentido íntimo de la Ley, la apreciación es exacta.

Wurzel presenta el siguiente cuadro (3):

1. — Interpretación extensiva. (Sentido más extenso de la palabra.)
2. — Interpretación lata. (Palabra de varios sentidos, es tomada en el más extenso.)
3. — Interpretación declarativa. (Palabra y sentido coinciden.)
4. — Interpretación estricta. (Palabra de varios sentidos, es tomada en el más estrecho.)
5. — Interpretación restrictiva. (El sentido es más estrecho que la palabra.)

(1) Obra citada, página 196.

(2) Obra citada, número 22.

(3) *Das Juristische Denken*, página 17.

A esta clasificación, agrega Wurzel que, por encima del número 1 está la analogía y más allá del número 5 la solución antinómica.

Es oportuno a propósito de esta confusión en que se suele caer entre interpretación extensiva y analogía, el ejemplo de esta última de Ihering que, a fuerza de pintoresco, ha rodado por tantos libros de metodología extranjeros, hasta el punto que ha llegado a perderse la noción de su origen (1). En una estación de ferrocarril existe un letrero que dice: "Prohibido entrar con perros"; un domador entendió que podía subir al tren con sus osos, porque solamente estaban prohibidos los perros. Se presenta este caso como analogía, entendiendo que evidentemente, aunque no se nombraba a los osos, estaban comprendidos en la prohibición. Y así es, pero no por analogía, sino por interpretación extensiva; porque el letrero está colocado partiendo de la idea de que el problema sólo se presenta con los perros, y en tal sentido la exacta expresión del aviso sería: "Los viajeros no pueden entrar llevando ninguna clase de animales, ni siquiera los perros." No hay laguna sino pensamiento mal expresado.

Rümelin (2) examina un caso que se puede transportar a nuestra legislación y resolver con arreglo a nuestro espíritu. El artículo 1271 del Código Civil prohíbe los contratos sobre la herencia futura; el legado no es herencia; ¿podría extenderse a él este precepto prohibitivo? Sí. Pero la analogía está ausente de nuestro pensamiento en este caso. No es que lo que se dice de la herencia pueda aplicarse por analogía al legado; la afirmativa está sostenida por la interpretación extensiva, por la convicción de que el pensamiento del legislador y el sentido histórico de la legislación es en España hostil a los pactos sucesorios, en todas sus formas, salvo las expresamente admitidas.

Son, pues, dos las maniobras con que se da indebido prestigio a la analogía; invocando principios abstractos (*ubi eadem legis ratio*) y bajo este banderín, efectuando en realidad el salto directo entre dos semejanzas incompletas o, por el contrario, afirmando que se corre esta línea y en su lugar, en el fondo interpretando extensivamente. Lo primero disimula el defecto; lo segundo disfraza con el nombre de analogía lo que no lo es. Lo primero es la verdadera

(1) Oertman: *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, página 28, lo refiere como una anécdota de su país.

(2) *Verturteile und Willensentscheidungen in Zivilrech.*, página 17.

analogía con el rótulo de un principio. Lo segundo es la interpretación extensiva con el rótulo de la analogía. En los dos casos lo que se hace es distinto de lo que se dice.

Sostiene Ehrlich (1) que la analogía es un producto del espíritu humano, estando arraigada en las cimas del arte donde se utilizan comparaciones, figuras y símbolos. Esta aguda observación, más que aliento para el empleo de la analogía, es para mí, advertencia de sus peligros. Nuestra psiquis se imanta rápidamente con la impresión de lo semejante. Mas la semejanza tiene grados y unas veces, por ser muy acentuada, desempeña funciones lógicas, mientras que otras, por ser remota, tan sólo tiene asignados destinos estéticos. De aquí que la analogía, aun en el orden de la actividad científica en que actúa legítimamente, corre el riesgo de confundir un valor estético con un valor lógico, de hacer una figura retórica donde se busca una verdad, de colocar un sueño en la mansión de las realidades.

En lo análogo se encuentra lo semejante y lo diferente a la vez, lo que da lugar, como observa, entre otros muy acertadamente Rümelin (2), a dos direcciones dialécticas; atendiendo a lo semejante se puede hacer un argumento *a pari*, y atendiendo a lo diferente se puede hacer otro de carácter antinómico *a contrari sensu*. Es decir, con este procedimiento de interpretación, se puede defender el pro y el contra, hacer lo blanco negro, sofística atribuída a los abogados y hasta casi destreza admirable a juicio de los espíritus condescendientes. El poeta Campoamor dijo ingénua y bondadosamente:

Como un gran abogado, esa perversa
hace blanco lo negro y viceversa”.

La remoción de una albacea (artículo 910 del Código Civil) puede fundarse en las causas de remoción de los tutores por analogía, a virtud de la semejanza del albaceazgo y de la tutela, en cuanto en aquél se trata de la gestión de intereses en nombre del difunto que no puede defenderse, construyéndose así un argumento *a pari*, o puede argüirse *a contrari*, que mientras las escasas variantes de la administración tutelar permiten el establecimiento de causas generales y taxativas de remoción, el albaceazgo tiene una extensa gama de funciones posibles, desde las exclusivas e inócuas tareas de organizar el entierro y funeral, hasta la facultad de enajenar

(1) Obra citada, página 351.

(2) Obra citada, página 15.

bienes, por sí el albacea, lo cual impide el establecimiento de causas uniformes.

¿Debe rechazarse la analogía en absoluto?

Tanto valdría como pretender suprimir una nota del pentagrama, un instrumento útil de trabajo. La analogía es eficaz en derecho, en las condiciones bajo las que se utiliza en las demás ciencias; no en el concepto estrecho y prelógico del método tradicional.

La vacuna que se aplica a un caballo con éxito por un investigador es con relación a esa especie un caso de experiencia perfecta, de inducción completa; con relación al hombre es una verdad analógica hasta que la práctica directa en él la convierte en una verdad con plena garantía experimental. El régimen de registro inmobiliario, el cooperativo o el agrario, practicados en un país extranjero, son allí una experiencia completa y con relación a nuestra sociedad una verdad analógica pendiente de ser confirmada a través de las semejanzas y diferencias nacionales. Esta analogía es admisible, ¡pero cuán lejana está de la otra! La analogía interpretativa ejercitada fuera de su lugar jerárquico, antes de agotar los métodos directos y completos de investigación para servir al prejuicio de la omnisciencia legal, no es correcta. De la *analogía juris* ya dije que no hay que hablar, porque es un nombre puesto a la totalidad de la lógica en la que la analogía sólo es un término y el último. La *analogía legis* es la típica, la rutinaria y, llámese interpretativa o creadora, es condenable.

Con razón ha dicho Kantorowicz (1): "He aquí, por ejemplo, la célebre analogía jurídica, tratada difusamente y con seriedad por nuestra metodología, como método dogmático: el procedimiento que enseña por vía de lógica la aplicación de normas de derecho, a casos no previstos por él, pero semejantes a aquellos previstos. Es raro que exista un caso que no tenga ninguna cosa de común con otros: ¡lo que no sea análogo apenas si existe! Y por eso casi todas las normas de derecho se podrían aplicar a cualquier caso; así se hablaría sin consecuencias, sin que jamás se llegase al límite consentido por la lógica, la cual es indiferente a todo lo que es cuantitativo y material."

Por último, nuestro Código Civil rechaza la analogía. Los que la utilizan para la interpretación de la Ley faltan a ella. El artículo

(1) *La Lotta per la Scienza del Diritto*, páginas 798.

sexto prescribe que "cuando no haya ley *exactamente* aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto los principios generales del derecho". Los preceptos, pues, del Código que se aplican a los hechos han de tener un acomodamiento *exacto*; faltando esta concordancia rigurosa, la Ley indica el camino sin permitir el salto analógico; rige la costumbre en primer grado y los principios generales del derecho en último término como fuente inagotable, como horizonte sin límite.

En esta materia el Código se ha anticipado a las nuevas tendencias. La analogía solamente está sostenida por los hábitos creados por la tradición, por las prácticas de los hombres de derecho que van contra la Ley escrita y contra la lógica actual que preside nuestra cultura.

HE DICHO.



