

**REVISTA**  
DE  
**DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO**  
PUBLICACION MENSUAL

DIRECTORES RESPONSABLES:  
DR. EUGENIO M. SACARELO Y FUENTES  
ESC. MANUEL GONZÁLEZ ALONSO

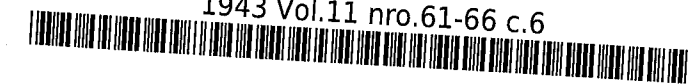
(Ley 9480)

**SUMARIO:**

	<u>Págs.</u>
REFIRMANDO CONCEPTOS, por la Dirección .....	3
<b>Sección Doctrinaria</b>	
DR. RAÚL E. BAETHGEN. — La responsabilidad legal demandable en el ejercicio de la medicina, de la cirugía y de las profesiones afines; ídem de los servicios auxiliares y del personal secundario .....	5
DR. HORACIO S. GONZÁLEZ MULLIN. — De la inscripción y reinscripción de las prendas agrarias e industriales .....	16
<b>Sección Jurisprudencial</b>	
Quiebra. — Declaratoria. — Acreedor singular. — Cesación de pagos. — Indicio. — Masa de acreedores. — Ausencia. — Clausura de los procedimientos. — Arts. 1572, 1574 y 1685 inc. 5º del C. de Comercio.	27
Actos de comercio. — Comerciante. — Casa de modas. — Empleados y dependientes. — Obreros. — Despido injustificado. — Hecho ilícito. — Arts. 7 incs. 1º y 2º, 148 del Código de Comercio y 1319 y siguientes del Código Civil .....	42
<b>Sección Legislación</b>	
Sobre retiros sociales. (Proyecto de ley por el Esc. Fco. Orlando Firpo)	52

*Revista de derecho público y privado*

1943 Vol.11 nro.61-66 c.6



FD-UY/RDPP1161-661943C6

Dirección y Administración: Treinta y Tres, 1324 • Teléfono: 8 29 32

Tipografía Atlántida — Zabala, 1376 — U. T. E. 82178

**SECCION**  
**DOCTRINARIA**

**Interpretación e integración del Derecho**

Por el

DR. EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (HIJO)

(Conclusión) (\*)

**LA ANALOGIA**

¿Qué es la analogía? Del punto de vista lógico, el razonamiento analógico puede caracterizarse con esta explicación que da Romero en su *Lógica*: "En el razonamiento analógico o por analogía, de que un objeto A' coincide con otro objeto A" en ciertas notas a, b, c, que son comunes a ambos, se concluye que A" poseerá también la nota b que sabemos posee A'. Es un razonamiento de lo particular a lo particular análogo o de lo singular a lo singular análogo. Por su forma, el razonamiento analógico reviste la apariencia de un silogismo: "La Tierra está poblada por seres vivos; Marte es análogo a la Tierra, tiene de común con ella las propiedades a, b, c, etc.; luego Marte debe estar poblado por seres vivos".

Tal es la analogía, del punto de vista de la lógica. ¿Pero del punto de vista jurídico? Ha señalado acertadamente Cossio que "Lo que se llama analogía jurídica no es propiamente la analogía lógica, sino un juicio estimativo sobre la analogía lógica, que consiste en calificar como justo el proceder lógico que nos lleva a lo lógicamente consecuente. Cuando el legislador invoca las leyes análogas lo importante no es la analogía en cuanto proceso cognoscente, entendiéndose que este modo del razonamiento es un método específico de interpretación de la ley. Lo importante es la analogía en cuanto referencia o señalamiento de contenidos axiológicos positivos y determinados, porque es indudable que el legislador puede limitar la validez jurídica a una de las especies de un género, por visible que

(\*) Ver Tomo X, página 271.

sea la "eadem ratio" entre todas las especies y por mucho que sorprenda esta limitación del deber ser a la pura dialéctica del pensamiento; la analogía, en cuanto dialéctica del pensamiento cabrá entonces a su vez sólo dentro de la especie, pero no dentro del género. Hay pues que distinguir dos significaciones del vocablo analogía; una como modo del raciocinio en la dialéctica formal del pensamiento y otra como contenidos axiológicos similares constitutivos de las especies de un mismo género. La analogía como forma del razonamiento nos habla de un ser, no de un deber ser; no dice que el caso A es igual a su similar B; pero de esto no resulta, sin más, que B deba ser como A ya debe ser, porque la consecuencia lógica no es la validez jurídica; esta segunda conclusión sólo resulta legítima cuando está aceptada la consecuencia lógica en calidad de valor determinante, es decir, cuando se acepta que la corrección lógica vale para señalar los valores indeterminados; pero la fuente que confiere este valor de justicia a la consecuencia lógica, es la voluntad del Legislador; este valor de justicia no sale de la mera dialéctica del pensamiento; acá no se discute si es verdad la analogía que afirma el pensamiento, ya que como verdad pertenece a su dialéctica; acá se dice que es justa (positivamente) la analogía verdadera y esa justicia conferida a la analogía no pertenece al pensamiento."

"Pero no se advierte que cuando el legislador dice "leyes análogas" se refiere a leyes semejantes o similares cuya semejanza se establece efectivamente por un razonamiento analógico (analogía en sentido lógico) pero se refiere también al valor normativo que se confiere a este resultado, pues si no estuviera dispuesto que la analogía también debe ser, de nada valdría simplemente saber que son casos análogos". "La analogía jurídica establece la justicia de un igual trato para dos casos esencialmente iguales; es decir, establece la justicia de la igualdad. Podemos o no dar igual trato a dos casos que sean análogos; y esta posibilidad evidencia que hay de por medio un problema axiológico independiente del mero problema lógico que concluye con el establecimiento de la analogía. Pero una cosa es dar igual trato a dos casos análogos por una razón cualquiera, y otra es darles igual trato porque son análogos; en esto último está valuada la analogía de los casos". (17)

Tiene perfecta razón Cossio. Una solución, establecida para el régimen de patria potestad, es susceptible de extenderse por vía analógica al de tutela, no porque el análisis lógico establezca la semejanza de ambas situaciones, sino porque la ley dispone que, cuan-

(17) La Plenitud del Ordenamiento Jurídico y la Interpretación Judicial de la Ley.

do el caso no se haya previsto, si hay semejanza de situaciones debe llevarse a un caso la solución establecida para el otro. Así se explica que en materia penal, donde no se considera justa la aplicación analógica, o peligrosa para la libertad del individuo, se disponga que el análisis lógico que establece la semejanza entre un hecho tipificado como delito y otro que no ha sido previsto como tal, no sea suficiente para dar a ambos el mismo tratamiento jurídico.

La analogía, como razonamiento lógico al que da valor positivo un precepto de derecho, se compone de tres argumentos fundamentales: el argumento "a pari", el "a major ad minus" y el "a minori ad maius". La aplicación analógica se realiza, bien porque hay igualdad o paridad de motivos para resolver un caso no previsto con relación a otro previsto (p. ej., situación en la patria potestad que se extiende a la tutela), bien porque hay una mayor razón — argumento "a minori ad maius" o a "fortiori" (como si se exige determinada capacidad para hipotecar, también debe requerirse para vender), bien porque ocurre lo contrario — argumento "a major ad minus" (si se autoriza a un individuo para vender, también debe reconocérsele capacidad para hipotecar). Todos estos argumentos constituyen aplicaciones distintas del mecanismo analógico, que consiste fundamentalmente, como observaba ya Aristóteles, en el "razonamiento de lo particular a lo particular, cuando ambos casos particulares están subordinados al mismo término y uno de ellos es conocido", es el ascenso de lo singular a su género, para luego descender de éste a lo particular; procedimiento inductivo-deductivo le llama Gény. Se pasa de lo particular a lo particular, a través de lo general, pero es preciso que ese particular que sirve de base al razonamiento no constituya una excepción a lo general a que se asciende. Por eso se dice que sobre las excepciones no se puede asentar un razonamiento analógico.

Son tres los supuestos requeridos para que proceda jurídicamente esta operación lógica. En primer lugar, como es evidente, una laguna del ordenamiento, es decir, un caso no previsto por la ley. En segundo lugar, una relación de semejanza con algún caso expresamente previsto por la ley, es decir, algún elemento de identidad con él. Pero es preciso, finalmente, que ese elemento de identidad no sea uno cualquiera, sino como dice Coviello "aquel elemento de hecho que el legislador tomó en consideración para establecer una determinada norma concerniente a la relación prevista, con la que se quiere parangonar la no considerada". Por eso habla nuestra ley de "fundamento de las leyes análogas". El fundamento, es decir, la "ratio juris", el principio constitutivo del espíritu de la norma es el que debe permitir la extensión analógica. Para que proceda ésta, no basta la simple semejanza entre las dos situaciones;

requiere también que la razón que inspira a la regla legal que rige el caso previsto, exista igualmente en relación con el caso no previsto. Lo que justifica la aplicación analógica es la identidad jurídica de sustancia, de fundamento. Por eso esta operación ha menester un examen y ponderación muy detenido y profundo de las disposiciones de la ley, de la naturaleza jurídica de los institutos análogos, para poder determinar si hay en los dos casos la misma "ratio", es decir, si el fundamento que explica la existencia de la regla en el caso previsto, está presente también en el caso a resolver. Así, por ejemplo, no es posible reconocer por vía analógica ciertas facultades que posee la Comisión Permanente a las Cámaras ordinarias, porque puede no estar presente en este caso el fundamento que justifica la existencia de esas facultades en beneficio del órgano especial al que se les ha asignado expresamente. De igual modo, una ley que atribuye ciertos poderes al padre con respecto al hijo, no puede, sin más, ser extendida a una situación similar del tutor, porque el fundamento de ese reconocimiento puede estar en la convicción de que el padre no precise tan severas restricciones, porque existen corrientemente entre él y su hijo vínculos de afecto y de solidaridad que pueden no encontrarse en las relaciones entre tutor y pupilo.

Es preciso distinguir la aplicación analógica de una norma legal, de la interpretación y especialmente, de una forma de interpretación, la extensiva, que puede presentar alguna semejanza externa con ella. Interesa fundamentalmente esa distinción, porque si la analogía no procede en materia penal, es en cambio perfectamente lícita la interpretación extensiva de los textos penales. La diferencia estriba en que hay aplicación analógica cuando falta norma expresa, mientras que la interpretación extensiva requiere la existencia de la norma, la previsión explícita del caso. El caso ha sido previsto por la ley, pero las palabras empleadas, gramaticalmente consideradas, pueden no comprenderlo. El intérprete ajusta entonces, como es su misión, la fórmula literal al espíritu de la ley, y ese acuerdo se traduce en una interpretación de resultado extensivo. La analogía en cambio, supone que el caso no ha sido previsto por la ley, ni en su letra ni en su espíritu. El ejemplo de la prohibición de entrar con perros a la estación, extendida a los osos y a los elefantes, constituye una interpretación extensiva, porque esa prohibición estaba contenida en el espíritu de la ley. La prohibición de entrar con perros en un aeródromo configura en cambio una extensión analógica porque este caso no pudo ser previsto por el legislador, en una época en que éstos no eran conocidos. Como dice Coviello, con gran acierto: "La interpretación extensiva va encami-

nada a extender la palabra del legislador, la aplicación analógica a extender su pensamiento".

¿Qué resulta de la integración analógica? Como ya hemos visto al comentar la Escuela del Derecho Libre, el investigador no crea una norma general, sólo la descubre y la explicita, y con arreglo a ella se dicta la norma particular que resuelve el caso. Hay una auto-integración del derecho, como dice Carnelutti, "una especie de soldadura autógena del mismo". No se crea derecho nuevo, se descubre el ya existente. Dice muy bien Ferrara, que al proceder de este modo el juez no actúa libremente, sino que elabora esa norma implícita vinculado a la ley y "su tarea es como la del poeta que compone a pie forzado".

En nuestro régimen jurídico, el juez, el intérprete en general, está obligado a procurar en primer término una solución analógica, y sólo si ésta fracasa, "si todavía subsistiere la duda, ocurrirá a los principios generales de derecho y las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso".

### PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

¿Qué debe entenderse por principios generales de derecho? Sostiene la doctrina italiana, que es la que mejor ha estudiado este concepto, que por principios generales de derecho debe entenderse "los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales, por abstracción, deben inducirse". "Tienen valor de tales en cuanto han informado efectivamente el sistema positivo del derecho nacional y han llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente". Como dice Carnelutti: "Los principios generales del derecho no son algo que existe fuera sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino, constituyen el espíritu o la esencia de la ley".

De acuerdo con esta posición, el método para descubrirlos consiste en ascender progresivamente de las normas positivas concretas, por vía de generalización creciente, a reglas cada vez más comprensivas, hasta que el caso no previsto pueda ser resuelto por alguna de ellas. Se parece este procedimiento al analógico en cuanto se va de lo particular a lo general para redescender de éste a lo particular de un nuevo caso, pero difiere de aquél en que no se requiere la semejanza de situaciones entre el caso particular que sirve de punto de partida y el que constituye el punto de llegada de la investigación.

Frente a esta doctrina dominante se ha levantado la voz autorizada de Del Vecchio, con quien coinciden en lo fundamental Cossio, García Maynez, Aftalion y otros filósofos del derecho, para sostener que principios generales del derecho son los del derecho natural o justo. Esta remisión a los principios generales significa para estos autores, que a falta de un precepto aplicable al caso debe el juez formular la solución justa, la solución que resulte de los dictados del derecho natural. El argumento fundamental radica en que la invocación de "los principios generales de derecho" se origina en la escuela Jus-naturalista de los siglos XVII y XVIII, y fué recogida en el Código albertino, de donde pasó al italiano y luego al nuestro. Del Vecchio estudia detalladamente las discusiones a que dió lugar esta fórmula en la historia de la sanción del primero de esos códigos.

Estos razonamientos son de índole típicamente exegética. Si analizamos esa fórmula de acuerdo con el método lógico sistemático de interpretación, que es el de nuestro código, hemos de ver que con ella no se invoca el derecho natural, no se le pide al juez que falle según normas justas, sino según las máximas genéricas que constituyen la base, el supuesto de todo el ordenamiento legislativo.

Ya hemos visto también, que el derecho natural, supuesto sistema jurídico dado objetivamente a la conciencia humana, emanado de la Naturaleza y en cuya elaboración no participa la voluntad ni la inteligencia del hombre, cuyas leyes éste se limita a descubrir, no a crear, no existe, ni puede existir. Esta concepción no es más que la hipóstasis de los ideales de justicia que inspiran o deben inspirar al hombre al dictar el derecho positivo. "El Derecho Natural para el jurista es como la noción de lo Bello para el artista. Lo bello no es una receta para fabricar obras maestras; es, al igual que lo justo, un principio de discriminación insito en la naturaleza humana"... "El Derecho Natural no tiene solución alguna que proponer; se limita a juzgar las soluciones que se le proponen".

Si el Derecho Natural es sólo un sistema valorativo no se ve cómo el juez podría extraer de él la norma jurídica que regule el caso. El criterio valorativo le serviría para juzgar una norma ya explicitada; no para explicitarla. Admitir esta posición de Del Vecchio, entonces, significa que el juez encontraría la norma en sus opiniones personales, en su criterio subjetivo de justicia, y la apreciaría luego con arreglo a ese patrón estimativo que es el Derecho Natural. No es esto lo que quiere la ley; no se reconoce en el juez, en nuestro régimen, la facultad de proclamar una norma de acuerdo a sus opiniones personales, aunque sea apreciada por un patrón objetivo de Derecho Natural, sino que se le encamina para que ha-

lle la solución en principios objetivos contenidos en el sistema jurídico-positivo, en conexión lógico-sistemática con este orden considerado en su totalidad, mediante una progresiva y creciente generalización, hasta llegar a sus reglas básicas.

La discrepancia comentada, es sin embargo, más aparente que real. Si se estudian los principios de derecho natural que considera Del Vecchio aludidos en esta fórmula de la ley, se ve que todos ellos han penetrado substancialmente en la legislación positiva de todos los países civilizados. El reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho en toda persona humana, la igualdad jurídica de todos ante la ley, la limitación de los derechos individuales únicamente por ley, la tripartición de la actividad del Estado entre los diferentes poderes, el sometimiento del juez y del administrador a la ley, la obligación de reparar todo daño, la prohibición de enriquecerse indebidamente a expensas de otro, la de cumplir los contratos de buena fe, la imposibilidad de transmitir más derechos de los que se tiene, la legitimidad de oponer la fuerza a la fuerza, la atribución de las ventajas a quien soporta los inconvenientes de una situación e inversamente, la imputación de las cargas a quien lleva los beneficios, etc., son todas normas de Derecho Natural para Del Vecchio, y principios generales de nuestro derecho positivo, algunos implícitamente contenidos en el sistema, expresados otros en normas constitucionales y legales. Existe pues, concordancia en el terreno de la práctica entre ambas posiciones; como decía un gran jurista nuestro, "los corifeos, después de separarse en los templos, se encuentran en los caminos".

Pero imaginemos que no ocurra así. Que un país de organización totalmente opuesta a la nuestra desconociera la libertad individual como principio general básico del ordenamiento jurídico, ¿el juez podría desconocer esa situación del derecho objetivo vigente en ese momento, y fallar un caso no previsto, basándose en principios de derecho natural válidos en todo tiempo y lugar? Es evidente que no, ya que su sentencia, como norma perteneciente a ese ordenamiento tendría que ubicarse dentro del sistema, conciliarse con las demás reglas positivas del mismo. De otro modo, éste dejaría de ser un todo congruente, dotado de unidad de validez, y exento de contradicciones. Los principios generales del derecho son pues, preceptos de derecho positivo y no de derecho natural, "los principios rectores de las leyes actualmente vigentes, sean que éstas las formulen expresamente, sea que los supongan implícitamente, y queden sobreentendidos como máximas fundamentales subyacentes". Tal como dice Cossio, deben servir, "para cubrir la retirada en los casos de lagunas del derecho".

Esta consideración interpretativa se refuerza si se tiene en cuen-

ta que entre nosotros, concurre conjuntamente con los principios generales de derecho, a fin de explicitar la norma general implícita, otro elemento de índole netamente objetiva: "las doctrinas más recibidas". (18)

### LAS DOCTRINAS MAS RECIBIDAS

Es esta una nueva fuente donde recoger la norma implícita, fuente que no ha sido consagrada en ningún régimen jurídico, feliz originalidad del Dr. Narvaja que presenta gran utilidad práctica para resolver los casos no previstos. Según el método exegético que se consideraba aplicable entre nosotros, se había sostenido de modo casi unánime que debía entenderse esta expresión como si constara de un agregado o estrambote en los siguientes términos: las doctrinas más recibidas... por el legislador o codificador concreto que redactó la ley. Son infinitas las controversias que se resolvieron entre nosotros con el criterio de Marcadé o de Savigny porque estos eran los libros de consulta preferida del Dr. Tristán Narvaja.

Rechazado el criterio exegético, que no puede suscitar ni siquiera una discusión seria en materia de integración, no cabe formular ese gratuito añadido a la expresión del art. 16. Ha de entenderse, las "doctrinas más recibidas", sin distinción de tiempo, de lugar y de persona para apreciar el carácter dominante de la opinión doctrinaria. Pero corresponde establecer una limitación; ha de entenderse, por doctrinas más recibidas aquellas que puedan conectarse lógicamente con nuestro régimen jurídico. La producción autóctona es ínfima —más forense que realmente científica— de manera que será preciso recurrir a las obras extranjeras que comentan los sistemas jurídicos más afines al nuestro. Pero no podrá, por ejemplo, aceptarse un criterio doctrinario inconciliable con nues-

(18) En Del Vecchio mismo encontramos un magnífico ejemplo de solución de un caso no previsto con arreglo a los principios generales de derecho. Se discutía el derecho de un fotógrafo a reproducir el retrato de una persona y difundirlo, contra el consentimiento de ésta. Ninguna disposición legal expresa lo prohibía. Sin embargo, se estaba frente a una laguna del derecho, ya que permitirlo por no estar prohibido sería cometer una injusticia involuntaria, no querido por la ley, que no había previsto esta forma de reproducción y difusión de la efigie de una persona. Por otra parte, la prohibición no podía deducirse, por vía de analogía, de ninguna disposición legal que previera algún caso semejante. Se debió recurrir a los principios generales de derecho. El principio general que permite encontrar esa prohibición es el de respeto a la personalidad humana, "que es el grande sobreentendido de nuestro sistema jurídico".

tro régimen jurídico, únicamente porque cuente con el voto de la mayoría de los escritores de derecho.

### LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

¿Qué significado tiene la parte final del art. 16 del Código Civil? Que el juez, una vez que ha hallado y explicitado la norma implícitamente contenida en el ordenamiento jurídico, puede, al derivar de ella la norma individual que rija el caso concreto no previsto, atemperar sus conclusiones, teniendo en consideración las circunstancias del caso que trata de resolver. Esto no es otra cosa que una concesión al juez para que falle según la equidad, "esa rama desprendida del gran árbol de la justicia". La equidad, en efecto, es la justicia del caso concreto, la solución de un conflicto en consideración de las circunstancias individuales del mismo, la adaptación de la justicia a los hechos, modelándose sobre ellos. Es conocida la magnífica imagen de que se valió Aristóteles para señalar lo que debía entenderse por equidad: "Lo equitativo es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. Cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirla y suplir su silencio, y hablar en su lugar. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido. Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos, la cual se amolda y acomoda a la forma de la piedra que mide".

La equidad, es decir, la consideración de las circunstancias del caso, desempeña, cuando hay laguna, la función de un correctivo de las soluciones que puedan hallarse mediante los procedimientos señalados por el legislador. Pero este remedio excepcional, esta potestad atribuida al juez de apartarse de la norma aplicable al caso y ajustarla a él, como la regla de plomo de los arquitectos de Lesbos se ajusta al objeto que mide, sólo puede aceptarse cuando el legislador lo reconoce —como en este caso— de modo expreso. Este es uno de esos casos excepcionales en nuestro régimen jurídico. Salvo en ellos, el juez debe fallar con arreglo estricto a la ley, sin permitirse corregirla o atemperarla, so pretexto de que su aplicación rigurosa implicaría una injusticia. Lo contrario introduciría una total incertidumbre e inseguridad en las relaciones jurídicas. Así se explica que en otros tiempos se dijera: ¡Dios nos guarde de la equi-

dad de los Parlamentos! y que los habitantes de la Saboya, al ser conquistados por Francisco I, le pidieran como grado especial, no ser juzgados según la equidad.

Pero es que la aplicación rigurosa de una norma que ha sido descubierta en los principios generales de derecho y en las doctrinas más recibidas, podría conducir a veces a una injusticia. Es por eso que se permite al juez invocar las circunstancias del caso concreto, en otros términos, recurrir a la equidad, para atemperar sus conclusiones, al derivar la norma individual que resuelva el conflicto no previsto expresamente por la ley.

T

R

PK

Ju

cut:

tad