

## **LAS LAGUNAS DE LA LEY. LA ANALOGIA**

La existencia de las lagunas. Se discute vivamente en la doctrina si el ordenamiento jurídico presenta lagunas. La cuestión está relacionada con la interpretación, porque si existen lagunas, el intérprete deberá colmarlas con el procedimiento analógico interpretación en sentido amplio. Se afirma la existencia de lagunas alegando que el legislador es imposible que haya previsto todos los casos que la realidad presenta y los que va creando la vida, por lo que el intérprete, agotados los medios interpretativos ordinarios, se encontrará a veces con que no puede suministrarle la ley solución para tales casos.

En contra, se observa que el ordenamiento jurídico forma en sí un todo cerrado, sin espacios vacíos en virtud de su fuerza expansiva, ya que tiene horror al vacío; las relaciones no reguladas por la ley se someten a ella en virtud de los principios generales que la informan; por esto dicen los partidarios de esta teoría, denominada de la plenitud de ordenamiento jurídico, que si existen lagunas no están en el Derecho, sino en el intérprete, el cual no ha sabido hallar el principio correspondiente. Otros partidarios de la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico, niegan la existencia de lagunas, afirmando que existe una norma general que comprende negativamente los casos no previstos.

En realidad, no se puede desconocer que hay casos para los que la ley no presenta solución y en este sentido cabe hablar de lagunas, pero es inexacto creer que estas lagunas que presenta la ley no pueden llenarse con otras normas jurídicas extra-positivas; por eso, en su conjunto, el ordenamiento jurídico no presenta lagunas, no por la pretendida norma general negativa, sino porque los casos no resueltos en la ley encuentran solución en normas extra-positivas que sirven de fundamento al propio Derecho positivo y a las cuales tiene que acudir el intérprete. Cabe hablar, por tanto, de lagunas de la ley, pero no de lagunas del Derecho.

La doctrina señala diversos tipos o formas de producirse las lagunas. Se señala los siguientes:

- 1- La ley da solo una orientación general, remitiéndose a conceptos que el juez debe investigar en cada caso, la equidad, la buena fe, lo justo;
- 2- La ley no da ninguna solución, ya intencionadamente porque el problema aun no estaba maduro para solución, o involuntariamente porque no ha previsto la cuestión;
- 3- Se produce también una laguna cuando dos leyes, sin preferencia entre si, se contradicen, haciéndose ineficaces;
- 4- Hay lagunas cuando una ley es inaplicable por comprender casos que el legislador no habría ordenado de haberlos conocido.

La existencia de lagunas en la ley plantea el problema de su integración, ya que el orden jurídico necesita encontrar una solución adecuada frente a cualquier conflicto de interés humanos, imponiéndose por ello a los jueces la ineludible necesidad de fallar. Dos sistemas son posibles, que se inspiran en posiciones doctrinales opuestas; según el sistema tradicionalmente seguido por los códigos civiles, el juez ante la insuficiencia de las fuentes formales, es decir, la ley, la costumbre, acudirá como última fuente subsidiaria, a los principios

generales del derecho, sobre cuya más precisa determinación ya se habló. Una nueva dirección ha marcado, en cambio, el código civil, según el cual el juez, en defecto de la ley y costumbre aplicables, ha de fallar según las reglas que establecería si tuviere que actuar de legislador inspirándose en soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia.

En defecto de ley y costumbre, el juez ha de acudir a los principios generales del derecho. En tales principios, el juez ha de saber encontrar normas jurídicas para colmar todas las lagunas que ofrezcan ley y costumbre, ya que los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido. Son pues, los principios generales, fuente supletoria considerada con suficiente virtualidad para colmar cualquier deficiencia legislativa. Por tanto, en el sistema de nuestro derecho, si bien se admite implícitamente, la existencia de lagunas en la ley, no caben en el ordenamiento jurídico nacional. De aquí la importancia de los referidos principios generales; el juez se inspirará en ellos sin poder acudir a criterios puramente subjetivos, como los que el juez suizo ha de buscar ante la insuficiencia del derecho legal o consuetudinario; por el contrario, nuestro derecho sigue el sistema tradicional que rechaza todo acto judicial de libre creación del derecho.

La Analogía: Concepto y clases. Analogía es la extensión de los principios extraídos de la ley a casos cuya divergencia respecto a los decididos en la ley no es esencial. El fundamento de la analogía es que los hechos de igual naturaleza deben tener la misma regulación: El procedimiento analógico supone, pues, una doble operación lógica: primero inductiva, generalizando una disposición particular y después deductiva, aplicando el principio así obtenido al caso que se trata de regular. Distingue la doctrina la analogía Legis y la analogía iuris. En la primera, la generalización se hace partiendo de una disposición concreta de la ley, para aplicarla a otro caso que no encaja en ella, pero del que solo se separa en lo accidental. La segunda, parte de varias disposiciones concretas, obteniendo inductivamente el principio general, que luego se aplica a casos no comprendidos en ninguna disposición de la ley. Esta última forma de la analogía exige en el jurista un gran dominio del sistema jurídico. La analogía se distingue de la interpretación extensiva en que esta no hace más que aclarar el sentido de la ley, poniendo de acuerdo su letra insuficiente con su espíritu; en cambio, la analogía va más lejos del pensamiento legislativo; la primera precisa el significado de una norma ya formulada, la segunda descubre una norma no formulada.

Sin embargo, la analogía no se confunde con la libre investigación del Derecho, pues el investigador crea la norma, mientras que con la analogía no se crea, sino que se descubre el derecho existente, desarrollando normas latentes en el sistema. La analogía, a diferencia de la interpretación extensiva, no puede aplicarse a las normas penales y excepcionales, ya que la analogía aplica la ley a casos que el legislador probablemente la hubiera aplicado, y dichas normas, por el contrario, no quiere que se apliquen fuera de los casos regulados.

La analogía en el derecho. El código civil no reconoció expresamente el procedimiento analógico, pero algunos autores estimaron que estaba comprendida entre los principios generales. Por su parte, la jurisprudencia aplicó la analogía como principio general del derecho, recogiendo el principio de que donde existe la misma razón, idéntica debe ser la regla aplicable.

En aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias que regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los tribunales aplicarán sus preceptos por analogía. La jurisprudencia restringe la aplicación analógica, en supuestos que dentro de la legislación especial tenga carácter excepcional.

Se admite la analogía cuando se afirma que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen, en cambio, otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

La admisión de la analogía acepta los límites que ordinariamente le asigna la doctrina: las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. Se afirma que es prohibitiva la creación de figuras delictivas por analogía.

La exclusión de la analogía en la legislación penal, se basa, en las leyes penales, por el principio de estricta legalidad, necesario para la seguridad jurídica; en las leyes excepcionales, por constituir una excepción a una norma general, que vuelve a recobrar su imperio fuera de la estricta aplicación de la excepción; en las leyes temporales porque también su ámbito temporal implica en definitiva una excepción que no puede aplicarse, razones que expresamente recoge.

Hay legislaciones que reconocen la analogía, y se dice que antes de aplicarla, deberá integrarse el derecho privativo mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones. Es pues preferente la aplicación analógica de una disposición del derecho peculiar, para integrar el derecho supletoriamente analógico.