

Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

En el presente trabajo el autor defiende la distinción, no aceptada por todos, entre interpretación extensiva y analogía. Ambas figuras conllevan la expansión de la norma, pero en la interpretación extensiva la norma se expande a otro caso perteneciente a la misma materia o institución que regula y que presenta identidad de razón con el caso que la norma contempla. En la analogía, en cambio, la norma se aplica a una materia o institución diversa pero semejante, de la que en ella expresamente se regula. Viene a ser una interpretación extensiva máxima o superlativa, lo que justifica que sus límites (ex art. 4.2 CC) sean mayores que los de la interpretación puramente extensiva.

PALABRAS CLAVE

Norma jurídica. Analogía. Interpretación. Integración. Laguna.

ABSTRACT

In this article the author defends the not widely accepted distinction between what is known as extensive interpretation of legal rules and analogy. He argues that both processes expand the legal rule but while in the first case this expansion applies to a case that belongs to the same legal institution and shares a common reasoning with the original rule that is to be expanded by this interpretation; in the second, this is, by using analogy, the legal rule is applied to a similar but different institution (hence the strict limits ex art 4.2 CC).

KEYWORDS

Legal rules, interpretation, analogy, integration, vacuum.

SUMARIO: I. *La analogía: el drama de todo jurista*. II. *Analogía e interpretación extensiva: el «quid quaestionis»; y Bobbio como el representante de todas sus posibles soluciones*. III. *La necesidad, en cualquier solución, de una perspectiva empírica, sólo instrumentalmente dogmática*. IV. *La analogía en la historia: desde su subsunción medieval como interpretación extensiva de grado sumo, hasta su inicial emancipación con Savigny como mecanismo autónomo de integración situado entre la interpretación y la creación de normas*. V. *Interpretación e integración; método y resultado: la analogía como interpretación concentrada metodológicamente en la lógica «a simili», y superlativa en su resultado expansivo (o integrativo)*. 1. La evidente posibilidad de una interpretación extensiva no fundada en la lógica: la estricta comparación entre interpretación lógica extensiva y analogía. 2. La posibilidad de una interpretación lógica conducente a un resultado simultáneamente expansivo y restrictivo, imposible en la analogía. 3. Interpretación (lógica) extensiva y analogía: la respectiva integración de lagunas casuísticas e institucionales. 3.1 Una breve precisión, siempre empírica, sobre la posible existencia de lagunas en la ley. 3.2 La distinción de lagunas en la ley según su alcance: lagunas casuísticas y lagunas institucionales; y su respectiva solución mediante la interpretación extensiva y la analogía. 3.3 La mayor exigencia de similitud lógica en la analogía, que en la interpretación lógica extensiva; *similis ratio* y *eadem ratio*: una relectura sobre la semejanza de casos, o de instituciones, y la identidad de razón entre ellos. V. *Límites a la analogía (art. 4.2 CC), y también a la interpretación lógica extensiva*. 1. La necesidad -lógica- de limitación en toda interpretación extensiva. 2. Determinación de los límites en la interpretación extensiva a partir de una interpretación restringida del art. 4.2 CC. 2.1 La interpretación extensiva y su permisión, como regla, en las normas excepcionales, salvo que su propia razón singular lo impida. 2.2 La prohibición de interpretación extensiva, y analógica, de las normas «penales», salvo que sea *in bonam partem*. 2.3 Permisión de la interpretación extensiva, como regla, en las normas temporales en cuanto sean excepcionales. VI. *Un final abierto. Bibliografía*.

I. LA ANALOGÍA: EL DRAMA DE TODO JURISTA

No hace mucho, desde su Sevilla, el profesor López y López, en sus *«Conversaciones con difuntos. Luigi Caiani: analogía»*¹, recordaba tiempos y lugares algo más lejanos trayendo a la memoria –como él mismo titulaba su inicio– su propio «recuerdo juvenil»:

¹ Publicado en los *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 29, año 2000 (pp. 308 y 309), cuyo arranque a continuación reproduzco en casi su integridad.

«Nieva. En la ventana del *salottino* del siglo XVIII de la *domus hispanica bononiensis* contempla distraído el discurrir de los copos hacia el suelo el joven aprendiz de Derecho, trasterado a la elegante *caput iuris*, sin que logren abandonarle los ecos de la ciudad riente y mentirosa, allá en el lejano, en el profundo, en el misterioso y mágico sur. Piensa que Italia es tierra de ciencia, y que por eso está aquí, lejos de aquel desilustrado paraíso. Por un instante, cree oír los burlones espíritus de decenas de generaciones de colegiales, que le sugieren que es mejor buscar las tierras de la vida: siente como si sus espectros dolientes e ilustres –Agustín, Nebrija,...– le recordasen que los días del amor y del placer son los únicos sensatos; pero él, como ellos, ha escogido otra vía, que al cabo de los años resultará una *viacrucis dolorosa*, la de quien abraza un oficio que tiene por meta una utopía, y además una utopía sin la que los hombres no sabrían vivir, la Justicia... Es gris la tarde boloñesa, y el Colegio de España respira un silencio laborioso: «tarde parda y fría de invierno, los colegiales estudian...»². Siente que él pierde el tiempo, y entre remordimiento y aburrimiento, sus ojos recalcan en la benemérita *Enciclopedia del Diritto* de Giuffrè que el magnífico Rector Verdera ha hecho colocar allí. La obra aún no estaba completa, eso será muchos años después, cuando ya haga tiempo de los máximos y vanos entorchados académicos, y tenga, lo que es una paradoja constante de su vida, poquísimas ilusiones, pero las mismas convicciones y la misma implacable curiosidad. Entre los primeros tomos, como es lógico, los de la letra A, y, en concreto, el que tiene por voz *Analogía*, de Luigi Caiani... En aquel momento el joven aprendiz no puede saber que está ante una obra cuya reflexión le acompañará toda la vida, porque será su particular brevariario del drama del jurista, el drama de su pensamiento, de su estatuto epistemológico, de su ansia de la objetividad, la seguridad y la certeza; ansia tantas veces defraudada. Analogía...».

Cuando por primera vez leí tal comienzo, de su trabajo por entonces recién publicado, sentí asombro y satisfacción, tanto por la forma como por la sustancia en tal modo de escribir, que es expresión de brillantez en el pensar. Las reflexiones que luego, en las siguientes páginas, hará sobre la analogía el profesor López y López son, sin duda, envidiables. *Rectius*, admirables (pues jamás se envidia a quien se admira).

No era yo, sin embargo, consciente en aquella primera lección recibida que, *mutatis mutandis*, el mío iba a ser, o estaba siendo ya, el mismo drama que el de aquel maestro. Tal vez porque, en verdad, lo sea de todo jurista³. Pasada una década, tras su *relectio*, sentí definitivamente como propio, como compartido, aquel drama.

Sin duda, las distancias a salvar entre ambos son muchísimas: es mi caso, el de cierta madurez (obligada, es mi caso –insisto–,

² Recordando las *Soledades* de su admirado Machado.

³ En 1924, HÖFFDING (cuya cita tomo, precisamente, de CAIANI, p. 357), decía que la analogía es el *leitmotiv* de toda investigación jurídica.

por los años), sin demérito por ello de conservar –ilusamente– ciertas ilusiones (lo que es clara contradicción con aquella madurez –que ya dije ser forzada por la edad–); a los cuarenta años, ya se comienza a saber «*Que la vida iba en serio...*».

En lo anecdótico, o tal vez en lo fundamental –¡quién sabe!–, en mi personal reencuentro con la analogía, no me acompañan la gélida Bolonia y Caiani, sino –con mayor fortuna– la soleada Cagliari, que ilumina el Palazzo di Candia, donde alojado redacto estas páginas, y el maestro López y López, a quien modesta, pero afectuosamente, se las dedico.

Tan grata compañía no impide el drama que me ocupa, y preocupa, aun sin atormentarme: el de la analogía.

II. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA: EL *QUID QUAESTIONIS*; Y BOBBIO COMO EL REPRESENTANTE DE TODAS SUS POSIBLES SOLUCIONES

Uno de los pasajes que más me llamó siempre la atención de aquella reflexión del profesor López y López⁴, era aquel donde afirmaba que la diferencia entre analogía e interpretación extensiva es:

«aporética, al menos si se toma de modo tajante, lo vemos enseguida, desde el instante en que hay una norma que hay que interpretar, precisamente aquella de la que se predicará la *eadem ratio...* Si no es así, no se comprende bien por qué tenemos tanta dificultad para disecar la analogía de la interpretación extensiva (*lex dixit, sed dixit minus quam voluit*)... Como ejemplo de la distinción entre interpretación e integración analógica, se cita⁵ la “prohibición de confesores” (art. 752 CC)... muestra la escéptica opinión sobre si es analogía o interpretación extensiva comprender en ella al sacerdote de un credo que no conozca la confesión auricular, e incluso si no será que la norma sólo se aplica restrictivamente al sacerdote católico, y en realidad *lex dixit magis quam voluit...*». Y concluirá tan condensada reflexión: «De todo ello se descende una llana consecuencia, y es que la escisión entre interpretación e integración del ordenamiento por vía analógica, sobre la base de la existencia en la primera y no en la segunda de un “material hermenéutico previo” no deja de ser una tautología, de la que sólo se escapa con un entendimiento *a priori* de lo que sea “material hermenéutico previo”, lo que derechamente nos devuelve a la

⁴ En pp. 312 y 313, que también reproducimos a continuación, casi en su integridad.

⁵ Refiriéndose probablemente a ROCA I TRIAS, que toma el ejemplo de DIEZ-PICAZO (*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.^a ed., Barcelona, 1993, pp. 280 y 281, que luego se verá con más detenimiento), para emplearlo aquélla constantemente en sus explicaciones sobre la analogía (en su *Comentario al art. 4 del CC*, en Edersa, dirigido por Albaladejo, tomado aquí de *vlex*).

petición de principio; y todo, dejando a un lado si todo proceso interpretativo no es, irremediamente, un proceso creativo, y por consiguiente, integrativo; y si toda lógica no es (ana)lógica.»

Al hacer yo aquella segunda lectura de estas páginas, a que antes me referí para tomar definitiva consciencia del drama de la analogía como propio, caí en la cuenta entonces de que, así como sucede con la analogía y la interpretación extensiva, como jurista siempre me había movido entre confines, intentando divisar, con alguna o ninguna fortuna, esa «línea del horizonte donde convergen el mar y el cielo»⁶ de lo jurídico; ahí estaban, y siguen estando, las cargas reales, las obligaciones *propter rem*, el *ius ad rem*; o, más en particular, la hipoteca y la fianza, el usufructo y el arrendamiento,...; o más en general, los derechos reales y los de crédito. O, en otro orden, el matrimonio y las parejas de hecho,... Y, curiosamente, en aquella relectura sobre la analogía del profesor López, pude descubrir que radicalmente, en lo más profundo de todos aquellos confines se escondían (para mí, al menos) la analogía y la interpretación extensiva (posible, o no, de las normas del matrimonio para aplicarlas a las parejas de hecho, las de la fianza a la hipoteca, las del usufructo al arrendamiento,... ¡O a la inversa, por qué no!).

Es inevitable que así sea. Porque, más en el fondo, más de raíz aún, plantearse la distinción entre analogía e interpretación extensiva, es planteársela entre *analogia legis* y *analogia iuris* (como cabría hacerlo entre una interpretación *legis* y otra *iuris*)⁷, entre analogía y principios generales del derecho, entre interpretación e integración del derecho, entre su aplicación y su propia creación. Es casi como preguntarse por la verdad misma del Derecho; por el quehacer diario de todo jurista.

Lo advertía Norberto Bobbio, prácticamente en la primera monografía moderna habida sobre la analogía, quien no en vano la dedica entera al intento de diferenciarla de la interpretación extensiva⁸. Realizada tal obra en su juventud, como tesis doctoral, no es extraña su evolución –o involución, habrá que ver– en tal cuestión: de su inicial

⁶ Frase que tomo de mi propia tesis doctoral cuando me refería a la figura de los deberes *ob rem*.

⁷ Ya cuando DE CASTRO (*Derecho civil de España*, Madrid, 1984, p. 483), se refiere a los elementos de interpretación de las leyes (gramatical, social, técnico y lógico), a fin de alcanzar la *ratio legis*, dice que ello no suele bastar, pues la interpretación no se limita a una norma, que no ha de ser interpretada aisladamente, sino como parte del conjunto jurídico. «Por ello –dice– puede decirse que la *interpretatio legis* supone o implica siempre –expresa o tácitamente– la *interpretatio iuris*». Sirva lo dicho para advertir, aunque sea en nota, que dado el posible paralelismo existente en este punto entre interpretación y analogía, no será tal distinción (*legis/iuris*), objeto de especial atención por nuestra parte (aunque, como veremos, para algunos como Bobbio lo haya sido, por creer que la contraposición defendida entre interpretación extensiva y analogía por Savigny venía circunscrita a la *iuris*).

⁸ En su obra *L'analogia nella logica del Diritto*, Turín, 1938.

negación de la distinción, pasará luego a admitirla, para posterior y finalmente matizarla.

Sin necesidad de que yo haga el esfuerzo de sintetizar tal recorrido, lo tomo ya hecho del profesor Atienza⁹, aunque respetando la cronología habida, en tres etapas, en el propio pensamiento del maestro Norberto Bobbio¹⁰:

La primera etapa: «En 1938 –en su aludida monografía– Bobbio había sostenido, tajantemente, que interpretación extensiva y analogía eran la misma cosa. Los criterios de distinción ensayados por los juristas le resultaban entonces insatisfactorios. Tanto la llamada interpretación extensiva como la analogía constituían, en su opinión, un mismo proceso de argumentación lógica en el cual no cabía hablar de creación de nuevas normas, pues si fuera así ya no se trataría de analogía, sino de arbitrio. Tal pretendida distinción no podía ser explicada teóricamente (y Bobbio citaba¹¹ aquí ejemplos en los que un autor consideraba un mismo supuesto, en un caso como interpretación extensiva y en otro como analogía), sino que obedecía a una razón práctica: era un expediente utilizado por los juristas para evitar la prohibición de la analogía, existente en algunos países para ciertas esferas del ordenamiento jurídico».

La segunda etapa: «En su trabajo de 1957¹², Bobbio sostiene –a diferencia de lo que había hecho en 1938– que la interpretación extensiva y la analogía pueden distinguirse entre sí, según el siguiente criterio (que toma de Giannini¹³): en la interpretación extensiva se extiende el contenido de una norma jurídica a casos no previstos, pero dicha operación tiene lugar sin salirse de la norma; en la analogía, la extensión tiene lugar en base a una norma superior –se crea, pues, una nueva norma– que se aplica tanto al caso regulado como al caso no regulado. Pero el procedimiento lógico –afirma Bobbio– es el mismo en los dos supuestos; lo que cambia es la función: en un caso se interpreta, en el otro se integra. Un ejemplo de interpretación extensiva sería éste: el concepto de “mediador”, que aparece en una determinada norma, se amplía para incluir en el mismo actividades distintas pero similares a las de mediación (por ejemplo, la de quien induce a la conclusión de un negocio después de que las partes hayan iniciado los contactos). Un ejemplo de analogía, este otro: los artículos relativos al arrendamiento se extienden al comodato, pero no porque se apliquen al comodato las normas relativas al arrendamiento, sino porque se ha creado una nueva norma que se aplica tanto al arrendamiento como al comodato. La distinción justifica que en ciertas materias pueda estar prohibida la analogía, pero permitida la interpretación extensiva, si bien el interés

⁹ *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986, pp. 60 y 61.

¹⁰ ATIENZA, en cambio, hace en esas páginas un recorrido a la inversa.

¹¹ En pp. 145 y 146.

¹² Se refiere a la voz *Analogia*, del Novissimo Digesto Italiano, contenida naturalmente en su Tomo I.

¹³ *L'analogia giuridica*, en *JUS* (Rivista per le Scienze Giuridiche), 1940, pp. 516-549, y 1941, pp. 41-75.

prete –precisa Bobbio– no siempre respeta la distinción, de manera que bajo el nombre de interpretación extensiva tienen lugar muchas veces verdaderas integraciones analógicas».

Y la tercera etapa: «En un trabajo posterior, de 1968¹⁴, Bobbio parece mantener esta misma postura aunque con algún cambio de matiz. Sigue aceptando la distinción, aunque sugiere que quizás no pueda efectuarse un corte neto entre las dos actividades e indica, en todo caso, la necesidad de llevar a cabo “una investigación sobre el uso interpretativo de los jueces”. Además, precisa que “desde el punto de vista operativo es posible que la interpretación extensiva como interpretación lata no tenga una función distinta, en algunos casos, a la del procedimiento analógico entendiendo como paso de un caso a un caso similar a través de la *eadem ratio*”».

En su vida, por tanto, compendia Bobbio las tres posiciones que puede haber, y de hecho hay en la doctrina¹⁵, sobre la distinción entre analogía e interpretación extensiva. Parecida a la evolución de Bobbio, aunque tal vez más moderada, fue, entre nosotros, la de don Federico De Castro: de un inicial escepticismo¹⁶, pasó a defender la diferencia¹⁷, para terminar de nuevo concluyendo, con Castán –¡ecclético por excelencia!–, que entre ambas sólo hay una diferencia de grado, de cantidad, e incluso más teórica que práctica¹⁸, lo que, lógicamente, sirve a la tesis monista para incardinar la analogía como tipo de interpretación extensiva¹⁹ y negar así la diferencia²⁰.

¹⁴ *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogía*, publicado en *Giurisprudenza Italiana*, 1968, pp. 695-702.

¹⁵ Como puede verse detenidamente en la exposición que de ellas hace, con exhaustivo elenco de los autores que a cada una se adscriben, FALCON Y TELLA (*El argumento de la analogía en el Derecho*, Madrid, 1989, pp. 322 ss.).

¹⁶ En la 1.ª edición, de 1942 (según data su prólogo), de su *Derecho civil de España*, p. 402.

¹⁷ En la 3.ª edición de su *Derecho civil de España*, de 1955, p. 539.

¹⁸ Resulta, como poco, curioso, que la afirmación de haber entre ambas una diferencia de grado ya fuera realizada en la 3.ª ed., de 1955, y conservada íntegra en la última, de 1984, cuando por aquel entonces hacía la distinción en un párrafo separado de aquella afirmación (que más delante se reproducirá, que sin más será eliminado, sin más reforma, en su última edición).

¹⁹ O en la interpretación declarativa lata, en opinión de LASERRA (pp. 101 ss.).

²⁰ Así, entre nosotros, CASTAN TOBEÑAS (*Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, reedición, Madrid, 2005, p. 321); DE CASTRO (en la edición de 1984, pp. 482 y 483); MONTES PENADES (en su *Comentario al art. 4.2 CC*, en «Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar», Madrid, 1977, pp. 220, 221, 232, entre otras); LAGAZ LACAMBRA (*El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales*, en *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 69, 1983, pp. 16 ss.); ATIENZA; FALCON Y TELLA (cit., con cita de otros muchos autores, patrios o no). En Italia, mantienen tal postura, por ejemplo, CAIANI (en la voz *Analogía*, de la *Enciclopedia Giuridica*, p. 360), y hoy GIANFORMAGGIO (en la correspondiente voz del *Digesto delle Discipline Privative*, Sezione Civile, p. 327), quien concluye que «la distinzione é di grado, non di sostanza. L'interpretazione estensiva é una analogía “facile” (ritenuta o pretestuosamente fatta passare per), accettabile dal senso comune dei giuristi; l'analogía é una estensione che richiede giustificazione»; y muy recientemente, siguiéndole, GUASTINI (*Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad.,

III. LA NECESIDAD, EN CUALQUIER SOLUCIÓN, DE UNA PERSPECTIVA EMPÍRICA, SÓLO INSTRUMENTALMENTE DOGMÁTICA

En defensa de una u otra posición se han vertido mil y una razones²¹, sobre todo lógicas (como no podía ser de otra forma, tratándose de la analogía), y, por eso, muchas veces apriorísticas, que, la mayor de las veces también, se mueven sobre todo en el terreno dogmático, de los puros conceptos. No sin razón alguna, se ha llegado a decir que la distinción entre la analogía y la interpretación extensiva es «un semplice parto della fantasia dei giuristi»²².

Para contrarrestar tal visión, y abandonando el apriorismo y cierta pre-posición dogmática que me han dirigido en otros trabajos, en esta ocasión prefiero adoptar una reflexión más práctica, fundada en mi propia experiencia, acompañada de la más reseñable jurisprudencia habida sobre la analogía en los últimos años. *Verba movent, exempla trahunt*. Pues si el Derecho es arte y –según dicen– ciencia, en lo posible habremos de comprobar también, empíricamente, sus resultados. Nunca mejor, si cabe, que emplear con la analogía tal método de los ejemplos, de cuya similitud con otros se ha alimentado tradicionalmente aquélla.

Lo requiere también la propia practicidad de su distinción de la interpretación extensiva, y que, en sí misma usada como argumento,

Méjico, 1999, pp. 69 y 70); y FRANCAZANI (*Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milán, 2003, pp. 198 ss.), para al final (en pp. 200 y 201), concluir éste en una posición monista, negadora de la distinción, al ver en la interpretación extensiva y en la analogía un razonamiento lógico idéntico.

²¹ Para cuya exposición me remito, de nuevo, a FALCON Y TELLA (pp. 323 ss.). De un modo mucho más sintético exponen las diversas tesis, CASTAN (p. 321, con nota 2); o DE CASTRO (nota 4, p. 482); éste del modo en que sigue: «Se distingue la analogía de la interpretación extensiva, por ejemplo: en que o se llena una laguna o se rectifica una expresión conforme al espíritu de la ley (Savigny), ampliación de la ley por igualdad de fundamento o principio y pasar de la apariencia de la ley a su médula (Windscheid), que se sale de la letra o también de la voluntad del legislador (Regelsberger), que se desarrolla o aclara la ley (Gierke, Enneccerus, Coviello), que se investiga: como el legislador habría pensado o como ha pensado (Carnelutti), ascendiendo al principio jurídico o quedándose en el ámbito permitido por el lenguaje (Baumgarten), que opera sobre casos que no pueden resolverse con una disposición expresa o que se desenvuelve en torno a una disposición de ley para comprender casos virtualmente comprendidos en su espíritu (Castán)». Por su parte, BOBBIO (pp. 140-145), y siguiéndole BETTI (*Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. De los Mozos, Madrid, 1975, pp. 254 y 255), reconducían las diferencias defendidas entre interpretación extensiva y analogía a tres, todas ellas, en su opinión, rechazables: la primera, relativa al presupuesto volitivo (efectivo, aunque mal expresado, en el caso de la interpretación extensiva, y ausente, en el de la analogía), en cuanto a sus efectos (extensivo de la norma, la una, y creadora de una nueva norma, la otra), y, por último, acerca de su función (interpretativa, la extensiva, e integradora, la analógica). Para Bobbio (p. 149), interpretación extensiva y analogía son, por entonces, la misma cosa, pues en ambas por igual se extiende una norma (en su efecto), sobre la base de su *ratio* (igual fundamento), a un caso no previsto en ella (idéntico presupuesto).

²² Expresión, al parecer, de RAVA (que tomo de FALCON Y TELLA, p. 333, nota 384).

ha llevado a defender una posición favorable o contraria a aquella distinción: como advertía Bobbio, y con él muchos otros, existe el peligro de que la diferencia entre analogía e interpretación extensiva sirva de subterfugio para aplicar una norma penal, excepcional, ... a un caso no previsto en ella so pretexto de interpretarla extensivamente, cuando realmente se la aplica por analogía; lo que ha llevado a muchos a la negación misma de la distinción a fin de evitar aquel riesgo²³. De este modo, muerto el perro se acabaría la rabia. Más bien, con otros²⁴, creo que el verdadero peligro es la imprecisión en la diferenciación, o su negación misma, y que, por esto mismo, hallarla es labor primordial, a fin de que cuando se trate de analogía no haya extralimitación en su aplicación (cfr., nuestro art. 4.2 CC), como tampoco debe haberla tratándose de la interpretación extensiva (según se verá).

Por igual razón, no cabe, al menos de antemano, adoptar cómodas posiciones –supuestamente– eclécticas, o conciliadoras, que no hacen sino invitar, o alimentar a las negadoras. Sucede aquí –recuerdo ahora– como con aquellas tesis intermedias existentes acerca de la distinción entre el derecho real y el de crédito, que a la postre concluyen en posiciones monistas (realistas o personalistas), por haber sostenido antes una simple diferencia de grado o cuantitativa entre aquellos derechos.

Con aquel prisma, pragmático, se evita el exceso de dogmatismo que, al menos en esta ocasión, me parece ha enturbiado la cuestión, desubicándola, apartándola de su origen y, sobre todo, de su utilidad (práctica, insisto); pero obligado será, como contraprestación, aceptar ideas preconcebidas (aunque, al menos, sean aceptadas mayoritariamente). Y advertido quede, como ya advirtiera el profesor López, la plaga de posibles tautologías y peticiones de principio que invaden las páginas que siguen.

Cabría incluso circunscribirlas a un plano práctico estrictamente técnico o jurídico, desmarcado de la tensión política que, sin duda, late en la analogía, como en la interpretación en general, entre el legislador y el jurista, entre la creación de la norma y su aplicación. Al margen quede, pues, en la medida de lo posible, el miedo a los extremos: ya sea a una libre creación jurídica depositada en manos del intérprete, o ya sea la muerte, por desuso, de la norma en su dependencia absoluta, para ser renovada, del legislador –príncipe, emperador o parlamento democrático– para adecuarse a la realidad de cada caso, a la realidad de cualquier cambio. Aunque a nadie escapará que

²³ Por todos, BOBBIO (pp. 146 ss.).

²⁴ Como BOSCARRELLI (*Analogia e interpretazione estensiva nel Diritto penale*, Palermo, 1955).

también en la analogía hay una base de justicia, que como nos ha recordado López y López, ha de perseguir, como utopía, todo jurista: tratar por igual lo igual. Porque de eso trata la analogía²⁵.

En suma, no hago con todo ello sino una breve reflexión, sin pretensión mayor, sobre las lindes de la analogía, siguiendo aquel sabio lema metodológico del maestro –de maestros– don Juan Jordano Barea: «jurisprudencia realista, instrumentalmente conceptual, al servicio de la justicia».

IV. LA ANALOGÍA EN LA HISTORIA: DESDE SU SUBSUNCIÓN MEDIEVAL COMO INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE GRADO SUMO, HASTA SU INICIAL EMANCIPACIÓN CON SAVIGNY COMO MECANISMO AUTÓNOMO DE INTEGRACIÓN SITUADO ENTRE LA INTERPRETACIÓN Y LA CREACIÓN DE NORMAS

Ante todo hay que centrar la cuestión, situarla en su germen, para desde él justificar, si cabe, la distinción habida, al menos hoy tras el correr del tiempo, entre la analogía y la interpretación extensiva. Nada mejor para ello que un poco de historia (como homenaje también en el método).

Como es de esperar²⁶, aunque empleada la analogía en Roma²⁷, ya con sus riesgos²⁸, no existe entonces ninguna preocupación por justificarla y catalogarla. Como no la hay, en general, por elaborar ninguna sistemática jurídica.

Habrà para ello que esperar, como siempre, a glosadores y comentaristas. De entre otros muchos, Bobbio atiende, sobre todo, a Caepolla y, especialmente, a Hopper:

Del primero, toma²⁹ la distinción entre *interpretatio intensiva* (de *intensio*, *comprehensio*), operativa si el caso no expresamente

²⁵ Como dice LARENZ (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad., Barcelona, 1994, p. 374); o, entre nosotros, ROCA I TRIAS (en Edersa), con cita de doctrina y jurisprudencia constitucional italianas; aunque todos ellos hablen del principio de igualdad.

²⁶ Y desde el principio de su obra nos advierte BOBBIO (pp. 7 ss.), y, entre los nuestros, DE CASTRO (pp. 478 y 479).

²⁷ Y referida con las frases «*ad similia procedere*», «*trahere ad consequentias*», «*quae tendunt ad eadem utilitatem*», «*similes erunt*», «*ad similia procederé*»,... (según recopila DE CASTRO, p. 478, nota 3).

²⁸ Como nos recordarán, SAVIGNY (en su *Sistema de Derecho romano actual*, Tomo I, trad., Madrid, 1878, pp. 199 ss.), o entre nosotros, GOMEZ DE LA SERNA (en *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Tomo I, Madrid, 1862, pp. 166, 181 y 182), al justificar la reinstauración de una exposición de motivos (en su caso, de la Ley Hipotecaria de 1861).

²⁹ En su ya citada monografía *L'analogia nella logica del Diritto*, Turin, 1938 (pp. 14-16).

previsto está, al menos, comprendido (*compreso*) en las palabras o en la mente de la ley, o en su *ratio*; y la *interpretatio extensiva*, que es verdadera interpretación, la analógica, para cuando no estando previsto ni comprendido el caso en la ley (ni en sus palabras, ni en su razón), hay que recurrir a la *similis ratio*. El primer tratadista que advirtió en tal diferencia la que hoy se conoce entre interpretación (la primera) e integración (que sería la segunda), será, según nos dice Bobbio³⁰, Federici, en el siglo XVI, cuya idea, no seguida en su tiempo, será retomada en la era moderna.

En su lugar, más éxito, según Bobbio³¹, tendrá Hopper, quien distinguirá cuatro tipos de interpretación: la histórica, la etimológica, la práctica y la analógica, que aunque sólo correctora en la obra de Hopper para resolver conflictos entre normas antinómicas, será empleada por mucho tiempo entre sus seguidores como interpretación también –y sobre todo– extensiva. Será admitida la analogía como un remedio y un método más de interpretación expansiva, diversa de la declarativa, de la comprensiva y de la restrictiva³².

Así hasta llegar al siglo XIX, en que Savigny, con su *Sistema del Derecho romano actual*³³, defiende la distinción, comúnmente aceptada hoy, del siguiente modo:

Tras referirse a los métodos que hay para interpretar la ley, considerada ésta aisladamente o en su conjunto, como son el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático, que sirven para resolver las contradicciones y antinomias de la ley, se refiere Savigny al otro gran problema: el de las lagunas de la ley que han de colmarse. Para ello el jurista dispone, entre otros mecanismos, de la analogía, advirtiendo Savigny³⁴ que «difiere esencialmente este procedimiento de la interpretación extensiva, con la cual se la confunde a menudo sin razón, pues la interpretación extensiva no tiene por objeto llenar una laguna en el derecho, sino rectificar una expresión impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley, mientras que, por el contrario, en el método opuesto suponemos la ausencia de toda disposición legislativa, que es precisamente la que nos proponemos suplir en virtud de la unidad orgánica del derecho».

Al margen del criterio distintivo, es el hecho mismo de la distinción lo que, en su monografía de 1938, criticará Bobbio³⁵. Observa que la analogía se ha ido paulatinamente alejando de la interpretación para convertirse en creación de Derecho, con toda su peligrosi-

³⁰ En pp. 19-21.

³¹ Explica en pp. 48 ss.

³² Como explica BOBBIO (en pp. 22 ss.), donde hace mención especial de la sistemática germana de FORSTER.

³³ El primer tomo, aquí traducido al castellano, en su versión de Madrid, 1878.

³⁴ En p. 198.

³⁵ Y así lo advierte desde el comienzo mismo (en pp. 7 ss.).

dad, como él observa³⁶ ha sucedido en su propio tiempo, donde algunos códigos penales, como el soviético o el nazi, la acogen sin restricción. De ahí que pretenda reubicar la analogía dentro de la interpretación, como interpretación analógica, con la que la norma se recrea, se renueva y descubre, permitiendo en el jurista cierta labor creativa, pero dentro de un margen, como también se le permite, sin necesaria extralimitación, en toda interpretación jurídica.

En todo ese recorrido histórico que hace Bobbio, en síntesis ahora expuesto, creo que pasa inadvertido, entre los clásicos, uno muy destacable, aunque también éste, acorde con su tiempo, ubica-se la analogía dentro de la interpretación³⁷. Me refiero a Francisco Suárez³⁸, quien, en su *Tratado de las leyes y de Dios legislador*³⁹, tras distinguir⁴⁰ los tres sentidos que la palabra puede tener, dentro de su sentido propio (como son: el natural, equivalente al gramatical, el civil o jurídico, y el usual o vulgar, según su uso popular), luego⁴¹, «acerca de la ampliación del alcance de la ley –advierte– que las ampliaciones que puede concebirse en la ley son cuatro⁴²:

Una es manteniéndose dentro del sentido propio natural de las palabras». Lo que hoy, siguiendo en buena parte la clasificación castriana⁴³, se llamaría una interpretación literal, fiel a la letra de la ley. Pone Suárez el ejemplo de que la palabra «hijo», empleada en la ley, comprenda las hijas. Que no sé yo si valdría hoy, cuando por exigencias de lo políticamente correcto, el legislador se ve muchas veces obligado a mencionar ambos géneros en casi toda palabra.

«Otra –la segunda ampliación de la ley, sería– pasando por encima del sentido propio civil, sea en conformidad con la práctica del derecho común sea en conformidad con alguna ficción del

³⁶ En pp. 78, 146 ss., de su monografía. Y años más tarde, citando a LASERRA (pp. 101 ss.), volverá aquel a advertir de tal peligro en su trabajo de 1968, de GI, pp. 697 y 698.

³⁷ Y me mantengo en el terreno de la interpretación sin ignorar que, como advierte DE CASTRO (pp. 478 y 479), «la importancia de la analogía aumenta en los postglosadores, que la utilizan para evitar acudir al príncipe (*ultimum recursos*) para pedirle que decida una cuestión legalmente no prevista», del mismo modo que luego, como advierte el propio DE CASTRO (y antes, BOBBIO), Hopper empleara la analogía como último recurso para escoger entre dos disposiciones contradictorias.

³⁸ Por supuesto, no ignora BOBBIO la obra del jesuita, pero la refiere sólo (en pp. 38 ss.), para la diferencia –que luego se verá– entre *eadem ratio* y *similis ratio*.

³⁹ Que aquí se toma traducido por Eguillar, vol. IV (Libros VI y VII), Madrid, 1968.

⁴⁰ En pp. 626 ss.

⁴¹ En pp. 631 ss.

⁴² En cambio, CASTAN (p. 320, nota 1), quien –recuérdese– mantiene una tesis ecléctica (incluso negadora de la distinción en la práctica), dice que en el Tratado de Suárez sólo hay dos clases de interpretación, la comprensiva y la puramente extensiva, como equivalentes a las modernas interpretación extensiva y analogía, respectivamente. Más bien pareciera referirse a la distinción defendida por Caepolla, antes vista según explicación de Bobbio.

⁴³ Quien distingue (pp. 473 y 474): la interpretación literal, la declarativa (que puede ser lata o estricta), la crítica o correctiva (que puede ser extensiva o restrictiva), y la derogatoria.

derecho». Y pone el ejemplo de que la palabra «*hijo*», contenida en la ley, incluya los hijos civiles y los adoptivos, o que la expresión «*hijo legítimo*» comprenda los legitimados. Sería lo que hoy se conoce como interpretación declarativa lata, inclusiva de la que muchos califican como comprensiva, también diversa de la estrictamente extensiva, a la que el propio Suárez dedica su atención⁴⁴.

«La tercera –proseguía– puede ser pasando por encima de esos dos sentidos propios y ateniéndose a algún sentido impropio, sea en el significado de algún verbo o nombre, sea en la unión de las palabras, sea sobreentendiendo o supliendo alguna palabra no expresa en la ley. En esta tercera clase de ampliación puede darse una infinita variedad y desigualdad según que la impropiedad sea mayor o menor». Con la finalidad –añadirá– de evitar un resultado absurdo, inútil o injusto. Equivaldría tal estadio de ampliación a lo que hoy calificaríamos como interpretación extensiva.

Y, por último, «puede concebirse –en cuarto lugar– una ampliación pasando por encima de todo significado –aun impropio– de las palabras, únicamente ateniéndose a la semejanza de las cosas o de los casos o a la identidad formal de unas leyes con otras en cuanto tales». He aquí, aun sin mencionarla, la analogía, que como diversa del anterior hito de ampliación de la ley, según afirma el propio Suárez⁴⁵, no tiene por finalidad corregir la injusticia de una ley ampliando el sentido de sus palabras, sino la de aplicarla a un caso semejante a partir de su propia razón.

¿Cabría, aún, un estadio superior de ampliación? Responde el propio Suárez: «Puede añadirse –en quinto lugar– una ampliación que pase por encima de la mente del legislador, pero ésta no la admitimos».

Del mismo modo, según Suárez, al ser su opuesto, cabría hacer parecida clasificación de la posible restricción en el sentido de la ley, aunque matiza que sólo cabría pensar en tres hitos, correlativos a los tres primeros de ampliación: primero, el literal (que, en realidad, al coincidir totalmente con la palabra de la ley, no supone su ampliación, ni su restricción⁴⁶); segundo, el sentido –que hoy llamaríamos– declarativo estricto; y, tercero, la interpretación restrictiva, como opuesta a la extensiva. Mas no cabría pensar, concluye⁴⁷, en un cuarto tipo de restricción, opuesto a la analogía, pues no cabe restringir la razón, la mente del legislador, salvo dispensa, para llegar a no aplicarla, a su abrogación. Es lo que hoy, sin embargo, se

⁴⁴ En pp. 637, 640, 642,...

⁴⁵ En p. 634.

⁴⁶ De ahí que, según advierte el propio SUÁREZ (p. 648), al ser una interpretación tan «exacta», sea tan «rara».

⁴⁷ En pp. 647 y 648.

admite, con prudencia, dentro de lo que se conoce como interpretación correctora, que puede llegar como resultado más extremo a la derogación (tácita o por interpretación) de la ley⁴⁸.

Así, como ejemplos reales, he defendido la derogación tácita del artículo 1343 CC, sobre donaciones *propter nuptias*, por su incompatibilidad con la absoluta objetividad en la crisis matrimonial declarada por la última ley del divorcio; o la del artículo 110 LH, que declara, desde su redacción originaria, la extensión de la hipoteca a sobreedificaciones, cuando aún por entonces los pisos o locales de un edificio, constituidos en propiedad horizontal, no podían constituir finca registral propia;...

Aun de admitirse, hoy, que tal abrogación interpretativa es el opuesto a la analogía, pues, por interpretación lógica (o no), se llega a la derogación (también tácita, o presunta, como en la analogía) de una norma, no se la podría confundir con la interpretación restrictiva (como tampoco se ha de confundir, insisto, la interpretación extensiva con la analógica)⁴⁹. El salto en la labor interpretativa que hay en ambas es tanta, que, respectivamente, se distinguen de una y otra interpretación: en la analogía para crear una norma, en la abrogación para destruirla. De ahí sus necesarios límites (art. 4.2 CC, para la analogía, o la delicadeza a emplear en la interpretación sociológica, siempre con resultados correctores⁵⁰). Porque su función, y su consiguiente resultado, aunque similares, son diferentes a los de la interpretación extensiva, o a los de la restrictiva.

Como último recurso subsidiario, para todo tipo de interpretación, amplia y restrictiva, según el caso (que en la sistemática de Suárez, habría que estimar como el sexto estadio, el máximo y último antes de convertirse el jurista en legislador), quedaría la equidad, que no en vano puede cumplir la doble función de interpretar e integrar, siempre con un resultado correctivo de la ley, en evitación de su injusta aplicación al caso concreto (cfr., art. 3.2 CC).

Así lo intenté hacer ver, hace poco, en ADC, entendiendo la *carta de nacionalidad* como ejemplo –a seguir– de equidad ponderadora e integradora que, de conformidad con los artículos 21.1 y 3.2

⁴⁸ Que DE CASTRO (pp. 473 y 474), llama interpretación derogatoria (o *interpretatio abrogans*), y que estima como el resultado máximo a alcanzar por la interpretación.

⁴⁹ Por eso no es casual, como se vio, que en 1938 BOBBIO (pp. 139 ss.), negara no sólo la categoría de la interpretación extensiva, sino también la de la interpretación restrictiva, para sólo distinguir entre la interpretación declarativa (lata o estricta) y la analogía.

⁵⁰ En efecto, decía en su Preámbulo el Decreto de 31 de mayo de 1974 de reforma del Título Preliminar del CC: «La ponderación de la realidad social al tiempo de aplicación de las normas introduce un factor cuyo empleo, ciertamente muy delicado –dice–, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquéllos». Y mucho antes, así lo advertía la pionera STS de 21 de noviembre de 1934.

CC, corrige para casos concretos las posibles injusticias del rígido sistema legal de adquisición de nacionalidad.

Por encima ya de la equidad, se encontraría la creación absoluta de Derecho, labor que es, en nuestro actual sistema, exclusiva del legislador.

Aunque a veces el jurista intérprete juegue a ser legislador, como, por ejemplo, observé en el tema del *transexual*, antes de que el legislador diera una respuesta expresa al mismo. A fin de permitir el cambio de sexo y de nombre, nuestro Tribunal Supremo se amparó en el artículo 10.1 CE. Pero algunos autores, siendo probablemente el primero en hacerlo mi maestro, el profesor Gordillo Cañas⁵¹, le objetaron: ¿qué competencia tiene el TS para crear por sí solo un efecto, un derecho subjetivo –al cambio de sexo–, a partir del artículo 10.1 CE, que no es norma directamente aplicable por contener un principio programático que requiere de desarrollo legislativo para tener eficacia constitutiva? Ninguna. El cambio de sexo, de haberlo, ya fuese parcial o ficticio, debería ser reconocido por ley (cfr., art. 53 CE); más todavía si además el cambio podía tener su repercusión en materia matrimonial (art. 32.2 CE).

En cualquier caso, como puede verse, la analogía, a la que, es verdad, Suárez no dedica mucha atención, aparece en su obra como el estadio superior, como el grado –cierto, pero– máximo posible de interpretación expansiva, pero sin confundirla con los métodos de interpretación (como, en cambio, hacía Hopper al cotejarla con la interpretación histórica,...), sino atendiendo al resultado, para observar en ella una expansión de la norma, una interpretación extensiva de la norma en grado superlativo, en el máximo, al menos, que políticamente conviene dejar en manos del propio jurista.

Es lógico, entonces, que con el paso del tiempo, la analogía evolucionara para finalmente emanciparse de la interpretación, de sus diversas modalidades o grados de ampliación, y así constituir una categoría autónoma, independiente, puramente integrativa. Es lo que, según creo, culmina en el siglo XIX en la sistemática de Savigny, que no hace sino constatar la «mayoría de edad» de la analogía. Forma parte de la evolución del Derecho, de la maduración de la ciencia jurídica, y de toda ciencia en general, que su sistemática se haga cada vez más compleja, más rica, que el árbol de la ciencia (jurídica o cualquier otra) se ramifique, que incluso algunas de sus ramas se independicen como árbol propio, para así explicar, y dominar, la nueva realidad (social, moral,...), también cada vez más rica y compleja con el paso del tiempo.

⁵¹ En su Epílogo a *Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura...*, Madrid, 1990.

En mi experiencia investigadora, he podido comprobar en muchas otras ocasiones idéntica emancipación en otras figuras: ahí están las actuales servidumbres que en su origen nacieron como especies de propiedad (recayentes sobre el tramo de camino, de la vía de agua,... que atravesaba una finca ajena); ahí están los derechos reales de goce, hasta poco antes de la codificación ubicados entre las servidumbres (personales); ahí está el *jus ad rem*, concedido en su origen para explicar la situación del clérigo que nombrado aún no ha tomado posesión de su nuevo cargo, hasta servir para referir cualquier derecho que mirando hacia una cosa goza por ello de cierta eficacia *erga omnes*; la hipoteca que nace de la prenda y de la *obligatio* para finalmente constituir categoría propia;... ¡Y tantísimas otras emancipaciones jurídicas! ¿Por qué, entonces, negar tal emancipación en la analogía? ¿Por qué retenerla en los brazos de la interpretación?

Negar tal progreso, o emancipación, en la analogía, como pretende Bobbio en su primera obra para reconducirla a la interpretación expansiva, para denominarla «analógica», constituye, a mi juicio, una involución, un retroceso. Ninguna emancipación tiene vuelta atrás⁵². Más aún si, como hace al principio Bobbio, para negar la interpretación extensiva, en que subsume la analogía, hay que hacer lo propio con la restrictiva; en su opinión⁵³, sólo existe la interpretación declarativa (lata o estricta), para cuando la norma sea oscura o ambigua, y la interpretación por analogía (siempre extensiva de la norma, sobre la base de su *ratio*, a un caso no previsto en ella), para cuando la norma es insuficiente. Mas no explica cuál es la distinción que hay, en su sistemática, entre la interpretación declarativa lata y la analogía. Ni Caepolla, ni Hopper llegaron a tal reduccionismo⁵⁴.

A mi consideración, teniendo a la vista la clasificación hecha por Suárez entre las diversas clases de ampliación de la palabra de la ley, quizá el «error» cometido siglos después por Savigny, empujado por sus antecesores, haya sido centrar la comparación entre la interpretación extensiva (que en aquella sistemática de Suárez representa uno de los posibles grados de expansión de la norma), y la analogía (como el grado mayor de expansión de la norma en su aplicación), obviando en ella que también existen la interpretación declarativa lata (o comprensiva, en el decir de algunos clásicos)⁵⁵,

⁵² Y volviendo a la metáfora anterior, en que hablaba yo de la mayoría de edad de la analogía. Ni siquiera la emancipación por matrimonio tiene retorno, aunque haya separación o divorcio.

⁵³ En pp. 138 y 139 de su monografía de 1938.

⁵⁴ Llega incluso BOBBIO a negar la distinción entre analogía *juris* (creada, según él, artificiosamente por Hopper, cuando se trata en realidad de aplicar los principios generales del derecho), y la analogía *legis* (única verdadera analogía, a su juicio).

⁵⁵ Que, por supuesto, no ignora SAVIGNY [p. 157, con nota (d), por ejemplo, cuando se refiere a la interpretación esclarecedora, que es declarativa –lata o estricta– de palabras

o incluso –aunque mencionarla hubiera sido exigirle mucho adelante a su tiempo– la interpretación correctora.

Y que se haya arribado a la negación misma de aquella –la extensiva– se explica por haber circunscrito la interpretación extensiva a la sola que se funda en una interpretación lógica. O dicho de otro modo: negar, como hacen Bobbio (en su primera obra) y otros después⁵⁶, la diferencia entre interpretación extensiva y analogía creyendo que en ambas se extiende por lógica la norma, o su razón, a un caso no previsto en ella, es comparar, y confundir (en parte), el método con el resultado. Del mismo modo sucede cuando se compara, para confundirlas, la interpretación literal, o incluso la declarativa estricta, con la interpretación gramatical: cierto que el elemento gramatical puede concluir en una interpretación literal o en una declarativa (sea lata, sea estricta), pero no toda interpretación declarativa (lata o estricta), se basa en una interpretación gramatical, pudiendo, en cambio, ser el resultado de una interpretación lógica, sistemática,... Lo mismo sucede entre la interpretación extensiva y la analogía. Compararlas sin más, sobre todo si es para confundirlas, es confrontar el método interpretativo con su resultado, confundir el viaje con su destino, olvidando el camino. Veámoslo.

V. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN; MÉTODO Y RESULTADO: LA ANALOGÍA COMO INTERPRETACIÓN CONCENTRADA METODOLÓGICAMENTE EN LA LÓGICA «A SIMILI», Y SUPERLATIVA EN SU RESULTADO EXPANSIVO (O INTEGRATIVO)

1. LA EVIDENTE POSIBILIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA NO FUNDADA EN LA LÓGICA: LA ESTRUCTURA COMPARATIVA ENTRE INTERPRETACIÓN LÓGICA EXTENSIVA Y ANALOGÍA

Que toda analogía presuponga una interpretación lógica (en el método), y una extensión de la norma, o del conjunto de normas (en su resultado), no implica, a la inversa, que toda interpretación exten-

que sean anfíbológicas legalmente –como familia, heredero, prescripción–, o que tenga una doble significación –como, ejemplo que cita, sucede con *pignus*–].

⁵⁶ Incluso GIANNINI (p. 530), en quien años después se apoyará Bobbio para rectificar y defender la distinción, llega a admitir, con la primera opinión de Bobbio, que desde un punto de vista lógico analogía e interpretación extensiva se identifican, porque en ambas, mediante un razonamiento lógico (fundado en la *ratio legis*), se aplica la norma a un caso no previsto en ella, pero similar al que sí prevé.

siva sea analógica, que presuponga como método una interpretación lógica. Hay, por tanto, que limitar aún más la confrontación:

Por supuesto, que la analogía, como medio de integración, presuponga, metodológicamente, una interpretación (que es la lógica), es evidente; en toda integración, como en realidad en toda interpretación, hay cierta creatividad por obra del jurista (intérprete e integrador)⁵⁷. De hecho, en la analogía se conjugan perfectamente ambas: la interpretación a través de la inducción, primero, y la integración mediante la deducción, después. Es así porque en el problema mismo que se resuelve, hay una norma incompleta (lagunosa), lo que presupone su imperfección (una norma imperfecta, que sólo una previa interpretación puede «perfeccionar»)⁵⁸.

Mas no acepta la analogía cualquier interpretación, o método interpretativo. Se fundamenta aquélla en una interpretación lógica de la norma a expandir por analogía, en su *ratio legis*. No en vano, etimológicamente la palabra analogía, proveniente del griego, significa «según la razón». Fuera quedan la interpretación gramatical, la histórica, sistemática,...

⁵⁷ Lo decía, en 1938, BOBBIO (pp. 133-135), comparando al jurista intérprete con el artista como intérprete; que «analogia é interpretazzione nel senso più genérico delle parole, perché riproduce, non ripetendolo ma svolgendolo, il nucleo stesso della norma, configurato alla sua ragione sufficiente»; y que la analogía «é creazione, così come é creazione ogni attività spirituale, che non ripete mai meccanicamente un atto precedente, ma rifanciendolo lo rinnova, ripensandolo lo sviluppa, ricreandolo lo modifica; é creazione, così com' é creazione l'interpretazione stessa». Entre nosotros, es conocida la afirmación de CASTRO (p. 465), cuando dice que «la aplicación de las normas supone una actividad creadora en cuanto que el intérprete da sentido, desarrolla y completa la ley»; o después (pp. 482 y 483), refiriéndose a la analogía, «recuerda que la interpretación (incluso la literal) supone una actividad creadora y que en nuestro Derecho, al imponerse la interpretación finalista, se hace preciso salir de la ley (de la investigación de su *ratio*)». Y, más recientemente, refiriéndose a la analogía, dirá ROCA I TRIAS, que «el procedimiento analógico es una técnica integrativa de las lagunas de la ley que opera a través de la interpretación... , por lo que parece inútil o superflua la discusión sobre los extremos planteados: no hay contraposición entre interpretación e integración».

⁵⁸ Ya en el Preámbulo del RD de 1974 de reforma del Título Preliminar del CC, en que se introducen los actuales arts. 3 y 4 CC, se dirá: «*Más allá de la actividad propiamente -dice- interpretativa, en la zona de la investigación integradora, figura la analogía y el derecho supletorio*». Por su parte, DE CASTRO (p. 478), al comentar la expresión «laguna» normativa, decía: «No se alude, como este término parece indicar, a una falta de cantidad, sino de adecuación, por lo que sería más apropiado hablar de la imperfección de la ley o del derecho y, respecto de una y de otro, de imperfección de contenido y de imperfección técnica. Lo atractivo de la imagen y lo enraizado de su uso no permiten presumir su abandono». Ya SAVIGNY (p. 149), aunaba los problemas bajo el manto resolutorio de la interpretación, al hablar de «la interpretación de cada ley, tomada separadamente y en sí misma, y la interpretación de las fuentes consideradas en su conjunto. Abrazando en este todas las materias del derecho, debemos encontrar en él un doble carácter de unidad y universalidad, lo cual nos impone una doble tarea, a saber, resolver las contradicciones —o antinomias, que también llama (en p. 179)— y llenar todas las algunas». Luego (p. 155, o en p. 180), volverá a insistir en que «los defectos de la ley pueden dividirse en dos clases principales: primera, expresión indeterminada, no conteniendo ningún pensamiento completo; segunda, expresión impropia, cuyo sentido está en contradicción con el verdadero pensamiento del legislador».

Cierto que la *ratio legis*, más que elemento interpretativo, es el objetivo mismo al que aspira toda interpretación: hallar el sentido de la ley; a cuyo fin sirven aquellos elementos hermenéuticos (gramatical, histórico, sistemático,...)⁵⁹. Pero el elemento lógico no se circunscribe a aquella *ratio*; aunque dirigida a ella, para alcanzarla se apoya en la lógica, en la retórica, en el razonamiento lógico (y en el sentido común). En ese sentido, la analogía, aunque teleológicamente fundada en la *eadem-ratio legis*, en su argumentación lógica, no se basa en cualquier razonamiento lógico o retórico, sino, más particularmente, en el argumento *a simili ad simile* (no aislado, ciertamente, sino coadyuvado por otros, como, vgr., el axioma *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*). Fuera quedan –tantísimos– otros aforismos lógicos⁶⁰, y al margen, en cierto modo, queda la *mens legis*, la *voluntas legislatoris*, que ya enlaza más bien con la interpretación histórica o, precisamente, genealógica.

En cambio, metodológicamente, la interpretación extensiva puede ser mucho más amplia que la analogía: ésta, como interpretación lógica (en el método), arriba siempre a una interpretación extensiva (en su resultado), pero no toda interpretación extensiva (como resultado), presupone (como método), la analogía, o sólo un razonamiento jurídico basado en el argumento *a simili*, como tampoco toda interpretación restrictiva se fundamenta exclusivamente en el argumento *a contrario*, sino también, aislada o conjuntamente, en cualquier otro posible razonamiento lógico, o en cualquier otro método interpretativo (gramatical, histórico,...), no exento, por supuesto, de su cierta lógica (como criterios filológico, genealógico, sociológico,...)⁶¹.

⁵⁹ Lo advertía ya hace tiempo DE CASTRO (p. 469), añadiendo, no obstante, que «el haberse enumerado entre los elementos de la clasificación de Savigny ha tenido el buen resultado de ofrecer en la práctica una base para afirmar el respeto a la *mens legis*, a pesar del creciente influjo del conceptualismo jurídico». Ya cuando SAVIGNY (p. 150), enumera tales elementos (gramatical, lógico, histórico y sistemático), advierte que «su remisión es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno –decía– de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar».

⁶⁰ Del que hace tiempo hiciera un elenco, aún útil, DE CASTRO (p. 471).

⁶¹ Así CARCATERRA (pp. 16 y 17): tras afirmar que la interpretación extensiva no ha de ser necesariamente teleológica, pues admite cualquier otro método (lo que no sucede con la analogía), concluye, sin embargo, que sólo hay clara diferencia cuando la interpretación extensiva prescinde de la *ratio* de la norma a expandir, siendo necesario mayor precisión en fijarla cuando la interpretación expansiva opera por la lógica. Por eso, no centra bien el punto de comparación, al menos por el método, VILLAR PALASI (*La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, 1975, p. 214), al decir que «la diferencia entre la interpretación extensiva de una ley y la integración de la laguna legal auténtica estriba en que en el primer caso se opera con la lógica semántica (interpretar hijos como comprendiendo también a los nietos, por ejemplo) y en el segundo se actúa a través de los argumentos de lógica decisional (analogía y sus argumentos derivados)».

Así, por ejemplo⁶², cuando en mi *Usucapión de servidumbres*, defendí, de *lege lata*, la usucapión ordinaria de servidumbres (al menos, de las continuas y aparentes, que son usucapibles según el propio CC), no sólo lo hice por razones lógicas, sino también históricas (a la vista de su permisión en las Partidas), y sistemáticas (a la vista de los arts. 537, 1957 y 1959 CC, donde esta última norma se remite a aquella primera para, precisamente, mostrar que en ésta se regula una usucapión extraordinaria con un plazo singular, menor del general, habida cuenta de que siendo usucapibles las servidumbres continuas y aparentes, en su posesión van de suyo garantizadas la no interrupción y la publicidad, conforme exige el CC para toda usucapión).

Igual fundamento combinado, de lógica, historia y sistema, me condujeron, en mi obra sobre *Accesión invertida*, a extender la aplicación de los artículos 360 y 361 CC a los casos de construcción extralimitada, respectivamente según que el suelo desde el que se construía la obra invasora fuese de mayor o de menor valor, o, en su caso, dimensión, que el suelo invadido, aplicando, también extensivamente los artículos 376 y 377 CC (en este último caso por lógica, y sistemáticamente por la equivalencia entre los arts. 358 y 375 CC), para averiguar qué suelo en lid es el principal.

Mucho antes que en tales trabajos, pude observar el caso de la *multipropiedad*, como tal, antes de que se aprobara la Ley de aprovechamiento por turno que viniera a tipificarla (en realidad, a prohibirla como dominio en el ámbito turístico). Creada aquella al amparo de la autonomía de la voluntad, y del sistema de *numerus apertus* que rige en materia de derechos reales (y personales), la multipropiedad, diferenciada de otros derechos reales típicos (como las servidumbres, la habitación,...), se configuraba más en la práctica habitual como una especie de copropiedad, distribuida por cuotas en su titularidad y por turnos en el ejercicio del goce, que, cuando recaía sobre un complejo inmobiliario, presentaba los rasgos propios de cualquier propiedad horizontal. Habida, entonces, tal semejanza institucional, resultaban sin duda aplicables por extensión, o incluso a veces directamente –¡por analogía, decía yo puerilmente en mi *opera prima!*– las normas que regulaban aquellas otras figuras ya tipificadas (en los arts. 392 ss. CC, y en la LPH).

Recientemente, sobre *extensión objetiva de hipoteca*, también he defendido la extensión lógica del artículo 113 LH a los demás casos en que la hipoteca no se extiende a ciertas accesiones y mejoras (cfr., arts. 110.1.º *in fine* y 111 LH), acompañada aquella lógica de razones históricas (por ser aquella norma, como la del art. 112 LH, mero mimetismo de cuando sí era necesario proteger con ciertos privilegios al tercer poseedor de una finca hipotecada, con aquella exclusión de la extensión o con el beneficio de excusión, al no existir un Registro donde pudiera tal sujeto saber si la finca adquirida estaba o no libre de hipoteca). Así mismo, al creer que la regla de la extensión de la hipoteca se funda *in recto* en un rasgo material esencial en todo derecho o carga real, cual su inherencia al dominio

⁶² Los que a continuación cito son ejemplos de interpretación extensiva, no de analogía. La razón, que lo es de la propia distinción, conviene, de momento, no ser revelada.

que grava, y que sus salvedades (aquellos casos en que no opera la extensión; cfr., sobre todo, el art. 110.1.º LH *in fine*), se explican por los principios registrales de publicidad y especialidad (que impiden aquella extensión automática a agregaciones y nuevas edificaciones en tanto no se hagan las oportunas operaciones registrales de agregación o declaración de obra nueva, *ex arts.* 45 ss., 208 LH y 308 RH), he llegado a defender la expansión de tales salvedades, por fundarse en principios generales, a otros casos que han ido surgiendo con el tiempo (produciéndose aquí la extensión del 110.1.º *in fine* por interpretación sociológica), al ampliarse el propio concepto legal de finca registral (vgr., *ex arts.* 8.5, 107.11.º LH, 66 y 68 RH,...); así hasta el punto de tener que excluir de la extensión hipotecaria el caso de la «*elevación de edificios*» de aquel 110.1.º LH, en principio incluido en aquella extensión, en tanto las nuevas plantas, pisos,... formen finca registral independiente de la originariamente hipotecada.

En mis estudios sobre *Derecho de familia*, también he visto, o he propuesto yo mismo, extender la aplicación de una norma sin fundarme —exclusivamente, al menos— en su lógica, en su *ratio*: así, por ejemplo, ha sido una interpretación sociológica, basada en un previo cambio habido en la moral, la que ha permitido finalmente apoyar constitucionalmente las parejas de hecho en una interpretación extensiva del artículo 39 CE (especialmente, en su referencia a los hijos, matrimoniales o no, y a la mujer como madre, al margen de su estado civil). Idéntico fundamento (acompañado en esta ocasión de otros: literal, histórico,...), permitió ver incluido el divorcio entre las «*causas de disolución*» del matrimonio a que se refiere el artículo 32.2 CE, o que, tras producirse un nuevo cambio social (demostrado en la práctica de los tribunales durante años), en aquella expresión legal haya tenido encaje, hace poco, un divorcio —supuestamente— sin causa (en realidad, fundando en una única causa: la *desaffectio maritalis*), lo que incluso más bien podría hacer pensar en una interpretación no precisamente extensiva de aquella expresión, sino más bien correctora. Sin salir del artículo 32 CE, pero centrados ahora en su apartado 1, ya dije hace un tiempo que sólo una interpretación extensiva del mismo como resultado de una interpretación sociológica podría salvar la constitucionalidad —pendiente aún hoy— del matrimonio «homosexual». En este caso, sí se trataría de una interpretación auténticamente extensiva, no declarativa *lata a partir* de la ley de 2005 que permite tal matrimonio y que ordena, a partir del nuevo artículo 44.2 CC y de su disposición adicional primera, que «*Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*». Servirá tal mandato legal para interpretar latamente (dentro de su sentido legal), la palabra «*matrimonio*», «*cónyuge*», o incluso la de «*marido*» que aún empleen otras leyes (como, en mis propios estudios, hice notar refiriéndome al tema de la filiación, a la vista de las normas, sobre adopción y reproducción asistida, sobre todo, en que según creí deben incluirse, por principio, todas las

uniones, con independencia del sexo de sus integrantes). En esos casos, la interpretación declarativa lata (o a veces estricta, como la de «varón», en cuanto donante de esperma), es obligada, porque hay una ley, la de 2005 sobre el matrimonio «homosexual», de igual rango que las demás, pero posterior en el tiempo. Pero no puede dicha Ley obligar a realizar tal interpretación, meramente declarativa, de una norma superior, ¡la superior a todas!, como es la Constitución en su artículo 32.

Centrada, entonces, la comparación cuando el método interpretativo coincide, entre interpretación lógica extensiva y analogía, no es, sin embargo, ahí, en el método, donde se explica la emancipación de ésta. Quedarse ahí, finalizar el viaje en tal ecuación, sin más, permitiría ver, a la postre, a la analogía como subtipo de interpretación lógica extensiva, para concluir en una posición negadora de la distinción, o, como poco, ecléctica, que admite entre ambas sólo una diferencia cuantitativa, al resultar la analógica más concentrada en el método lógico⁶³. Pero también la hay en el resultado, haciendo, junto a aquella, que la distinción sea cualitativa. A ambos, método y resultado, ha de atenderse para explicar la independencia de la analogía. Porque, igual que el método por sí sólo no la muestra, tampoco lo hace aisladamente una comparación centrada sólo en el resultado.

2. LA POSIBILIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN LÓGICA CONDUCTENTE A UN RESULTADO SIMULTÁNEAMENTE EXPANSIVO Y RESTRICTIVO, IMPOSIBLE EN LA ANALOGÍA

Para empezar, no toda interpretación lógica ha de tener un resultado extensivo. Por supuesto, cabe que la lógica, fundada en el argumento *a contrario*, en sí o en cualquiera de sus múltiples variantes (como el *odiosa restringenda*)⁶⁴, de por resultado una interpretación restrictiva.

Mas no es tampoco aquí donde reside en sí la diferencia –cualitativa– de resultado con la analogía. De lo contrario, se caería, aunque por otra vía, en la misma confusión o relativización antes referida.

⁶³ Como, de hecho, concluye su monografía, de 1938, BOBBIO (pp. 144 y 145): «se una differenza si vuol fare, bisogna dire che l'interpretazione estensiva ha un significato più ampio che l'analogia, in quanto comprende non soltanto l'analogia, ma tutti gli altri mezzi diretti a estendere la portata della legge; per cui l'analogia non sarebbe che un aspetto, anche se il più rilevante, dell'interpretazione estensiva».

⁶⁴ Que también se pueden ver en DE CASTRO (p. 471).

Una diferencia, la primera: cuando la interpretación lógica, incluso la fundada en el argumento *a simile*, conduce a una interpretación extensiva, no analógica, suele ir acompañada de una interpretación restrictiva, que nunca sucede con la analogía⁶⁵.

Así, en el ejemplo antes indicado sobre *usucapión de servidumbres*, al restringir el sentido del artículo 537 CC, para limitarlo a la usucapión extraordinaria (singular, por su plazo reducido), se extendía el artículo 1957 CC en su aplicación para resultar aplicable a las servidumbres (continuas y aparentes).

Antes, en mi primer trabajo, referido a la *multipropiedad* como tal, al tratarse de una copropiedad funcional y social, deseada por sus titulares, aunque, por principio, le fuesen extensibles las reglas sobre copropiedad (arts. 392 ss. CC), carecían de aplicación las normas relativas a la acción de división (400 ss. CC) y al retracto legal de comuneros (1522 CC), cuya particular *ratio* no se identifica con la de aquella figura.

Proponía yo idéntico juego, expansivo y restrictivo, en materia de *construcciones extralimitadas*, extendiendo o restringiendo las normas el CC, a fin de evitar cualquier resultado injusto o absurdo a que pudiera conducir su rígida aplicación: cuando lo principal es el suelo del invasor, se amplía el sentido de las palabras empleadas por el artículo 360 CC, para deducir que en la expresión «*materiales ajenos*» se comprende todo aquello que sea accesorio para el suelo en que se construye; en cambio, el ámbito de aplicación del artículo 361 CC ha de quedar restringido para cuando lo principal sea el suelo invadido, y el constructor haya actuado de buena fe.

Otro tanto de lo mismo sucede en materia de reproducción asistida aplicada a las uniones homosexuales: pues si la palabra «*marido*» que en su regulación se sigue usando ha de ser ampliada (tal vez por simple comprensión, es cierto) a la esposa de la otra mujer inseminada, en cambio, en otras ocasiones hay que restringir su sentido para ni siquiera aplicarlo, por su imposibilidad, a las uniones gay (entre hombres).

Aun sin defender la siguiente tesis, otro supuesto en que se hacía ese doble juego, aunque extralimitada de la mera función interpretativa, para erigirse en creadora de Derecho, sucedió con la jurisprudencia formada en torno a la transexualidad antes de que se aprobara la ley que ahora la regula: antes de ella, por obra y gracia de nuestro Tribunal Supremo, que ni siquiera pudo apli-

⁶⁵ Algo similar defiende LARENZ (pp. 370, 385 y 386), quien refiriéndose a las lagunas ocultas (que luego veremos), decía que en ellas hay una reducción teleológica muchas veces acompañada de una ampliación teleológica. No obstante, también parecía admitir ese doble juego en materia de analogía, cuando, tras decir (en p. 389), que «la restricción de una norma, por la vía de su reducción teleológica, va acompañada, a menudo, con la ampliación en el ámbito de aplicación de otra norma», añadía: «A la inversa, la ampliación de una norma legal restrictiva por vía de analogía significa una restricción de la norma por ella restringida que va más allá de la restricción contenida en la ley». Si no entiendo mal, parece admitir que una norma de interpretación restrictiva se pueda aplicar por analogía, lo que de suyo (ya se verá), me resulta muy difícil –por no decir imposible– de imaginar.

car por analogía la normativa sobre rectificación del sexo del hermafrodita, terminó concediendo, sin apoyo normativo legal, la posibilidad del cambio de sexo y de nombre; pero, por otro lado, restringió (quizás por interpretación sociológica) el sentido de sexo que se venía empleando en Derecho, para limitarlo al cromosómico y así, *a.e.*, negar al transexual la posibilidad de casarse conforme a su nuevo sexo, que sólo lo era morfológico y social, o aparente.

3. INTERPRETACIÓN (LÓGICA) EXTENSIVA Y ANALOGÍA: LA RESPECTIVA INTEGRACIÓN DE LAGUNAS CASUÍSTICAS E INSTITUCIONALES

Admitido, hasta ahora, que interpretación e integración van juntos de la mano, pues en toda labor aplicativa (interpretativa e integradora) de la norma hay cierta labor creativa por parte del jurista, y que ese doble juego se observa en la analogía y en la interpretación extensiva, cabe observar que la entidad lagunosa que una y otra colman es cualitativamente diversa, lo que, consecuentemente, explica que la diferencia entre aquéllas también lo sea en cualidad.

3.1 Una breve precisión, siempre empírica, sobre la posible existencia de lagunas en la ley

Ante todo, debe recordarse que no todo aquello que no esté contemplado en la norma implica la existencia de una laguna⁶⁶, cuya sola averiguación ya presupone una labor interpretativa, y también valorativa, no sólo estrictamente jurídica:

Así, por ejemplo, no habrá verdadera laguna que colmar, si pudiendo el legislador regular una determinada cuestión, no ha querido voluntariamente hacerlo, porque desea, clara o tácitamente, que tal cuestión quede excluida (*inclusio unius exclusio alterius*), como sucede si al regular una materia se remite, en algunas de sus cuestiones, a la regulación contenida en otra materia, sin

⁶⁶ Todo lo que se diga ha de entenderse referido a la imprevisión en norma escrita, aunque en su día DE CASTRO (en su edición de 1955, p. 536), admitiera lagunas consuetudinarias. En tal caso, me atrevería a aportar el caso, también propio, del *Fuero del Baylío*, para cuyo completo conocimiento propuse, por su hermanamiento con la *Carta de Meade* portuguesa, acudir al CC portugués originario, al de 1867, que lo regulaba como régimen supletorio de primer grado, aunque en tal caso su aplicación entre nosotros habría de quedar debidamente acreditada ante los tribunales, por tratarse de norma extranjera y ya derogada, referida a la comprensión de una costumbre propia de algunos pueblos extremeños (cfr., arts. 1.3 CC y 281.2 LEC).

hacer lo propio para otras cuestiones que en ésta se prevén, pero en aquélla no.

En tal remisión, decía Clemente De Diego⁶⁷, es el propio legislador quien declara el recurso a la analogía, e indicaba los casos de los artículos 528 CC, que aplica al uso y la habitación las normas del usufructo, el 1541 al extender las normas de la compraventa a la permuta, o el artículo 1553, sobre evicción en el arrendamiento... ¡Y tantos otros!⁶⁸

Lo decía yo también hace poco, al negar la aplicación por analogía de las normas del usufructo al arrendamiento, aunque a veces haya coincidencia de régimen legal entre ellos (vgr., arts. 1573 CC y 1.6 Ley de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico⁶⁹ –en adelante, LAT–), que la habrá por voluntad clara y expresa del legislador, precisamente por ser aquél consciente de la diferencia de naturaleza jurídica, que siempre ha de respetarse y que justifica la diferencia en lo restante del régimen jurídico de ambos derechos.

Algo parecido advertí, poco antes, en defensa de nuestra jurisprudencia que se muestra contraria a la resurgida teoría del hipotecante por deuda ajena como «fiador real»: ahí están, las SSTs de 28 mayo 1991, de 6 octubre 1995, de 23 marzo 2000, de 9 marzo 2001, de 3 noviembre 2004, y más recientemente la de 3 febrero 2009. En lo práctico, advertía yo en la misma sinopsis de aquel trabajo, publicado en «ADC», que admitir la tesis del «fiador real» conllevaría, como se pretende, aplicar por analogía el régimen legal de la fianza a la hipoteca dada por tercero, protegiendo con ello en demasía al hipotecante, por una especie imaginaria de *favor pigneratoris*, en detrimento de la hipoteca, del acreedor y, por ende, del crédito territorial y del tráfico jurídico inmobiliario. Aun aceptando la analogía, la tesis es inconducente –decía–, porque ninguna norma de la fianza tiene aplicación para el hipotecante no deudor: ora por su incompatibilidad con el régimen o, precisamente, con la naturaleza jurídico-real de la hipoteca (como así sucede, vgr., con los arts. 1822, 1825 a 1829, 1837, 1844, 1845, 1847, 1850 y 1854 ss. CC); ora por su innecesariedad (como sucede con las normas que son efecto de la accesoriedad de toda garantía o con las relativas al pago de deuda ajena); ora por su excepcionalidad (vgr., arts. 1843, 1851 a 1853 CC, entre otras); ora por todas las razones dichas conjuntamente (como así sucede con los artículos 1830 ss. y 1856 CC, sobre el beneficio de excusión). Todo

⁶⁷ En *La analogía en el Código civil español*, en RDP, 1914, p. 376.

⁶⁸ DE CASTRO (en su 3.ª ed., de 1955, p. 539, nota 6), enumeraba los artículos 185, 406, 1541, 1579, 1601 y 1669 CC. Últimamente, aclaraba TORRALBA SORIANO (en su *Comentario al art. 4.1 CC*, en «Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar», Madrid, 1977, p. 199), que en tales normas hay simple remisión legislativa, sin que haya verdadera analogía (que sería la aplicada por el intérprete para un caso no previsto, ni remitido, por el legislador).

⁶⁹ Cuando en la modalidad de aprovechamiento por turno arrendaticio declara aplicable la misma Ley, remitiéndose también a la aplicación –supletoria– de la LAU en materia de arrendamiento de temporada (contenido en el régimen general del arriendo para uso diverso al de vivienda).

–añadiría ya en el trabajo– porque, en el fondo, no hay laguna legal que integrar.

En la jurisprudencia de las últimas décadas, hay también muestras de lo dicho:

La STS de 20 mayo 1987 entendió que la normativa que fijaba el plazo prescriptivo de reclamación administrativa en materia de energía eléctrica era inaplicable por analogía para la reclamación judicial, porque se refiere expresa y conscientemente a la reclamación –sólo– administrativa, debiéndose entender excluida la judicial. Mucho antes, refiriéndose a la Ley del Suelo y a la LAU, la STS de 22 marzo 1969 vino a negar la aplicación por analogía de normas administrativas en el ámbito civil. De modo más general, antes la STS de 10 octubre 1960 vino a afirmar que *«la analogía como fuente especial de derecho no es válida entre sistemas legislativos distintos inspirados en principios jurídicos y sociales diferentes»*.

La STS de 22 julio 1994 se negó a aplicar por analogía (ni por extensión siquiera) las normas sobre adquisición forzosa de la LAR-1980 a un caso de arrendamiento histórico, entre otras razones, porque en aquella misma ley había remisiones de unas normas a otras, de unos tipos arrendaticios a otros, mas no lo había en tal materia referida a la adquisición forzosa, máxime cuando el arrendamiento histórico ya dispone de sus propios mecanismos para adquirir con preferencia la propiedad arrendada.

Aunque no comparto su razonamiento, al menos prueba la inexistencia de laguna por aquella razón, cuando hace poco la STS de 18 noviembre 2005 negó la aplicación por analogía del artículo 113 LH a fin de ejecutar una hipoteca que no se había extendido a una nueva edificación (conforme a la salvedad del art. 110.1.º LH *in fine*), *«dado que el legislador –decía– pudo preverlo expresamente y no lo hizo (“ubi lex voluit dixit, ubi noluit tenit”)*».

Tampoco habrá auténtica laguna, si hay reglas generales que aplicar supletoriamente⁷⁰, o antes reglas convencionales, pactadas de antemano con base en el principio de autonomía privada.

En mi experiencia es el caso en que critiqué a nuestra jurisprudencia (formada ya por dos SSTS –de 9 septiembre 2009 y 14 julio 2010–), por aplicar mediante la analogía el artículo 515 CC, sobre usufructo, al arrendamiento, cuando antes existen el artículo 1581 y, supletoriamente, el 1128 CC; o aquel otro, anterior, en que negué la aplicación por analogía de ciertas normas de la fianza a la hipoteca (por deuda ajena), bien por ser aquéllas incompatibles con el régimen o la naturaleza propios de la hipoteca, o bien –en lo que ahora importa– por su innecesariedad al haber normas genera-

⁷⁰ Quede ello advertido sin entrar en el problema, casi constitucional y genuinamente hispano, de si a través de la analogía, practicada dentro del derecho foral o especial, pudiera evitarse la aplicación directa, pero supletoria, del derecho estatal o común (cfr., arts. 13.2 CC y 149.3 CE).

les aplicables, como sucedía con aquellas que obedecían al principio de accesoriadad, común a toda garantía (cfr., arts. 1155, 1181, 1190, 1193, 1197, 1207 y 1208, 1302, CC, que hacían, por ejemplo, inútil acudir a los arts. 1824.I, 1825 *in fine*, 1826, 1835, 1841, 1847, 1853 y 1975 CC, sobre fianza), o con aquellas relativas al pago de la deuda por un tercero (siendo directamente aplicables al respecto los arts. 1158, 1159, 1210.3.º y 1212 CC, sin necesidad de acudir a los arts. 1838 y 1839 CC, entre otros, sobre fianza).

También en aquel otro trabajo anterior, sobre multipropiedad, sucedía algo parecido: una vez ya aprobada la Ley, que realmente la prohíbe –aunque sólo– en el ámbito turístico, vino a regular, en su lugar, lo que llamaba aprovechamiento por turno, comprendiendo dos modalidades: una jurídico-real y otra arrendaticia. Para la primera, dice la Ley que es un derecho real nuevo. Yo, en cambio, lo emparenté con el usufructo por su analogía –empleada tal expresión *in sensu lato*– y proponiendo por ello la aplicación analógica –empleada tal expresión, ahora sí, impropriamente, cuando quizá más bien se trata de aplicación supletoria– de algunas normas del CC sobre usufructo. De la modalidad arrendaticia, la Ley se remite, para su aplicación supletoria, a la LAU, al arriendo por temporadas; pero mostrada, por mi parte, la incompatibilidad entre su régimen, previsto en realidad aún para los de local de negocio, y el especial de aquella Ley sobre aprovechamiento por turno, en su lugar propuse aplicar –supletoriamente, ahora sí– algunas normas del CC sobre arrendamiento (de cosas) y, también, sobre hospedaje (habida cuenta de que en el aprovechamiento por turno hay una prestación de cosa, y también de servicios –los propios de la hostelería–).

A ellos cabe sumar el caso en que una pareja no casada haya convenido un régimen de copropiedad (392 ss. CC), o de sociedad universal, sea o no irregular (cfr., arts. 1665, 1669 y 1675 CC), ya sea convencional o tácitamente (vgr., mediante la aportación de ganancias o trabajo al acervo común, la cotitularidad de cuentas bancarias,...). En tal caso, en absoluto cabría suscitar la posible aplicación por analogía de las normas del matrimonio, pues, en realidad, no habría laguna que colmar.

En la jurisprudencia de las últimas décadas, hay también ejemplos de lo dicho:

Así, la STS de 2 enero 1980 vino a negar la aplicación por analogía del artículo 114.8.ª LAU-1964 a un caso de copropiedad (en que el dueño de un local, destinado a escuela, pretendía usar para los recreos el patio de vecinos), entre otras razones, porque hay una norma específica, directamente aplicable además, como es el artículo 7 LPH, que prohíbe realizar actividades molestas.

O la STS de 12 junio 1990 que aplicó finalmente los artículos 35.2, 36, 1700, 1705 y 1707 CC a los Colegios profesionales por ser personas jurídicas asociativas de interés particular. En cambio, hace poco, la STS de 11 julio 2002 ha venido a aplicar la anterior ley de asociaciones en su correlativo al actual artículo 40.3 de la vigente LO de Asociaciones a las asociaciones de taxi.

Recientemente ha venido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón a aplicar por analogía –dice– el artículo 404 CC a un caso de concurrencia de usos y disfrutes sobre un mismo inmueble. No creo yo que sea en tal caso analogía, por el simple hecho de que los artículos 392 ss. CC hablen de «*copropiedad*» (aunque también de «*comunidad de bienes*»), sino simple aplicación extensiva directa –a lo más supletoria (cfr., arts. 392.2, 469, 521 CC, sobre usufructo, o el art. 123 LH, sobre hipoteca)– de un régimen que es común para toda cotitularidad jurídico-real, plena o limitada⁷¹.

Por tratarse también de aplicar régimen común, hay que entender que la STS de 12 julio 1984 declaró aplicable el artículo 646 CC a las donaciones inoficiosas.

Recuérdese también aquella STS de 22 julio 1994 que se negó a aplicar por analogía (ni por extensión siquiera) las normas sobre adquisición forzosa de la LAR-1980 a un caso de arrendamiento histórico, entre otras razones, porque en aquella misma ley había remisiones de unas normas a otras, de unos tipos arrendaticios a otros, mas no lo había en tal materia referida a la adquisición forzosa, máxime cuando el arrendamiento histórico ya dispone de sus propios mecanismos a fin de adquirir con prioridad la propiedad arrendada.

Tampoco habrá laguna, ni por tanto analogía ni interpretación extensiva a la que acudir, cuando una norma pueda aplicarse fuera de su ámbito como simple criterio orientativo.

Por ejemplo, así lo decía yo en el caso particular en que las SSTS de 9 septiembre 2009 y 14 julio 2010, que comentaba críticamente, aplicaban el artículo 515 CC a ciertos arriendos, en los que por sus circunstancias concretas, bien pudo servir de criterio orientativo el contenido en dicha norma sobre usufructo. Y a su propósito, recordaba yo igual apreciación que había hecho antes Carrasco Perera al comentar⁷² la STS de 20 mayo 2004, que aplicaba el artículo 11.2 LAU a un arrendamiento urbano diverso al de vivienda (de modo semejante a como antes hizo la STS de 10 diciembre 1993 con el art. 81.5.º *b* LAU-1964)⁷³. Pues en tal caso, ni aplicación directa, ni analógica eran posibles –como ya dije antes, refiriéndome al primer caso en que no hay laguna legal– dada la voluntad expresa manifestada por el legislador, en aquella misma LAU, de establecer un régimen diverso para uno y otro tipo locativo, y sólo remitiendo el uno al otro cuando expresa y exclusivamente así lo desea (como hace, precisamente, en el título sobre arriendos diversos al de vivienda, sin que en él haya remisión expresa a aquel art. 11.2).

⁷¹ O a la coposesión, cabría entender (que algunas SSTS de 1988 –de 8 abril, 7 y 8 julio–, aplicaron a casos de traspaso de arrendamientos).

⁷² En CCJC, 2005, pp. 603-619.

⁷³ Como dice CARRASCO (p. 619), «la Sala no afirma que el art. 11.2 de la LAU se debe aplicar analógicamente, sino que *no hay objeciones que hacer* al método “analógico” utilizado por la Audiencia para fijar la renta debida».

En la jurisprudencia más reciente, ha venido a recordar la STS de 10 febrero 2006⁷⁴, sobre un caso de indemnización por fallecimiento producido tras caerse la puerta de garaje, que ello no justifica la necesaria aplicación analógica de los baremos regulados para fijar la indemnización en los casos de responsabilidad derivada de accidentes de vehículos de motor, que sólo tienen un carácter orientativo fuera de su ámbito de aplicación. También incluiría yo en esta línea la STS de 17 diciembre 1990 cuando entendió aplicables las normas sobre responsabilidad solidaria en materia de transporte aéreo de mercancías al caso en que los daños fueron ocasionados a personas (los viajeros).

Antes, la STS de 30 septiembre 1989, aunque dijo aplicar por analogía el artículo 1454 CC a un caso de opción de compra, también advirtió que el juez para fijar la indemnización pudo acudir a dicha norma «*de la misma forma que podía haber acudido a cualquier otro parámetro*». Más decisivo me parece esto último, que al fin y al cabo dependerá sobre todo de lo pactado o, prometido en su caso, mas no de aquella supuesta analogía entre compraventa y opción de compra, que, no en vano, ha venido a negar recientemente la STS de 2 junio 2009, negándose por ello a aplicar por analogía el artículo 1504 CC, al no ser la opción un contrato, sino precontrato o mera promesa de contrato, a decidir unilateralmente por el optante dentro del plazo de caducidad convencionalmente pactado.

Y tampoco habrá laguna que integrar cuando la materia de que se trate deba permanecer en el ámbito de la autonomía de la voluntad (lo que en cierto sentido, se ha dicho antes), o incluso en el de la moral (o, si se quiere, en el del Derecho natural, o en el de la propia libertad de mantenerse en la alegalidad –que no ilegalidad–, cuando así la ley parece permitirlo).

Al redactar el anterior párrafo pensaba –pecando tal vez de apriorismo– en el caso –recientemente resurgido del concubinato– de las parejas no casadas, y en el problema de si cabe aplicarles por analogía el régimen del matrimonio. Aunque, si no recuerdo mal, fue Lacruz el primero en negar, no sólo la analogía, sino la propia existencia de una laguna⁷⁵, no hace mucho, tras recopilar la jurisprudencia que, en efecto, niega aquella analogía (a lo que luego volveré), terminaba yo diciendo, apoyándome en la jurisprudencia del TC, que «la equiparación entre ambos tipos de unión iría también en contra de la propia libertad en general (art. 16 CE) y, en concreto, de la libertad a casarse o no (art. 32.1 CE), como expresión ésta del libre desarrollo de la personalidad. ¿Por qué vincular

⁷⁴ Y podrían citarse en tal sentido muchas otras (vgr., SSTS de 11 noviembre 2005, 2 marzo 2006, ...).

⁷⁵ En palabras de LACRUZ (*Convivencia «more uxorio». Estipulaciones y presunciones*, en Centenario del Código Civil, Tomo I, Madrid, 1990, p. 1063), «se institucionalizaría lo que, en sí, no constituye una institución». O como dice JORDANO (*Matrimonio y unión libre*, en AC, 1999, p. 190), «hay que respetar esa quasi-ajenidad al Derecho que algunos legítimamente desean». Y destacables son, al respecto, las reflexiones de RODRIGO BERCOVITZ (*Las parejas de hecho*, en Aranzadi Civil, 1993, pp. 1834-1836).

–casar– *ope legis* a los que pudiendo casarse por su propia voluntad, no quisieron casarse? ¿Por qué legalizar lo querido como alegar? ¿Por qué coartar legalmente la libertad –el libre albedrío, incluso– que la propia CE reconoce? No sólo no hay, pues, *eadem ratio* entre matrimonio y unión libre, sino que tampoco hay, en principio, laguna legal sobre parejas no casadas que integrar o colmar. No hay razón ninguna para una Ley de parejas de hecho para esas personas que pueden, pero no quieren casarse. Sería incongruente, tanto como lo es que los convivientes de hecho, pudiendo, no se hayan casado, pero luego reclamen –sin legitimidad– los derechos y las ventajas propias del matrimonio. Si las quieren, que se casen con todas las consecuencias. Como dijo Napoleón, en una de sus intervenciones durante la gestación del *Code*: “*Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux*”».

Aparte, siempre queda que la unión se legalice por otras vías convencionales, con múltiples posibilidades que el propio TS propone al amparo del artículo 1255 CC, que no del artículo 1328 CC: como pudieran ser la sociedad universal (cfr., arts. 1665 y 1675 CC), la copropiedad (*ex arts.* 392 ss. CC), o bien, como compendio de las dos fórmulas anteriores (según indicaba la STS de 18 marzo 1995), podría pactarse el régimen de sociedad irregular universal del artículo 1669 CC.

«Cierto es que a veces –seguí yo diciendo– la ruptura en una pareja no casada puede generar un desequilibrio económico para uno de los convivientes. Pero para dar solución justa a tal caso no es necesario acudir a las normas que regulan el matrimonio. De esas normas (arts. 97, 1438 CC,...) puede extraerse un principio general del Derecho, pero sin necesidad de crearlo *ex novo*, sino uno ya consolidado desde hace siglos, con antecedentes en el Derecho Romano, y que hoy se extrae con alcance general del artículo 1901 CC: el principio del enriquecimiento injusto, sin causa o torticero». «Forman ya legión –añadía en nota– las SSTs que aplican aquella doctrina del enriquecimiento injusto para solucionar justa, rectamente los casos de ruptura de las parejas de hecho, para así compensar o resarcir al conviviente de hecho que tras la separación sufre un perjuicio económico, otorgándole una indemnización por el servicio, por el trabajo o por el dinero que gratuitamente –o en menor medida que lo retribuido– ha prestado –o sacrificado por no obtenerlo– durante la convivencia en el trabajo del otro conviviente, en el hogar (en las tareas domésticas) o en el cuidado de los hijos de ambos o de éste. Al margen también quedaría, en tanto se den las circunstancias, la posible aplicación, directa (no por analogía), del artículo 1902 CC, sobre responsabilidad por daños».

En la jurisprudencia de los últimos tiempos hay otros casos:

Uno puede ser el de la STS de 7 octubre 2010 al declarar inaplicable la normativa sobre consumidores a un caso de contrato de distribución, no sólo porque en él la relación es entre profesionales (no una relación de consumo), sino porque, precisamente al ser entre iguales, debe regir ante todo la libertad de pacto. Similar es el caso, anterior en el tiempo, de la STS de 13 octubre 1998 para

negar que la normativa proteccionista de las viviendas de protección oficial sea aplicable al resto de viviendas, como el recurrente pretendía en el caso.

Sólo cuando haya una auténtica imprevisión normativa habrá que dar una solución jurídica: ¿de qué modo?

3.2 La distinción de lagunas en la ley según su alcance: lagunas casuísticas y lagunas institucionales; y su respectiva solución mediante la interpretación extensiva y la analogía

Con independencia de que la laguna habida en la ley sea debida a la consciencia o incluso a la negligencia del legislador, de que sea una laguna originaria, existente ya cuando se redacta la norma y sea intolerable tal omisión, o surja sobrevenidamente, provocada por los cambios sociales, morales, económicos,...⁷⁶, la distinción entre lagunas legales que, al menos aquí y ahora, importa destacar atiende al alcance, a la entidad real de dicha laguna, pues según tal

⁷⁶ Por ejemplo, BOBBIO (en NSsDI, 1957, p. 604), y siguiéndole CARCATERRA (en la voz *Analogía*, de la Enciclopedia Giuridica, p. 15), distingue entre lagunas subjetivas (provocadas por la negligencia y olvido, o por voluntad consciente del legislador que al no tener que legislarlo todo, se limita a los casos más frecuentes) y objetivas (surgidas por la evolución natural de la sociedad y de la técnica, que dan lugar a nuevos casos que la ley no pudo antes prever –que Carcatera llama lagunas históricas, frente a las lógicas o sistemáticas–); y luego (en GI, 1968, p. 698), distingue entre los casos de ambigüedad o imprecisión de la norma, y los de imprevisión, en cuyo caso el intérprete ha de hallar la norma reguladora de otra especie, diversa de la imprevista, pero perteneciente al mismo género (distinción ésta que aceptan, entre nosotros, LAGAZ LACAMBRA, p. 22; FALCON Y TELLA, p. 330; o VALLET DE GOYTISOLO, p. 1076, nota 114, y que se acerca a la que a continuación se expone, en nuestra opinión, como más acertada por ser la más próxima a la realidad, a la práctica del derecho). Ya lo decía CASTRO (p. 474): «Las disposiciones de la ley, como obra humana que son, no pueden regular ni preverlo todo; se contentan con disciplinar los casos más corrientes e importantes en la práctica. El cambio de las circunstancias, los inventos, las alteraciones de costumbres o de régimen, los trastornos sociales presentan nuevos problemas que no encuentran solución en la ley anticuada. Esta puede, además, tener una redacción incompleta; el legislador no ha reglamentado una situación por estimar quizá que todavía no ha llegado el momento oportuno para ello; la ley se ha redactado con descuido, en forma incompleta o contradictoria (antinomía). En estos supuestos, el intérprete busca y no encuentra el texto que le resuelva el caso presentado». También son conocidas las diversas clasificaciones hechas por LARENZ (p. 372 ss.), entre lagunas iniciales (ya sean conocidas o ignoradas por el legislador) y posteriores, o (en p. 365 ss.) entre lagunas normativas (cuando hay regulación, pero ésta es incompleta), y lagunas de regulación (cuando hay falta absoluta de regulación), o (en p. 370 ss.), la distinción, tan similar a la anterior, que hace entre lagunas manifiestas (donde falta un régimen legal para un determinado grupo de casos), que se resuelven mediante la analogía, y lagunas ocultas (donde falta un régimen legal para un determinado caso particular, excepcional), que se resuelven, en su expresión, mediante una reducción teleológica, que normalmente va acompañada de una extensión teleológica. También muy variopintas clasificaciones hace, entre nosotros, VILLAR PALAS (p. 73 ss.). Recientemente, FRANCANZANI (p. 81 ss.), distingue entre laguna genérica, provocada por la multiplicidad de la realidad social, que ha de resolverse mediante la analogía (al tratarse de una realidad nueva), y laguna específica, originada por la multiplicidad del lenguaje jurídico, que habrá de resolverse mediante la interpretación extensiva.

alcance, o entidad, así lo será el de su solución. Es la siguiente distinción que ya estableciera Savigny, aunque para ambas creyó aplicable la analogía⁷⁷:

«La determinación del derecho por analogía es susceptible de dos grados; a saber: primero, puede presentarse una relación de derecho enteramente nueva, hasta entonces 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; segundo, y este es el caso más ordinario, puede presentarse en el dominio de las diversas instituciones una cuestión nueva que ha de resolverse conforme a los principios y a la naturaleza de cada institución. La justa apreciación de los motivos de la ley toma en este caso una gran importancia.»

En efecto, cualquiera que sea el nombre que se les quiera dar, hay lagunas que suponen la imprevisión de un caso concreto dentro de una materia, o institución, que sí tiene respaldo normativo. En tal hipótesis, si aquel caso puede resolverse ampliando una de las normas que ya regulan dicha materia, o institución, aunque refiriéndose a otro caso, estaríamos ante un claro supuesto de interpretación extensiva: sin salirse de su ámbito normativo, la norma se extiende en su aplicación a un caso similar, pero en ella no expresamente contemplado. No se trata, como se ve, de un problema sólo de interpretación, pues puede que la norma a extender sea de suyo clara, no necesariamente ambigua u oscura, como erróneamente muchos han creído⁷⁸. Coadyuvado o no por otros elementos hermenéuticos, se arribará a tal resultado en virtud del argumento *a simile*, mas sin recurrir por ello a la analogía (a ella se recurre en el otro supuesto lagunoso, el que sigue). Tampoco es aquél un caso de pura integración, pues hay norma particular que aplicar directamente, aunque de forma extensiva.

Si la laguna consiste en la imprevisión de una materia, o institución, en su integridad (lo cual es muy excepcional), o (muy hipotéticamente) en un caso particular dentro de una materia sí regulada que, sin embargo, no puede ser resuelto por las demás normas que regulan tal materia, para aquel supuesto la interpretación extensiva resultará inútil por insuficiente. Se hace necesaria la analogía, el argumento *a simile*, que al no poderse hallar en el propio ámbito normativo (pues o bien no existe, o bien es muy incompleto), ha de

⁷⁷ En p. 197.

⁷⁸ O sólo cabe entenderla como errónea en cuanto no sirve directamente para resolver aquel caso que no prevé. El mismo BOBBIO, cuando (en GI, 1968, p. 698), distingue entre los casos de ambigüedad o imprecisión de la norma, para entender que se resuelven mediante la interpretación extensiva, frente a los casos de imprevisión, en cuyo caso el intérprete ha de hallar mediante la analogía la norma reguladora de otra especie, diversa de la imprevista, pero perteneciente al mismo género.

buscarse en el de otra normativa, reguladora de otra materia, de otra institución, similar a la que carece, por completo o para un caso particular, de previsión normativa. Como se ve, el salto en la integración es mayor que en la interpretación extensiva, por ser de mayor entidad, o calado, la propia laguna a colmar: la norma, o el conjunto normativo, a aplicar por analogía sale fuera de su ámbito normativo propio, o natural, para regular otra materia, otra institución, o el caso particular de una materia, o institución, no contemplada directamente por aquella norma, o por aquel conjunto normativo. Es, por tanto, un salto lógico *ad extra*, frente al interno o *ad intra* que supone la interpretación puramente extensiva.

Por eso, si es común –y aceptable– entender que en la interpretación extensiva la ley dijo menos de lo que quiso –o pudo– decir (como en la restrictiva se entiende que la ley dijo más de lo que quiso –o pudo– decir), cuando se recurre a la analogía es porque la ley no dijo –expresa y directamente– nada. Mientras en la interpretación extensiva hay –podría decirse– una dilatación lógica de la norma, para ser ella misma, en su letra y no sólo en su espíritu, aplicada a un caso no previsto en ella pero similar por su inclusión en la materia, o institución, que regula, en la analogía, en cambio, se produce –podría decirse– el salto lógico de una norma, o de un conjunto de normas, que se extiende aplicándose a una materia, o institución, diversa, pero semejante, de la que en ella expresamente se regula.

A mi juicio, así se podía advertir ya en Francisco Suárez. Recordémoslo:

Tras indicar, como primeros niveles de ampliación del sentido de la norma, lo que hoy llamaríamos interpretación literal y declarativa lata, añadía: «La tercera –ampliación– puede ser pasando por encima de esos dos sentidos propios y ateniéndose a algún sentido impropio, sea en el significado de algún verbo o nombre, sea en la unión de las palabras, sea sobreentendiendo o supliendo alguna palabra no expresa en la ley. En esta tercera clase de ampliación puede darse una infinita variedad y desigualdad según que la impropiedad sea mayor o menor». Con la finalidad, añadirá, de evitar un resultado absurdo, inútil o injusto. Equivaldría tal estadio de ampliación a lo que hoy calificaríamos como estricta interpretación extensiva. Y ya en un último estadio «puede concebirse –en cuarto lugar– una ampliación pasando por encima de todo significado –aun impropio– de las palabras, únicamente ateniéndose a la semejanza de las cosas o de los casos o a la identidad formal de unas leyes con otras en cuanto tales». He aquí la analogía, que, como diversa del anterior hito de ampliación de la ley, según afirma el propio Suárez⁷⁹, no tiene por finalidad corregir la injusticia

⁷⁹ En p. 634.

de una ley ampliando el sentido de sus palabras, sino la de aplicarla a un caso semejante a partir de su propia razón.

Y es la distinción que, con otra expresión (más moderna y precisa), y apoyado en otro autor⁸⁰, defenderá el propio Bobbio, en 1957, en la voz *Analogia*, contenida en el *Novissimo Digesto Italiano*, una vez superada su inicial negativa a la distinción defendida en su monografía de 1938⁸¹.

Merece la pena, en esta ocasión, reproducirlo original e íntegramente cuanto dice⁸²: «La quæstione é complicata dal fatto che mediante il ragionamento per analogia, ovvero mediante la conclusione dal caso regolato al caso non regolato simile attraverso *l'eadem ratio*, vengono compiute due operazione che sono di fatto distinte e quel che é più hanno una diversa qualificazione giuridica: la prima operazione é quella per cui si estende il contenuto di una norma giuridica a casi non previsti, ed é nota col nome di *interpretazione estensiva*; la seconda é quella con cui si produce una norma nuova, in quanto dalla norma espressa si risale ad una norma superiore che comprende tanto il caso regolato quanto il caso simile da regolare, e viene chiamata *interpretazione analogica*, o puramente e semplicemente, analogia. I due esempi fatti alla fine del paragrafo precedente –que ahora recordará– possono essere accolti come esempi tipici, il primo d'interpretazione estensiva, il secondo d'interpretazione analogica. –A saber– Mentre nel primo caso –sobre el artículo 1754.1.º CC italiano vigente, que aunque habla del mediador que pone en relación a las partes para concluir un negocio, puede aplicarse también cuando las partes ya habían iniciado con anterioridad sus tratos y el mediador se limita en su ayuda a concluirlos– infatti, é corretto dire che si é esteso il concetto di mediatore, a cui si riferisce la norma in quæstione sino a comprendervi un'attività diversa ma simile, nel secondo caso –sobre la aplicación de los arts. 1577.1.º y 1586 CC italiano, sobre arrenda-

⁸⁰ GIANNINI (p. 530): «Fra l'interpretazione estensiva e l'analogia corre allora questa differenza: che nella prima si estende una norma puramente e semplicemente; nella seconda si estende una norma... in virtù di un principio contenuto in altra norma di grado superiore, cioè a dire la seconda é una forma d'integrazione».

⁸¹ No obstante, buena razón lleva ATIENZA (pp. 62 y 63), cuando observa ya cierto antecedente en su monografía, donde niega la distinción entre interpretación extensiva y analogía, pero admite (en pp. 103 y 104, de su Monografía, que repite luego en *NssDI*, 1957, p. 604), aquella distinción entre lagunas subjetivas (provocadas por la negligencia y olvido, o por voluntad consciente del legislador) y lagunas objetivas (surgidas por la evolución natural de la sociedad y de la técnica, que dan lugar a nuevos casos que la ley no ha podido antes prever): en su Monografía (en aquellas pp. 103 y 104), ya decía que mientras en las lagunas subjetivas la analogía operaba por vía deductiva (donde se va de lo general a lo particular, por interpretación), en las objetivas operaba la analogía por vía inductiva (yendo de lo particular a lo general para volver a lo particular); esto es, lo que hoy comúnmente se acepta como genuina analogía. Por eso concluirá ATIENZA (p. 63): «En 1938 negaba la distinción entre interpretación extensiva y analogía –generalmente aceptada por los juristas– pero introducía una bastante semejante entre procedimiento analógico deductivo e inductivo. Y en 1957 desaparece esta última distinción, pero reaparece la primera». En el fondo, de su inconsciente, jamás negó por tanto la distinción.

⁸² En p. 605.

miento, al comodato–, non si protebbe altrettanto correttamente dire che si é esteso il concetto di locazione sino a comprendervi il comodato. In altre parole, mentre nel primo caso la conclusione é che sono mediatore anche persone diversa da quelle a cui la norma si riferisce, nel secondo nessuno direbbe che si applica al comodato la norma relativa alla locazione, bensí la estensione viene fatta in base a una norma superiore che si applica tanto alla locazione quanto al comodato».

De su razonamiento⁸³, personalmente me resulta de mayor provecho el ejemplo que la explicación teórica⁸⁴. De aquel cabría extraer la distinción que, entre nosotros, defenderá en su etapa intermedia, antes de relativizar la distinción relegándola a una cuestión de grado, don Federico De Castro⁸⁵, a quien, en dicho modo de entender la diferencia, seguirá su discípulo Díez-Picazo, sin mutar de opinión en posteriores reediciones de su obra⁸⁶; a ellos me sumo yo ahora.

Dirá el maestro: «La interpretación extensiva se ha podido llamar comprensiva o intelectiva; porque requiere sólo extender el alcance de una regla. Al utilizarse, se interpreta una regla relativa a la misma institución a que corresponde el caso de que se trata (por ejemplo –añade en nota–: a falta de regla sobre usufructo de acciones se acude a la de otro tipo de usufructo). El procedimiento analógico presupone la falta de una regulación para el caso (incluso interpretándolo extensivamente) en la de la institución propia y que, por eso, se buscan semejanzas en las reglas de otras instituciones, para ir ensayando sus principios (por ej. –en nota–: a falta de regla sobre las facultades del fiduciario, se examinan las del usufructuario). Se hablará de *analogia legis* cuando es suficiente acudir a las reglas de sólo otra institución, y de *analogia iuris* en el caso de ser necesario utilizar reglas de varias instituciones (si en el supuesto anterior –dice en nota– basta la aplicación de la regla sobre usufructo o si es necesario, además, tener en cuenta las relativas a la representación del ausente y de la posesión de buena fe)»⁸⁷.

⁸³ Que hoy siguen muchos en Italia; por ejemplo, CARCATERRA (pp. 16 y 17), distingue entre interpretación extensiva y analogía según la norma extendida, más allá de su letra, permanezca dentro de ella misma (para integrar lo que él llama lagunas subjetivas), o salga, trascienda para crear otra nueva (y sirva para colmar lo que él denomina lagunas lógico-sistemáticas), poniendo ejemplos de normas sobre servidumbres que se apliquen al uso y a la habitación, o de prenda a embargos, o normas procesales civiles a procedimientos administrativos,...

⁸⁴ Que, de hecho, ha sido muy matizada, o incluso criticada, por muchos, aun aceptando los ejemplos expuestos.

⁸⁵ En la edición de 1955, p. 539. En su posterior edición, desaparecerá en más tal explicación, que a continuación en texto se reproduce íntegramente.

⁸⁶ En *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed. (la que he manejado), Barcelona, 1993, pp. 280 y 281.

⁸⁷ Criticará VALLET DE GOYTISOLO (p. 1077), tal distinción, pues según él también cabe la analogía dentro de una misma institución, poniendo como ejemplos algunos, extraídos de su propia experiencia, como la restricción teleológica del artículo 1347.4.º CC,

De este modo queda claro cuándo una norma es interpretada extensivamente o es aplicada por analogía: según permanezca o no en su ámbito normativo, o institucional⁸⁸.

Así también lo explicará su discípulo⁸⁹, aun sin citarlo: «A mi juicio, el ámbito de aplicación de una norma jurídica comporta una doble limitación. Hay, en primer lugar, una delimitación genérica, que se produce a través de lo que podríamos llamar el marco institucional dentro del cual la norma actúa y, en segundo lugar, una delimitación específica que resulta de la configuración de su propio supuesto de hecho. De esta suerte actuamos por vía analógica cuando trasladamos la norma de un marco institucional a otro, mientras que operamos por vía de interpretación extensiva si mantenemos la norma dentro de su marco institucional, pero entendemos incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra. Por ejemplo, el artículo 752 –del CC al que al inicio se refería el Prof. López y López⁹⁰– dice que no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que en ella se hubiese confesado. Operaríamos por analogía trasladando esta norma, que pertenece al marco institucional del régimen jurídico del testamento, a los negocios jurídicos *inter vivos* y aplicándola, vgr., a una donación hecha por un enfermo al sacerdote que le haya confesado. En cambio, operaríamos por vía de interpretación extensiva si, manteniendo la norma dentro de su marco institucional del régimen jurídico de los testamentos, entendiéramos aplicable la prohibición no sólo al sacerdote que hubiese confesado al testador, sino también al sacerdote que sin haberle confesado le hubiese administrado el sacramento de la extremaunción o que hubiese prestado al enfermo cualquier otra clase de auxilios o de consuelos espirituales».

Al contrario de lo que dije acerca de Bobbio, muestro ahora mi conformidad con Díez-Picazo en la distinción que hace *in abstracto*, como efecto y causa, a la vez, al destacar la mayor exigencia que en la similitud se exige en la analogía frente a la interpretación extensiva cuando ésta se funda también en la semejanza. Pero, *in*

o la extensión –también– teleológica del artículo 1346.4.º CC. Mas sin necesidad de explicar tales casos, con ellos, y con su terminología, se está refiriendo Vallet a las que –hemos visto antes– LARENZ (en p. 370 y ss.), llama lagunas ocultas, que, en efecto, se resuelven mediante una reducción teleológica, que normalmente va acompañada de una extensión teleológica; pero como diversas de aquéllas, habla Larenz de lagunas manifiestas (donde falta un régimen legal para un determinado grupo de casos), que son las que, precisamente, se resuelven mediante la analogía.

⁸⁸ Creo que así quedan salvadas las objeciones que recientemente hace FRANCAZZANI (pp. 112 y 113), a la distinción, sobre todo pensando en aquella propuesta por Bobbio: a la duda que aquél plantea de no saberse cuándo se sale o no de la norma, la respuesta es, al menos en teoría, fácil (que ya luego veremos ejemplos): según que la norma se aplique dentro de la materia o institución que regula o fuera de ella. Y cuando al final Francanzani abraza el monismo en esta cuestión por entender (en p. 202 y ss.), que se llame interpretación extensiva o analogía, se trata siempre de extender el contenido (la letra) de la norma mediante la lógica (el pensamiento de dicha norma), cabe añadir una diferencia cualitativa, según tal extensión opere dentro o fuera de la misma institución que regula la norma.

⁸⁹ En pp. 280 y 281.

⁹⁰ Y tan insistentemente ROCA I TRIAS (en Edersa).

concreto, cierta reticencia cabe mostrar respecto al ejemplo del artículo 752 CC. Al margen de que, como posible norma «sancionadora», o incluso prohibitiva (del libre ejercicio de la confesión), deba ser de interpretación restrictiva⁹¹ (que ya se verá), se podrá admitir el ejemplo en su aplicación por analogía a la donación, pero no parece admisible el que se dice de interpretación extensiva, por parecer más bien un ejemplo de interpretación declarativa lata (o comprensiva, mejor); será, en cambio, extensiva su interpretación si la norma resulta aplicable, habida cuenta de los cambios sociales (esto es, mediante interpretación sociológica), al sacerdote de otras confesiones religiosas que cumpla similares funciones a las de la confesión católica⁹². Y si se apura, hasta la que indico podría ser también una declaración comprensiva, que, como ya indiqué, no se alcanza sólo mediante una interpretación gramatical.

Otros ejemplos más válidos, según creo, puede haber; algunos de ellos fruto de mi propia investigación. Como ejemplos de interpretación extensiva (a veces conjugada con una correlativa interpretación restrictiva), recuérdense los casos, ya explicados arriba, sobre multipropiedad, antes de ser legislada como aprovechamien-

⁹¹ Lo dice, adviértase desde el principio, López y López. Pues no cabe que su razón no sea proteger al testador, sino un cierto anticlericalismo. O, sin duda, por ser una norma que limita la libertad de testar.

⁹² Así lo creía ROCA I TRIAS: «sería un caso de interpretación extensiva la inclusión de ministros de otras religiones entre los sacerdotes que son incapaces para suceder al causante al que han confesado, de acuerdo con el artículo 752 del Código civil. Se trataría de un caso de aplicación analógica del artículo 752 del Código civil si se incluyera dentro de los incapaces de suceder al causante a los directores de órdenes religiosas, titulares de la residencia en la que el causante hubiera pasado los últimos años de su vida; en este caso, existe identidad de razón, puesto que lo que se pretende es evitar la captación de voluntad, pero el supuesto es evidentemente distinto. Por tanto, en el primer caso deberíamos concluir que nos hallamos ante un supuesto de interpretación extensiva y en el segundo, de aplicación de la ley por analogía». En cambio, no me parece el ejemplo que GIANNINI (p. 538), pone de analogía, frente a lo que suele calificarse como ejemplo de interpretación extensiva. Es el caso del artículo 1361 CC italiano de 1865 (ya derogado), que decía: «*Per produrre i suoi effetti la confessione deve essere fatta da persone capaci di obbligarsi (...)* La confessione di tutori ed amministratori non pregiudica agli amministratori, se non quando sia fatta ne' casi e modi per cui essi possono obbligare gli amministratori medesimo». Entiende Giannini que tal norma es aplicable por analogía a los padres, no por la semejanza habida entre patria potestad y tutela, sino porque la confesión es un acto que excede de la administración. De ser acertado, como creo, el razonamiento —que es lógico—, entiendo, entonces, que se trataría de una interpretación extensiva (y si se apura —mucho, según creo—, hasta comprensiva, por incluirse los padres entre los «administradores» que cita aquella norma —cfr., arts. 154.2.º, 162.3.º, 164 ss de nuestro CC-). Tampoco me convence el ejemplo que este autor pone de interpretación extensiva (en pp., 537 y 538), cuando afirma que al heredero aparente de buena fe se le aplican las normas sobre el poseedor de buena fe. Él mismo afirma que se alcanza tal conclusión mediante una interpretación sistemática. En tal caso, no vale el ejemplo, pues con él no se hace comparación con la analogía. Para hacerla debe tratarse de una interpretación extensiva basada en la lógica (particularmente en el axioma de la semejanza). Aparte, tampoco estimo válido tal ejemplo porque ni siquiera hay auténtica laguna legal, sólo un caso que, carente de norma específica que lo contemple, puede resolverse aplicando supletoriamente (no por analogía, ni por extensión), el régimen común sobre posesión de buena fe (en tanto que el heredero aparente lo es, precisamente, por poseer los bienes de la herencia). En cambio, sí me parece acertado cuando como ejemplos de analogía se refiere a la aplicación de las normas sobre contratos al testamento (o a la inversa), de los menores al incapaz, de la responsabilidad civil a la del Estado (otra cosa, es que haya la *eadem ratio*, que luego se verá, para que haya analogía),...

to por turno (a la que cabía aplicar, por extensión, ciertas normas del CC sobre copropiedad, y otras de la Ley sobre Propiedad Horizontal); sobre usucapión ordinaria de servidumbres (continuas y aparentes, por extensión del art. 1957, a la vista de los arts. 537 y 1959 CC); sobre la constitucionalidad de las parejas de hecho, o del matrimonio «homosexual,» mediante una interpretación extensiva de los artículos 39 y 32.1 CE, respectivamente; o sobre construcción extralimitada, en que se aplica extensivamente, según cada caso, el artículo 360 o el 361 *in fine* CC. En todos ellos, como se comprueba, la norma que se extiende en su aplicación, no sale de su ámbito material, o institucional: las normas sobre copropiedad y sobre propiedad horizontal se mantienen dentro de su natural ámbito aplicativo, aunque referidas a un tipo especial de comunidad inmobiliaria compleja y funcional (no para ser aplicadas, por ejemplo, a una cotitularidad obligacional); el 1957 CC queda referido a la usucapión (no a la extintiva, por ejemplo), de derechos reales (no de cualquier otra situación que pudiera ser usucapible, como, a bote pronto, se me ocurre que pudiera ser un título nobiliario); el 32 CE permanece dentro de la institución matrimonial, y el 39 CE dentro de la familiar; y, por último, aquellos artículos 360 y 361 CC se aplican dentro de la accesión inmobiliaria, con la singularidad de que en el caso, al que aquellas normas se extienden, se construye en suelo en parte propio y en parte ajeno.

Los casos de analogía quedan pospuestos, para cuando, a continuación, se vea la *eadem ratio* necesaria para su aplicación.

Incluso algunos casos que jurisprudencialmente han sido estimados como de analogía, creo que encajan y se explican mejor en la interpretación extensiva:

Así, por ejemplo, la STS de 10 mayo 1996 vino a aplicar a las federaciones deportivas una norma sobre clubs deportivos, que imponía un plazo de caducidad de 40 días para impugnar acuerdos adoptados por la Junta directiva. En cambio, la STS de 30 septiembre 1997 consideró inaplicable los artículos 16 y 17 LPH a una comunidad de titulares de puestos de atraque en un puerto, por no tener nada que ver con la comunidad de la LPH.

Otro caso, más reciente, es el de la STS de 21 noviembre 2000: tras afirmar la similitud existente entre la ejecución pignoratícia ante notario, del artículo 1872 CC, y la ejecución (judicial o no), en subasta pública, ya sea en general (*ex* arts. 1482-1518 LEC-1881), ya sean las particulares sobre prendas no posesorias o sobre hipotecas (LHM y arts. 129-135 LH), entiende el TS que cabe aplicar por analogía *iuris* dicha normativa en general (y por analogía *legis* los arts. 87 y 94 LHM). Al final, sin embargo, al tratarse el caso en particular de que el artículo 1872 CC no previera nada sobre anuncios y otros detalles de la subasta, el TS aplicó por analogía, en concreto, los artículos 1488.1.º LEC-1881 y 92.4.ª LHM. Tal vez el salto lógico, y por tanto, el recurso a la analogía quede explicado por aplicar normas de ejecución judicial a una ejecución extrajudicial (como pudiera resultar, por ejemplo, aplicar normas de la LEC en materia de arbitraje); pero no parece admisible hablar de analogía entre normas que se refieren a la prenda con o sin desplaza-

miento posesorio, cuando, precisamente, las normas en cuestión no atiendan particularmente a tal rasgo distintivo entre dos subespecies de prenda.

Más claro me parece, sin salirnos del mundo de las garantías reales, el caso de la STS de 22 diciembre 1988 cuando aplica la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 CC, referido expresamente a prendas e hipotecas (y a la anticresis *ex art.* 1884 CC), a un caso de compraventa con pacto de retro en garantía de la devolución del préstamo. Aunque extendida a un caso no expresamente contemplado, permanece aquella norma dentro de su natural ámbito normativo: el de las garantías reales.

Y más evidente aún, el supuesto de la STS de 6 mayo 1994 al aplicar por analogía –dice– el artículo 1463 CC, sobre la *traditio brevi manu* de bienes muebles, a la compraventa de bienes inmuebles. En cambio, creo que cabría extender, por verdadera analogía, tal norma, u otras circundantes a la misma que regulen la *traditio*, si se tratara de aplicarla a cualquier otro contrato, diverso de la compraventa, pero igualmente transmisivo de la propiedad, o de cualquier otro derecho real.

Otro supuesto de interpretación extensiva, según creo, podría ser el de aplicar el artículo 1380 CC a la comunidad pos-ganancial, cuando, aun disuelto el propio matrimonio, el ex-cónyuge sigue disponiendo de los bienes como si fuesen gananciales (así, las SSTS de 26 abril 1997, 11 mayo 2000, y 28 mayo 2004). Determinar en sí la naturaleza y el régimen de la comunidad pos-ganancial es ya cuestión enjundiosa, pero no me parece demasiado arriesgado creer que aquella aplicación, más que por analogía, lo es por extensión –por prolongación en el tiempo– de una norma a una comunidad ganancial, que aunque disuelta aún no ha sido liquidada.

Resta un último caso, muy significativo, y recentísimo: aunque (como hemos ya advertido antes, y volveremos a indicar luego), nuestra jurisprudencia niega la analogía entre el matrimonio y las parejas de hecho, hace poco, en efecto, ha venido a formarse doctrina jurisprudencial aplicando –en esta ocasión y para esta cuestión sí– por analogía el artículo 96.I CC al caso de pareja de hecho rota con hijos comunes, permitiendo mediante la aplicación por analogía de aquella norma que el conviviente no titular de la vivienda a quien se asigna la guarda de los hijos permanezca en aquel inmueble por tal razón. Así lo han resuelto las SSTS de 1 y de 14 de abril de 2011. El resultado al que llega esta jurisprudencia nos parece correcto, justo, pero no lo parece tanto en la herramienta hermenéutica que emplea. Si, como dicen tales SSTS, se impone ya hoy la igualdad de trato y la no discriminación por razón de filiación, entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (cfr., entre otros, los arts. 14, 39 CE y 108 CC), ¿por qué se habla de una aplicación «*por analogía*» del artículo 96.I CC? Más bien se trata de una aplicación directa de dicha norma, que no se aplica por analogía (a lo más, por interpretación extensiva), sino directamente habida cuenta de que entre aquellas dos clases de filiación no hay semejanza o analogía, sino plena equiparación e identidad en su régimen. El hecho de que el artículo 96 CC, literalmente y por su

ubicación, se refiera a los «cónyuges», no impide que su contenido normativo se extienda por lógica a las uniones de hecho, no porque en esta cuestión éstas se equiparen a las parejas casadas, sino porque éstas son consideradas en aquella norma del artículo 96 CC, especialmente en su primer párrafo (frente a su párrafo tercero), no como tales uniones en sí, en su relación interna como pareja, sino como progenitores, como padres del hijo cuyo hogar y régimen de guarda y visitas se ha de fijar. De ahí que el párrafo primero pueda ser aplicable a las parejas de hecho, con hijos comunes, y nunca les resulte de aplicación el párrafo tercero de dicha norma. Con ello, no hay un salto lógico e institucional de la norma, como sería lo propio tratándose de la analogía; la norma no sale de su natural ámbito normativo (el de la crisis matrimonial) para ser aplicada a otra «institución» (la de las parejas de hecho), sino que permanece en el suyo propio (el de la atribución de la vivienda a los hijos, tras la crisis de sus padres), para extenderse por lógica (la de protección de los menores que impone la Constitución) a todos los hijos (con independencia de que los progenitores estén o no casados). Con esta «matización», que a primera vista pudiera parecer una mera sutileza técnica, se elude el posible escollo de querer aplicar por analogía el artículo 96.I CC, que al limitar la libertad de ejercicio de la propiedad del cónyuge titular de la vivienda podría ser una norma excepcional (*ex* art. 4.2 CC, como advertía hace tiempo Bello Janeiro⁹³, precisamente para negar la aplicación analógica del art. 96 CC); cuestión esta última a la que se volverá al final del trabajo.

No obstante lo dicho, cuando en nuestro ordenamiento se da entrada con alcance general a la analogía, en el artículo 4 del CC, tras la reforma de su Título Preliminar en 1974, se dirá en el Preámbulo de la misma: «La formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del derecho. No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de la ley, que pueden darse, siendo el medio idóneo y más inmediato de salvarlas la investigación analógica. Ésta no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible, por consideraciones de identidad o de similitud, al supuesto no previsto».

Parece, pues, al principio tener cierto miedo al vacío, pareciendo que niega la existencia misma de lagunas –que hemos llamado institucionales, para sólo admitir que las hay casuísticas. Es solo apariencia. Lo que en realidad niega es la existencia de lagunas jurídicas, en contra de la plenitud que suele referirse al Derecho (*cfr.*, art. 1.7 CC), para sólo admitir lagunas en las normas. Otra

⁹³ En *El precario. Estudio teórico práctico*, Granada, 1997, p. 69.

cuestión, más criticable, es la explicación que en ella se hace del método analógico. Veámoslo.

3.3 La mayor exigencia de similitud lógica en la analogía, que en la interpretación lógica extensiva; *similis ratio* y *eadem ratio*: una relectura sobre la semejanza de casos, o de instituciones, y la identidad de razón entre ellos

Si un caso no previsto expresa y directamente en la norma, puede, sin embargo, resolverse por extensión de dicha norma por ser aquél un supuesto perteneciente a la misma materia, o institución, que regula dicha norma, ello presupone (o supone tras una interpretación –en este caso– de los hechos) la semejanza o similitud entre el caso contemplado y el caso no previsto expresamente en la norma. Sólo habrá que ver, para extender la norma, que haya identidad de razón, esto es, que la razón porque la ley ha resuelto el caso que prevé sea idéntica a la razón por la que resolvería de igual modo el caso no previsto.

En la analogía, en cambio, donde no hay mera dilatación lógica de la norma, sino que ésta da un salto lógico de una materia a otra, de una institución a otra, no cabe presuponer nada:

Primero, habrá que ver si hay semejanza o similitud lógica, racional, entre las materias, entre las instituciones (entre aquella cuya regulación se pretende extender por analogía y la otra a que se pretende hacer tal extensión). Para ello puede ser útil la conexión –lógica también– entre género y especie. Vallet de Goytisolo⁹⁴, basándose en aquella distinción que defiende Bobbio⁹⁵, entre los casos de ambigüedad o imprecisión de la norma (que se resuelven mediante la interpretación extensiva), y los de imprevisión, en cuyo caso el intérprete ha de hallar (mediante la analogía) la norma reguladora de otra especie, diversa de la imprevista, entiende Vallet que mientras «la interpretación extensiva opera dentro de la misma especie, la analogía alcanza un *genus* que puede comprender otras *species*» (*sic*). Tal vez el problema sea en cada caso determinar (interpretar, siempre como problema previo al de integración), el género que se haya de tomar como referencia para la comparación

⁹⁴ En p. 1076, nota 114.

⁹⁵ En GI, 1968, p. 698, donde literalmente dice: «l'interpretazione estensiva opera quando l'interprete si trova di fronte ad un'espressione ambigua o imprecisa, che é suscettibile di essere intesa in un senso piú largo e in un senso piú stretto, e adota nel caso specifico il primo; l'analogia opera in una situazione completamente diversa, cioè quando l'espressione della norma, che funge da premessa del ragionamento, é, sì, chiara, ma é insieme tanto specifica da non poter essere estesa senza arbitrio a casi diversi, e proprio in ragione della sua specificità viene considerata come denotante la *species* di un *genus* che comprende altre *species*».

de especies. Como sucede con la idea misma de materia, o institución, que se viene utilizando.

De existir tal semejanza entre materias, entre instituciones, ya habrá que ver entonces, en segundo lugar, que exista aquella *eadem ratio –legis–* que justifique la aplicación de la norma prevista para un caso material a otro caso material o institucionalmente diverso pero similar.

En ello, pues, se muestra impreciso el Preámbulo de la reforma hecha al Título Preliminar del CC en 1974, cuando entiende aplicable la analogía «si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible, por consideraciones de identidad o de similitud, al supuesto no previsto». Aunque parezca emplearlos como términos sinónimos, o –peor aún– como disyuntivos, una cosa es la «*similitud*» (o semejanza) entre los casos, entre las materias, y otra la «*identidad*» en la razón de los casos particulares en comparación (el previsto normativamente, y el carente de previsión legal expresa y directa). Conjugados ambos, habrá analogía cuando haya semejanza de casos por identidad de su razón⁹⁶ (siendo insuficiente la similitud en dicha razón, como excesivo sería exigir la identidad de casos, pues no habría entonces laguna que colmar, al tratarse del mismo caso regulado en la misma ley). Más acertada, por fortuna, se muestra la letra de la ley, el artículo 4.1 CC, al decir: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante –dice– entre los que se aprecie –termina diciendo– identidad de razón».

Al respecto, interesa la siguiente reflexión de Larenz⁹⁷, sobre las lagunas manifiestas (las nuestras institucionales), integrables también en su tesis mediante la analogía: «El que dos hechos sean “similares” entre sí, quiere decir que concuerdan en algunos aspectos, pero no en otros. Si concordaran absolutamente en todos los aspectos que han de entrar en consideración, entonces serían “iguales”. Por tanto, los supuestos de hecho no deben ser absolutamente iguales ni desiguales entre sí; pero tienen que concordar precisamente en los aspectos decisivos para la valoración jurídica. Si éste es o no el caso, puede determinarse, no sólo con ayuda de las categorías lógicas de “identidad” o “no identidad”, sino que requiere, ante todo, poner en claro los aspectos decisivos de la valoración expresada en la regulación legal», añadiendo luego, que «para conocer qué elementos del supuesto de hecho legalmente regulado

⁹⁶ Como decía DE CASTRO (p. 480), «la analogía no se funda en la mera semejanza, sino en la *ratio* de la semejanza. La analogía no supone –aunque otra cosa parezca– pasar de lo particular a lo particular, sino que es preciso subir al principio general que comprende a un particular para saber si puede también comprender este otro caso».

⁹⁷ En pp. 374 y 375.

son importantes para la valoración legal y por qué lo son, es preciso retornar a los fines fundamentales de la regulación legal, a la *ratio legis*. Y finalmente dirá: «A ello hay que añadir la constatación positiva de que el hecho enjuiciable iguala en todos sus aspectos al legalmente regulado, así como la constatación negativa de que las diferencias que quedan no son de tal índole que excluyan aquí la valoración legal».

Es una distinción, entre similitud e identidad, ya gestada entre los clásicos, aun con diversas expresiones (que si semejanza, similitud, identidad, paridad, igualdad)⁹⁸. Así hasta culminar con aquella celeberrima frase atribuida a Aculciato: «*ubi eadem est ratio, ibi eadem juris dispositio esse debet*».

De entre ellos, de nuevo me parecen suficientes las explicaciones que al respecto nos daba, prácticamente un siglo después de aquella formulación, Suárez⁹⁹, quien, ante todo, defiende¹⁰⁰ la «diferencia entre igualdad e identidad de la razón. Llamo igualdad de la razón cuando, aunque las razones sean distintas, son comparables entre sí, como son vgr. las razones de amistad y de gratitud, que son distintas entre sí, pero que pueden equipararse y ser tenidas por moralmente iguales. En cambio, llamo identidad cuando en materias distintas se da una misma razón, vgr. la de fomentar la piedad o evitar el mal. Esta distinción la tocan los juristas –como Baldo, Tiraqueau, ... y otro más que menciona–, y a la igualdad la llaman semejanza de razón, a la otra identidad... Esto supuesto, juzgo –primeramente– que sola la semejanza de la razón por equiparación o equivalencia pero sin identidad, no basta para que la obligación de la ley se amplíe de un caso a otro semejante». En ello insistirá luego¹⁰¹: «Digo, pues, que, por sola la semejanza o igualdad –que él llama– de la razón, ninguna ley alcanza a los casos omitidos o de ninguna manera comprendidos en el significado de las palabras de la ley, y eso aunque acerca de esos casos nada hayan dispuesto otras leyes». En cambio, distinguiendo a continuación¹⁰², entre la interpretación –que llama– comprensiva y la puramente extensiva, tras entender que «la interpretación o ampliación comprensiva es cuando por ella se declara que tal caso o persona entró en la mente del legislador aunque éste no lo dijera expresamente», añade: «Mente o interpretación puramente extensiva se llama aquella por la que el alcance de la disposición de la ley se amplía a un caso que no entró en la mente del legislador, y eso por la semejanza o igualdad de razón».

⁹⁸ Que, por ejemplo, pueden verse en la monografía de BOBBIO (p. 32 ss).

⁹⁹ En pp. 635-640, de las que en texto solo reproduzco algunos pasajes.

¹⁰⁰ En p. 635.

¹⁰¹ En p. 637.

¹⁰² En la misma p. 637.

Veámoslo, ahora también con algunos ejemplos, en los que hay, o no, analogía, pues en donde hay interpretación extensiva (con su correlativa restricción), ya fueron vistos arriba¹⁰³.

En mis últimos comentarios jurisprudenciales ha sido tema recurrente negar la analogía en casos aparentemente similares: una, la habida, según doctrina, entre la hipoteca (por deuda ajena) y la fianza, y otra, la habida, según la propia jurisprudencia, entre el usufructo y el arrendamiento. En tales comparaciones institucionales hay, desde luego, rasgos comunes (en el primero, la presencia de garantías accesorias de una deuda ajena, y, en el segundo, dos derechos de goce recayentes sobre una cosa de propiedad ajena). Pero en ambas hay un rasgo diferencial radical, que impide la analogía, que impide ver siquiera aquella similitud de casos (materias, o instituciones), a que antes me referí como primer requisito comparativo para su recurso: la antagónica naturaleza jurídica que existe entre aquellas instituciones o figuras. Ciertas son sus coincidencias, pero no para ver en aquellas figuras las especies de un mismo género (como pudieran ser la garantía de un crédito, en el primer caso, o los derechos de goce, en el segundo). El género es otro: la hipoteca pertenece al género de las garantías reales y la fianza al de las garantías personales; o bien son (hipoteca y fianza) las especies de diversos subgéneros (las garantías reales y las personales), de un mismo género (que, ahora sí, sería la garantía del crédito); el usufructo pertenece al subgénero de los derechos reales, y el arrendamiento al de los derechos de crédito, dentro del género de los derechos patrimoniales. Pero por encima de tal parentesco, que, como se ve, no es directo (o «colateral de segundo grado», como exige la relación género-especie), destacan las diferencias, que son tan radicales: ahí están, por ejemplo, la inmediatez de poder *in re*, o en su caso la sujeción real, de unos (como sucede con el usufructo, o con la hipoteca) frente a la mediatividad y falta de inherencia real de otros (como la del arrendamiento, la fianza), la absolutividad de unos frente a la relatividad de otros en su eficacia,... datos distintivos éstos que se fundamentan, precisamente, en la diversa naturaleza jurídica de unos y otros y que justifican, a su vez, su diverso régimen jurídico (en cuanto a su adquisición, transmisión, extinción,...). Cada especie, dentro del género, con su propio régimen. Desde luego, hay en tales casos un género superior (los derechos patrimoniales en ambas comparaciones), que precisamente sirve para resaltar la comparación, la confrontación, no la similitud, que entre sus diversas especies existe. Hay para quien en esas comparaciones hay analogía por haber en ellas una simple diferencia de medida, al ver en las figuras cotejadas las ramas de un mismo tronco. Sí, del mismo tronco o género –supremo– por ser derechos patrimoniales, pero especies y ramas distintas, de diversa naturaleza y, por ende, de diverso régimen como lo son los derechos reales y los personales. ¿Por qué confundir, o unir, dos derechos netamente distintos? ¿Acaso también sólo existe una simple diferencia de

¹⁰³ En el epígrafe V.1 (y también en subepígrafes 2 y 3.2, del mismo ap. V), al apreciar la posibilidad de una interpretación extensiva no sólo basada en la analogía.

medida y, por ende, son confundibles o fusionables en su naturaleza y régimen, los derechos reales y los de crédito? Hay que precisar, concretar el género, lo más cercano posible a la especie, como si de las ramas de un mismo árbol se tratara (o de aquel grado de parentesco a que antes, metafóricamente, me referí). De lo contrario, siempre habría, más o menos remotamente, un género común que obligue siempre a la aplicación por analogía, de modo tan similar como sería emparentar a toda la humanidad a partir de Adán y Eva. No basta, al menos para la analogía, con un género tan genérico.

¿Acaso no habría también un género –remoto– común, por citar algún otro ejemplo, aunque por lo general rechazado, entre las parejas de hecho y el matrimonio, como sería el compromiso familiar de la unión? La práctica unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia, tanto del TC como del TS (véase, por todas, la unificadora STS de 12 septiembre 2005¹⁰⁴), niega que haya analogía entre el matrimonio y las uniones de hecho y que, por tanto, deban equipararse en sus efectos, a pesar de que la comunidad de vida de sus componentes, que forman por ello una familia, sea nota común en ambas. Pero es la solemnidad y formalidad de la unión matrimonial, en su constitución y en su ruptura, expresión de un compromiso no sólo moral, sino también jurídico, vinculante entre los esposos, la que falta, por su naturaleza, en las parejas no casadas, caracterizadas por su libertad en su creación y disolución, lo que, a la postre, impide la identidad de razón entre ambos tipos de uniones y, por ende, la aplicación analógica a las parejas de hecho de las normas del matrimonio.

En todos los supuestos citados, a la falta de semejanza entre las materias o instituciones, se une también la falta de *eadem ratio* en el particular caso conflictivo que se plantea. Como síntesis, cabría destacar los siguientes ejemplos:

En el caso de las parejas de hecho, uno de los problemas que (según vimos arriba) se plantea es el perjuicio económico que puede provocar su ruptura para uno de los convivientes. De producirse, en efecto, no cabría aplicar por analogía el artículo 97 CC (como, sin embargo, hicieron las SSTS de 5 julio 2001 y 16 julio 2002), sobre pensión compensatoria, sino más bien, por aplicación supletoria *ex* artículo 1.4 CC, o por analogía *iuris* si se quiere, el principio del enriquecimiento injusto, sin causa o torticero, deducible, entre otros, del artículo 1901 CC. O tal vez, en tanto se den las circunstancias, cabría aplicar, directamente (no por analogía), el artículo 1902 CC, sobre responsabilidad por daños. Porque, en ambos casos, como sucede en el de la ruptura de la pareja, se trata de resarcir al conviviente de hecho que tras la separación observa un perjuicio económico ya producido, otorgándole una indemnización por el servicio, por el trabajo o por el dinero que gratuitamente –o en menor medida que lo retribuido– ha prestado –o sacrificado por no obtenerlo– durante la convivencia en el trabajo del otro conviviente, en el hogar (en las tareas

¹⁰⁴ A la que ya seguirán otras, como las de 5 diciembre 2005, 30 octubre 2008,...

domésticas) o en el cuidado de los hijos de ambos o de éste. La *ratio*, en cambio, del artículo 97 CC, sobre pensión compensatoria, no es esa: precisamente por haber existido un compromiso jurídico, no solo moral, fundado en una esperanza de vida en común para el futuro, su objetivo es compensar (no resarcir), el desequilibrio que desde la crisis matrimonial, para el futuro inmediato (no por un daño ya producido), va a suponer para uno de los esposos dicha ruptura matrimonial.

Del mismo modo sucede en los otros casos indicados: en la hipoteca por deuda ajena, se podrían indicar muchos supuestos (casi tantos como normas regulan la fianza y pretenden aplicarse por analogía a aquella hipoteca), pero habiendo antes recordado las normas inaplicables, que lo son por su innecesariedad o por su incompatibilidad, sólo voy a destacar ahora un considerable número de normas referidas a la fianza que lo son por su excepcionalidad (vgr., arts. 1830 a 1834, 1843 y 1851 a 1853 CC)¹⁰⁵. Tal excepcionalidad impide de suyo la analogía (art. 4.2 CC, según habrá que recordar luego), pero lo que quiero aquí es destacar su razón singular, que nada tiene que ver con la razón de la hipoteca por deuda ajena: tales normas se explican por el llamado *favor fideiusorisoris*, que a su vez se justifica, no tanto por la accesoriedad de la fianza, al menos aisladamente considerada, sino más bien por la naturaleza jurídica de lo accesorio, la fianza, por ser ésta garantía personal, más comprometedora que la hipoteca, o que cualquier otra garantía real, en tanto supone mayor «sacrificio» para el fiador, que no se limita a vincular un bien propio en garantía del pago de una deuda ajena, sino que él mismo se convierte en deudor, aunque accesorio, y responde, como cualquier deudor, con todo su patrimonio. De ahí que, al ser deudor y responsable, el llamado *favor fidejussoris* no sea más que un trasunto para la fianza del más general *favor debitoris*. A ello probablemente se sume, como su fundamento, el viejo dicho popular aún hoy empleado de «*fiá y pagarás*». Por el contrario, el tercero hipotecante, que se «sacrifica» menos que el fiador, no merece ese trato de favor. Resultaría incluso *contra naturam* aplicar aquellas normas de la fianza al hipotecante que, no en vano, no debe, ni responde *stricto sensu*, y que, en cualquier momento, puede convertirse en auténtico tercero transmitiendo el bien hipotecado. Un trato de favor trasladable del fiador al tercero hipotecante, fundado en una especie imaginaria de *favor pigneratoris*, iría en detrimento de la hipoteca, del acreedor y, por ende, del crédito territorial y del tráfico jurídico inmobiliario. No se olvide que el acreedor hipotecario mira a la cosa hipotecada como garantía, importándole poco, o nada, quién sea su dueño.

Faltan, pues, en los supuestos anteriores la semejanza de materias y la identidad de razón legal en los casos particulares para recurrir a la analogía.

Y lo mismo observé recientemente en el otro caso, que resta por ver, relativo al arrendamiento; un caso particular en que la

¹⁰⁵ Dejo sin citar los artículos 1849 y 1975 CC *in fine*, cuya *ratio* y alcance, excepcional o no, resulta debatido.

jurisprudencia ha venido a aplicar por analogía el artículo 515 CC, sobre usufructo: en mi opinión, a la falta de semejanza institucional antes referida (entre el arrendamiento y el usufructo) se añade, en particular, que la *ratio legis* de aquella norma no es trasladable a ningún arrendamiento, al venir justificado precisamente aquel artículo 515 CC, como también el artículo 513.1.º CC, imponiendo así la temporalidad como esencial en todo usufructo (como también la impone el art. 1543 CC en todo arriendo), en la natural gratuidad del usufructo, por tradición de fin asistencial, que se muestra, no sólo disímil, sino incompatible con la esencial onerosidad del arrendamiento (según impone también el art. 1543 CC).

De entre la jurisprudencia de las últimas décadas pueden reseñarse los siguientes casos, en los que unas veces se acepta y en otras se rechaza la analogía:

Uno es el caso, ya visto, de la STS de 2 enero 1980, que vino a negar la aplicación por analogía del artículo 114.8.ª LAU-1964 a un caso de copropiedad (en que el dueño de un local, destinado a escuela, pretendía usar para los recreos el patio de vecinos), primero, porque el arrendatario y el copropietario son sujetos diversos (pues, como he dicho yo antes, ostentan derechos de parecido contenido, pero de naturaleza y eficacia antagónicas), y, segundo, porque aquella norma de la LAU se refiere a usos escolares exclusivamente del local arrendado, sin extenderse a las zonas no arrendadas.

La STS de 25 octubre 1993 declaró inaplicable el artículo 1473 CC a un caso en que se habían realizado sucesivas donaciones¹⁰⁶ de un mismo inmueble (el panteón de un cementerio, en el caso), porque presuponiendo tal norma, conforme al artículo 609 CC, título y entrega para adquirir la propiedad, resulta inaplicable a aquella y a cualquier donación, donde nunca hay modo. De ahí que el artículo 1473 CC resuelva un conflicto que, en realidad, no puede darse en la donación.

Otro ejemplo es el de la STS de 18 mayo 2006 que estima inaplicable el retracto arrendaticio tras haber sido adjudicado el piso a uno de los cónyuges arrendadores tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, alegando, entre otras razones (que ahora no importan), que la norma que concede aquel retracto no piensa en cualquier transmisión (lo que sería un género lejano, demasiado genérico), sino en aquella que sea onerosa (es ahí donde se halla el género para asimilar especies de casos), lo que no sucede en el presente supuesto, que lo es de adjudicación, cuando además el cónyuge ya era antes de aquella liquidación en parte dueño del piso alquilado, que era ganancial. Dicho pronunciamiento viene en cierto modo a coincidir con la posición ya adoptada tiempo antes por la STS de 6 febrero 1991 al destacar la diferencia que existe entre la disolución de una sociedad (en general) con lo que podría

¹⁰⁶ Aunque ni siquiera la última donación era válida, al no haberse escriturado, conforme exige el artículo 633 CC.

ser la venta, dación o división de una cosa común, y que impide aplicar por analogía el retracto arrendaticio (previsto, por entonces, en el art. 47 LAU-964), a aquel supuesto.

Otro caso (también arriba ya mencionado), se contiene en la STS 2 junio 2009, que se niega a aplicar por analogía el artículo 1504 CC, sobre compraventa, a un caso de opción de compra al no ser la opción un contrato, sino precontrato o mera promesa de contrato, a decidir unilateralmente por el optante dentro del plazo de caducidad convencionalmente pactado.

Formando jurisprudencia, las SSTS de 30 junio 2009 y 1 junio 2010 niegan que haya parecido alguno entre el exceso de edificabilidad y el exceso de cabida que justifique en aquel caso la aplicación de los artículos 1469 y 1470 CC.

Otro supuesto (también visto en otra ocasión), es el resuelto por la STS de 7 octubre 2010 al declarar inaplicable la normativa protectora sobre consumidores (sobre todo, la relativa a la responsabilidad por productos defectuosos) a un caso de contrato de distribución (en que se pretendía como indemnización la restitución de unas sanciones administrativas que hubieron de pagarse, y unos lucros cesantes); en general, niega la analogía aquella STS porque en aquel contrato –de distribución– la relación se establece entre profesionales (no una relación de consumo), esto es, entre iguales, donde, por tanto, debe regir ante todo la libertad de pacto; y, en particular, porque los daños reclamados no encontraban encaje (identidad de razón, digo yo), en los previstos por aquella normativa. Similar es el caso, anterior en el tiempo, de la STS de 13 octubre 1998 cuando se muestra contraria a que la normativa proteccionista de las viviendas de protección oficial sea aplicable al resto de viviendas, como el recurrente pretendía en el caso.

Se nos podría objetar, a la vista de todos los casos mencionados, que con tanta exigencia de semejanza e identidad lógicas difícilísimo resultará acudir alguna vez a la analogía. En buena parte, de eso se trata; no en vano, la analogía se erige en último recurso integrador, después del derecho supletorio (cfr. el ap. 3 del propio art. 4 CC)¹⁰⁷ y del sistema de fuentes (art. 1 CC), como mecanismo que permite la aplicación, precisamente, de los principios generales del Derecho (art. 1.4 CC), así como la equidad, en cuanto aplicadora del principio de justicia al caso concreto, también colma lagunas (cuya existencia ya prevea el legislador; cfr., art. 3.2 CC). Y ahí va otra de mis tantas tautologías, y lugares comunes: en esta ocasión sobre la conexión entre principios generales del Derecho y analogía (y equidad), que tal vez pueda resolverse, al menos a nuestra conveniencia, entendiendo la analogía (especialmente, si se trata de la analogía *juris*) como vehículo o instrumento aplicativo

¹⁰⁷ En el propio Preámbulo de la reforma hecha en 1974 del Título Preliminar del CC, se decía: «Más allá de la actividad propiamente interpretativa, en la zona de la investigación integradora, figuran la analogía y el derecho supletorio». Y tras referirse a la analogía, se dirá: «El otro procedimiento integrador está constituido por el derecho supletorio, función que, siguiendo la línea del anterior artículo 16, corresponde al Código civil, exponente todavía –¡ojalá!– de los principales rasgos caracterizadores del derecho común como lo prueba el propio contenido del título preliminar».

de aquellos principios (del mismo modo en que la equidad aplica el principio de justicia en particular al caso concreto).

Pero que sea difícil no significa que sea imposible el recurso a la analogía, como tampoco lo es el recurso a la equidad. De mi propia experiencia puedo poner el caso de la multipropiedad, configurada como tal, antes de que se aprobara la Ley de aprovechamiento por turno antes referida. En particular, en aquella ocasión mi trabajo se centraba más en el aspecto registral de la figura, y defendí yo entonces, con otros, una especie de sistema registral piramidal de folios registrales (que incluso permitiera abrir folio propio a cada turno), fundándome en la aplicación por analogía de los artículos 8.5 RH, 66 y 68 RH; una propuesta, ya hecha de *lege lata*, que se haría expresa en los artículos 6.1.II y 14.1 LAT¹⁰⁸. La aplicación analógica de aquellos preceptos de la normativa hipotecaria no sólo respondía a que en ellos se contemplaran o presupusiesen situaciones inmobiliarias complejas de cotitularidad más o menos afines a la multipropiedad, sino también a idénticas razones, más particulares, de claridad, material y registral: de un lado, a la existencia de una pluralidad de objetos, los derechos-turno, susceptibles de disposición y negociación separada e individual, que podían ser gravados o transmitidos por sí solos y con independencia de los demás derechos-turno. Y de otro lado, respondía aquella aplicación analógica a la propia viabilidad registral, a la necesaria agilidad y descongestión del Registro de la Propiedad, tanto en su llevanza por parte del Registrador, como en su consulta por parte de cualquiera que estuviere interesado en conocer el historial jurídico de cada derecho-turno.

Otros ejemplos hay de aplicación por analogía en la jurisprudencia (aparte de aquel –del que discrepo– sobre arrendamiento y usufructo, en varias ocasiones referido, y de los supuestos, antes vistos también¹⁰⁹, que la jurisprudencia califica como de analogía y yo de interpretación extensiva: como la aplicación del art. 1380 CC a la comunidad pos-ganancial,...):

Entre esos últimos, recuérdese el caso de la STS de 21 noviembre 2000: tras afirmar la similitud existente entre la ejecución pignoratícia ante notario, del artículo 1872 CC, y la ejecución (judicial o no), en subasta pública, ya sea en general (ex arts. 1482-1518 LEC-1881), ya sean las particulares sobre prendas no posesorias o sobre hipotecas (LHM y arts. 129-135 LH), entiende que cabe aplicar por analogía *iuris* dicha normativa en general (y por analogía *legis* los arts. 87 y 94 LHM). Al final, sin embargo, al consistir el problema concreto que se suscitaba en la imprevisión del artícu-

¹⁰⁸ Disponía, en efecto, el artículo 6.1.II LAT: «Si al inscribir el régimen en el Registro mediante la escritura reguladora no constaren como fincas registrales independientes los distintos alojamientos destinados a aprovechamiento por turno, el registrador les abrirá folio, aunque en la escritura no se haga división horizontal del inmueble». Y añadirá en su artículo 14.1: «La adquisición y transmisión de derechos de aprovechamiento por turno podrá inscribirse en el Registro de la propiedad, para lo que el contrato deberá elevarse a escritura pública y el registrador abrir folio al turno cuyo derecho de aprovechamiento sea objeto de transmisión, quedando siempre a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

¹⁰⁹ En el subepígrafe 3.2, del presente apartado V.

lo 1872 CC acerca de los anuncios y otros detalles de la subasta, el TS aplicó por analogía los artículos 1488.1.º LEC-1881 y 92.4.ª LHM, en particular. Tal vez el salto lógico, y por tanto, el recurso a la analogía quede explicado por aplicar normas de ejecución judicial a una ejecución extrajudicial (como pudiera resultar, por ejemplo, en el caso de aplicar normas de la LEC en materia de arbitraje); pero no parece admisible hablar de analogía entre normas que se refieren a la prenda con o sin desplazamiento posesorio, cuando, precisamente, las normas en cuestión no atiendan particularmente a tal rasgo distintivo entre dos subespecies de prenda.

Más claro, a mi consideración, resulta el caso de la STS de 13 mayo 1983 al aplicar las reglas sobre saneamiento por evicción en la compraventa a la dación en pago, por ser también ésta, dice, «una transmisión onerosa»; y también aplica a la dación en pago el art. 1532 CC sobre cesión del crédito, pues en ambos casos hay *datio*, como pago similar a la venta y a la novación por cambio de objeto, advirtiendo que si dicha norma no resulta aplicable a la compraventa es porque ésta dispone de normativa propia específica al respecto (arts. 1475 y 1479 CC).

Por su parte, la STS de 13 abril 1992, y en buena parte la RDGRyN de 1 abril 1993, han venido a aplicar diversas normas relativas al mandato o a la tutela (vgr., arts. 244.4.º en relación con el 247, o el 271.2.º CC), al cargo de albacea.

Otro supuesto, más reciente, se aprecia en la STS de 20 julio 2001, que considera aplicables los artículos 1303, 1307 y 1308 CC al caso de resolución del contrato al amparo del artículo 1124 CC: en él se prevé la posibilidad de indemnización por daños producidos, como en aquél (*eadem ratio*), y se refiere a una especie de ineficacia, la resolución contractual como ineficacia sobrevenida, semejante a la contemplada en aquellas otras normas, referidas a la nulidad del contrato, como ineficacia originaria. De igual modo se podrían haber invocado los artículos 1295 y 1298 CC, sobre rescisión del contrato, o más genéricamente incluso, el artículo 1896 CC, por subyacer, en el fondo de aquella indemnización, la evitación del enriquecimiento injusto (de nuevo, la aplicación de un principio general del Derecho, aplicable *ex artículo 1.4 CC*, o, si se quiere, extraíble por analogía *iuris*).

Extraña resulta la STS de 20 diciembre 2007 que aplica extensivamente por analogía –dice– el artículo 1158 CC a la atribución patrimonial hecha por una persona en evitación del nacimiento de una obligación a cargo de otra.

Y, últimamente, la STS de 15 noviembre 2010 ha aplicado por analogía las normas sobre revocación del mandato (1733 CC) y de la comisión mercantil (art. 279 C.Com), al contrato de mediación o corretaje: aunque, según dice, se trata de un contrato diverso de aquellos otros, en que no puede ser subsumido, se fundamenta el TS en que todos ellos son, por igual, contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos basados en una confianza mutua; de ahí que, de forma idéntica en todos ellos, la revocabilidad unilateral y justificada del mandante, o comitente, sea la regla general (salvo acuerdo o norma específica en contrario).

Defendida, así, la diferencia cuantitativa y cualitativa, de grado y de naturaleza, habida entre la interpretación extensiva y la analogía, queda observar su repercusión práctica. Pues tal distinción, ya se dijo desde un principio, no deviene en estéril jurisprudencia de conceptos.

V. LÍMITES A LA ANALOGÍA (ART. 4.2 CC), Y TAMBIÉN A LA INTERPRETACIÓN LÓGICA EXTENSIVA

1. La necesidad –lógica– de limitación en toda interpretación extensiva

Es ordinario decir que mientras la analogía está sujeta a ciertos límites, al no ser aplicable a cierto tipo de normas (como las penales, las excepcionales y las temporales, según enumera nuestro art. 4.2 CC), la interpretación extensiva, por el contrario, se encuentra libre de tales límites¹¹⁰.

Esta sería, pues, la importancia práctica de la diferenciación, y, a la vez, su riesgo o peligro, pues ha servido en no pocas ocasiones de subterfugio para en casos reales aplicar una norma penal, excepcional, ... a un caso no previsto en ella so pretexto de interpretarla extensivamente, cuando realmente se la aplicaba por analogía, lo que –como se advirtió al inicio– ha llevado a muchos a la negación de la distinción¹¹¹, o a entender aplicables iguales límites tanto a la analogía como a la interpretación extensiva¹¹², lo que no es sino un camino para negar en sí la distinción entre ambas categorías¹¹³. De este modo, como también dije metafóricamente, muerto el perro se acabaría la rabia. Más bien, con otros¹¹⁴, creemos que el verdadero

¹¹⁰ Así, entre otros muchos, BOBBIO (en NssDI, 1957, p. 605; y en GI, 1968, p. 697, haciéndose eco en este último de la peligrosidad de tal relevancia práctica); BOSCARRELLI (p. 168 ss). Y, entre nosotros, CLEMENTE DE DIEGO (p. 376); LAGAZ LACAMBRA (p. 32), advirtiéndolo como algo común en derecho comparado (Alemania, Bélgica, Holanda, ...). También DE CASTRO (p. 479), al explicar la evolución histórica de la analogía, y su distinción de la interpretación extensiva defendida por la Escuela histórica, termina diciendo: «La importancia práctica del concepto, aunque más modestamente, se marca en la distinción entre la interpretación extensiva, aplicable a todas las leyes, y la analogía, que se entiende impropia para el derecho singular e incluso para el particular».

¹¹¹ Por todos, BOBBIO (en su Monografía, pp. 146 y ss.).

¹¹² Así, LARENZ (p. 393). El propio SUÁREZ, aunque parecía (en pp. 632 y 633) limitar la interpretación declarativa lata a las solas leyes favorables, en cambio, refiriéndose (en pp. 637, 643 y 644) a la interpretación comprensiva y a la puramente extensiva, afirmaba su operatividad en las leyes penales, no favorables, y en las correctivas. No obstante, en opinión de CASTRO (en su 1.ª edición, p. 402, nota 6), también permitía Suárez acudir a la analogía en las leyes penales.

¹¹³ Como sucede cuando se dice, con CASTAN (p. 322), y CASTRO (p. 583), que la diferencia, aunque teóricamente existente, no es apreciable en la práctica. ¿Para qué, entonces, preocuparse por hacerla?

¹¹⁴ Como BOSCARRELLI (*Analogía e interpretazione estensiva nel Diritto penale*, Palermo, 1955).

peligro responde a la imprecisión al delimitar la diferenciación, o su negación misma, y que, por esto mismo, hallarla es la labor primordial, a fin de que cuando se trate de analogía no haya extralimitación en su aplicación (cfr., nuestro art. 4.2 CC).

Pero tampoco quiere ello decir que, *a contrario sensu*, la interpretación extensiva sea ilimitada. Tal contraposición es extrema, y la libertad que en ella se otorga a la interpretación puramente extensiva es inadmisibles. No cabe olvidar, al respecto, los diversos estratos jerárquicamente existentes a la hora de ampliar, o de restringir, el sentido de la norma. Recorriéndolos uno a uno, desde abajo, irrelevante es preguntarse por el margen de libertad en el intérprete de la norma si estamos ante la interpretación literal, que es neutra en su resultado (y por eso tan extraña¹¹⁵); y para la interpretación declarativa, sea la estricta o la amplia, tampoco debe haber límites, pues no se sale de la norma, ni de su letra siquiera. Por tanto, aunque se tratara de una ley penal, excepcional, o temporal, dentro del significado propio y civil de sus palabras –que diría nuestro Suárez– cabe cualquier declaración, lata o estricta, que exija dicho sentido.

Pero la interpretación extensiva, como su contraria la restrictiva, sí implica alteración del sentido propio de la norma, debiendo de estar por ello en parte limitada. ¿Con qué alcance? Lógicamente, no puede ser la misma restricción que para la analogía. De ser así, habría, en efecto, que concluir que tal distinción es teórica, e inútil por tanto. Al representar aquélla un estadio inferior de ampliación de la norma, frente a la analogía que se ha emancipado por implicar la mayor ampliación que de una norma pueda hacerse, los límites de la extensiva deben ser menores, a los de la analogía. A mayor poder de ampliación en la norma mayor restricción, o control, en la libertad del intérprete para su recurso. Sería absurdo creer que un hito inferior de ampliación de la ley está sujeto a iguales o a mayores límites que el hito superior, de mayor alcance extensivo, como es la analogía. ¿Acaso cabría imaginar una norma que deba interpretarse restrictivamente y pueda, sin embargo, ser aplicada por analogía? Más lógico es pensar, que a menor alcance extensivo de la norma menores son los límites a tal posible expansión¹¹⁶.

¹¹⁵ «Rara», en expresión de SUAREZ (p. 648), para decir que en tal interpretación no habría límite al ser «una interpretación exacta sin restricción ni ampliación».

¹¹⁶ Sin embargo, LARENZ, refiriéndose a la analogía, tras decir (en p. 389), que «la restricción de una norma, por la vía de su reducción teleológica, va acompañada, a menudo, con la ampliación en el ámbito de aplicación de otra norma», añadía: «A la inversa, la ampliación de una norma legal restrictiva por vía de analogía significa una restricción de la norma por ella restringida que va más allá de la restricción contenida en la ley». Si no entiendo mal, parece admitir que una norma de interpretación restrictiva se pueda aplicar por analogía, lo que de suyo me resulta muy difícil –por no decir imposible– de imaginar.

Que el CC sólo fije los límites de la analogía, y que calle sobre la interpretación extensiva, nada quiere decir. No es un silencio permisivo para ésta, aunque tal vez sea un *mutis* imprudente. En general, el CC calla sobre la interpretación extensiva, como en general nada dice sobre la restrictiva, ni sobre el alcance de la interpretación por su resultado. Sólo habla para referirse al método (art. 3.1 CC). Pero nada significa tal silencio, como tampoco lo significaba, para la analogía, cuando por mucho tiempo no disponíamos de un artículo 4.2 CC, ni siquiera de su ap. 1 (lo que a veces permitió incluso un debate centrado en la propia admisión de la analogía¹¹⁷). Sí la preveían otras normas (como la DT 13 del CC, art. 8 LAU-1964, sobre todo), y el debate, ya por entonces, se centraba más en fijar los límites –lógicos y normativos– para la aplicación analógica (en concretar las leyes que fuesen inhábiles para su extensión analógica), que en el hecho mismo de la conveniencia de tal restricción.

Mutatis mutandis, creo que hoy debe suceder lo mismo con la interpretación extensiva: antes que negar sus límites, o afirmarlos pero igualándolos por completo a los de la analogía negando así la distinción entre ambas, creo que la clave reside en averiguar cuáles sean esos límites de una interpretación, que por estar en un estadio inferior al de la analogía, debe estar menos cercenada.

2. Determinación de los límites en la interpretación extensiva a partir de una interpretación restringida del artículo 4.2 CC

En la búsqueda de los límites que han de respetarse en cualquier interpretación extensiva resultará útil fijarse, al menos, como nuestro único punto de referencia normativo, en el propio artículo 4.2 CC, que fija el máximo de limitación para el máximo interpretativo e integrador, la analogía, por debajo del cual se ha de fijar el alcance de la interpretación extensiva. En su traslado a la interpretación extensiva, que es menos que la analogía, habrá de ser aquel artículo 4.2 CC lógicamente restringido en su alcance. La cuestión, por tanto, queda centrada en determinar el alcance de dicha restricción aplicativa del artículo 4.2 CC en sede de interpretación extensiva.

De Castro¹¹⁸, que no tenía por entonces como apoyo tal norma, tomaba como referencia la regla «favorabilia amplianda, odiosa restringenda», para desde ella «señalar directrices para la interpre-

¹¹⁷ Como, sobre todo, sucedió en Italia, aunque la posición mayoritaria era admitir la analogía salvo que la ley misma la prohibiese (así, BETTI, p.156; CAIANI, en la voz *La analogía*, p. 360).

¹¹⁸ En p. 470.

tación. Así, las disposiciones de carácter penal o sancionador se interpretarán de modo restrictivo, para excluir su «odiosa extensión»; las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios, reglas ocasionales y transitorias serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva; las normas procesales se consideran de orden público y de interpretación rígidamente ajustada al texto legal; los preceptos limitativos de la capacidad son de interpretación restrictiva, y del mismo modo los que restringen el ejercicio o ámbito de la propiedad; las disposiciones de carácter social, dictadas para proteger a los económicamente más débiles, se entienden que son de carácter imperativo, irrenunciable y de interpretación extensiva».

Destacable es la cita del maestro Castro, pues ha servido de modelo a doctrina y jurisprudencia, que, *grosso modo*, aún mantiene tal criterio para fijar el límite entre la interpretación extensiva y la restrictiva.

A los límites de la analogía se refería Castro después, coincidiendo algunos de ellos «casualmente» con los de la interpretación extensiva; pero otros no, sucediendo incluso que algunas de las restricciones que citaba para la interpretación extensiva no encontraban reiteración para la analogía:

«Por su relación con la analogía –decía– podría hacerse una clasificación de las reglas jurídicas del modo siguiente, según que: 1º Refleje un principio de carácter general, extrapositivo; en este caso, el poder expansivo de la regla –por medio de la analogía–, no tendrá más límites que el opuesto por otra regla legal. 2º Esté informada por un principio de carácter general, pero de origen positivo; tiene poder expansivo mediante la analogía, pero limitado al caso de no existencia de costumbre o de principio general aplicable. 3º Se trate de regla especial; el ámbito de su ratio está limitado por su especialidad, no pudiendo exceder de él mediante la analogía, aunque dentro de ese espacio, sí podrá jugar la analogía;... 4º Las reglas que antes se designaban con el carácter de «odiosas», como las sancionadoras y fiscales, las de carácter excepcional, ocasional, creadoras de privilegios en sentido estricto, carecen de principios de carácter general y, por eso, no son aptas para su extensión por analogía».

Por mi parte, aunque orientativos sigan siendo tales elencos, como obediencia a la norma antes que al maestro De Castro (cfr., art. 9.1 CE), partiré de la que ya existe, el artículo 4.2 CC, para desde ella poder coincidir, o no, con él:

2.1. La interpretación extensiva y su permisión, como regla, en las normas excepcionales, salvo que su propia razón singular lo impida

Recordemos que en aquel artículo 4.2 CC se dice que «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos en ellas». Aunque tripartita, posiblemente el género común de tales

—u otras— especies de limitación a la analogía, sea la idea de singularidad, de particularidad de la norma, que bien puede obedecer a razones puramente lógicas, de lógica jurídica, o técnica-jurídica (acordes al procedimiento —analógico— en que se está), o bien a razones de política legislativa (de legalidad y seguridad), que al inicio se advirtió que las había en la analogía¹¹⁹. Sea por una u otra razón —ya se verá— parece que todos esos supuestos legales que enumera nuestro art. 4.2 CC para excluirlos de la analogía se caracterizan por esa común singularidad.

Comienzo, pues, por el límite prototípico, por el caso más genuino de norma singular: el de las leyes «*excepcionales*», en expresión del CC. Para saber de su sentido y de la causa de su exclusión de la analogía, vale como arranque acudir al espíritu de la norma, a la explicación que del artículo 4.2 CC nos dió el propio Preámbulo de la reforma del CC de 1974 en que aquella norma se introdujo: «Las leyes excepcionales, también excluidas —de la analogía—, forman el tradicionalmente llamado “*ius singulare*” que, por constituir una derogación del derecho general para determinadas materias, impide la existencia de lagunas en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda atenido a la norma general»¹²⁰. O dicho de otro modo: la analogía consiste en la traslación de la razón general contenida en una norma, o en un conjunto de ellas, que por su generalidad pasa a ser aplicada a otra materia, o institución, diversa pero similar de la prevista en aquélla, o en aquel conjunto normativo; imposible será, por tanto, aplicar por analogía una norma que, por ser excepcional, carece, no de razón, naturalmente, pero sí de razón general que la justifique, y que por la generalidad de su razón se permita aquella traslación normativa de una materia a otra, de una institución a otra¹²¹. De darse tal caso, a la materia, o institución, sin normativa expresa que la regule, habrá que aplicarle el principio o razón general que corresponda, que normalmente se hará por analogía —*legis* o *iuris*— de una norma, o pluralidad de normas, que por su generalidad se justifiquen, o por aplicación directa, aunque supletoria, del principio general del Derecho correspondiente (art. 1.4 CC).

¹¹⁹ Y que, tras la CE-1978, encuentran acomodo en los artículos 9.3 y 25.1 CE, con incidencia directa en el artículo 4.2 CC (así advertido desde la STC de 27 junio 1984).

¹²⁰ Ya lo decía la antigua STS de 21 febrero 1900, al negar «que valgan argumentos de analogía, ni el principio de que donde la razón es la misma, idéntica debe ser la regla de derecho contra preceptos legislativos tan claros y terminantes como los que se contienen en los artículos —835 y 839 CC—, y para atribuir á la excepción que es de interpretación estricta, casos que por no estar comprendidos en ella entran de lleno bajo el imperio de la regla general».

¹²¹ Así lo entendió hace tiempo BOSCARELLI (pp. 41 y ss.).

Ya lo decía hace tiempo Savigny¹²²: «La interpretación por vía de analogía deja de ser aplicable cuando el conjunto que tomamos como punto de partida presenta el carácter de una excepción á la regla, pues en este caso falta una de sus condiciones esenciales, á saber, la ausencia de toda regla... Por la misma razón no es legítima la extensión analógica de los privilegios propiamente dichos, pues en materia semejante tampoco falta la regla. De igual manera nunca debe extenderse un derecho anormal o *jus singulare* más allá de sus límites positivos, porque dicha extensión sería destruida por la regla existente... En efecto, si nos sirviésemos del derecho anormal, no para extender la excepción que consagra, sino para zanjar una cuestión del mismo género todavía indecisa, entonces habría analogía verdadera y no existiría el motivo de la reprobación pronunciada; pero aun en este mismo caso debe buscarse la analogía, no en el *jus singulare*, sino en los principios del derecho normal, en vista de que la interpretación por vía de analogía descansa sobre el encadenamiento interior y necesario del derecho, cosa que falta á, las reglas anormales, trasplantadas al dominio del derecho; y, por consiguiente, no puede atribuírseles la fuerza orgánica y creadora del derecho normal.»

No por excepcionales hay que pensar necesariamente en normas restrictivas, sancionadoras o cativas. Éstas más bien se subsumen en las «leyes penales» a que se refiere el propio artículo 4.2 CC (y que luego se verán). Al contrario, pueden ser normas favorables, protectoras de ciertos sujetos, objetos o de ciertos derechos; vgr., las normas protectoras de fiadores, las normas concedentes de privilegios crediticios, de algún derecho de retención,... –¡y tantos otros ejemplos!–. Aunque beneficiosas para sus destinatarios, resultan singulares, excepcionales, por salvar o excluir para determinados casos (personas o derechos) un principio general del derecho; vgr., el principio de igualdad (entre iguales¹²³ –entre deudores, o entre acreedores, en los casos citados, como es el principio de la *par conditio creditorum*), o la exigencia de heterotutela (de no tomarse la justicia con la propia mano),... –por sólo limitarme a las razones generales salvadas en aquellos privilegios mencionados–.

¹²² En pp. 198 y 199.

¹²³ Por eso no cabe incluir entre las excepcionales, aunque sean especiales por su materia, las normas protectoras de trabajadores, consumidores,... No son estrictos privilegios, pues no se está dando un trato de favor a un sujeto frente a su igual, sino compensando la inicial desigualdad que hay entre ambos (empresario y trabajador, o entre aquél y el usuario). Responde, por tanto, a exigencias de justicia, de tratar por iguales a los iguales y a los desiguales de desigual forma, protegiendo, dentro de esa desigualdad, al más débil (el trabajador, el consumidor,...) frente al más fuerte. De ellas, DE CASTRO (p. 470), decía (recuérdese): «las disposiciones de carácter social, dictadas para proteger a los económicamente más débiles, se entiende que son de carácter imperativo, irrenunciable y de interpretación extensiva». En cambio, aquellas normas verdaderamente excepcionales (citadas en texto), aunque no sean caprichosas (al menos, no deben de serlo), sí otorgan un trato de favor entre iguales (al fiador, aunque deudor, mejor tratado que el deudor afianzado; o al acreedor privilegiado, frente a otros acreedores,...).

A veces la excepcionalidad de la norma no está tanto en su razón, sino en su consecuencia, que puede ser singular, por su contraste con lo que sería la solución general, a pesar de encontrarse fundada en un principio general del derecho. Es, en cualquier caso, un modo, aunque diverso del común, de excepcionar la regla.

Un ejemplo pude constatarlo hace poco, al defender una vez más a nuestra jurisprudencia que se muestra contraria a la analogía entre la hipoteca por deuda ajena y la fianza; se trataba, en aquel caso, de aplicar, o no, por analogía el art. 1852 CC: la STS de 3 febrero 2009 se negó a ello, entre otras razones, por ser dicha norma excepcional, a lo que objetaron algunos¹²⁴ al comentarla que dicha norma se fundamenta en el principio general de la buena fe. Pareciese en ello no advertirse que aunque fundada en una máxima general, como es la buena fe (art. 7.1 CC), o incluso pudiera serlo el no abuso del derecho (art. 7.2 CC), la excepcionalidad del artículo 1852 CC estriba en su resultado, en la medida que impone al acreedor –una carga, nunca presumible, restrictiva de su libertad de actuación sobre sus derechos– y en la consecuencia que sanciona –nunca mejor dicho– para su efectividad: la liberación del fiador como protección de su sola expectativa de subrogación y como sanción al acreedor (frente a la solución general, como pudiera ser la indemnizatoria *ex* arts. 7.2, 1902 CC –o cfr., arts. 1001, 1111, 1937 CC–); lo que, en definitiva, impediría la aplicación por analogía de aquel art. 1852, como igual sucede con tantas otras normas que protegen singularmente al fiador (por fundarse en aquel *favor fideiussoris*, antes recordado, que como tal favor no puede ser extendido por analogía). Así lo advertí, al negar la aplicación por analogía al hipotecante no deudor de los artículos 1843, 1830 y ss, 1851 a 1853 CC, entre otros¹²⁵.

Sin salir de la fianza, entre tales normas destaca también en este sentido el artículo 1851 CC, que también pude tratar en más de una ocasión. En este caso, que la protección del fiador frente a la posible insolvencia sobrevenida del deudor una vez concedida a éste la prórroga sea la verdadera *ratio* del artículo 1851 CC viene justificada por la gestación de dicha norma, al apartase de la solución (de cobertura o relevación, antes que de automática extinción) adoptada por los demás Códigos decimonónicos ante idéntico riesgo: en síntesis, éstos presumían en principio la prórroga como beneficiosa para el fiador, salvo que por ello hubiera riesgo verdadero de insolvencia del deudor, en cuyo caso le quedaría al fiador el recurso a la cobertura (siempre condicionada a la intervención del deudor y a la aquiescencia del acreedor); nuestro CC, por el contrario, parece presumir casi *iuris et de iure* tal riesgo de insolvencia sobrevenida al ver siempre la prórroga como dañina o más onerosa para el fiador, y por eso va mucho más allá que los otros Códigos, pareciéndole poco la posible relevación o cobertura del 1843 CC. De ahí que su excepcionalidad se observe también en su

¹²⁴ Como BERCOVITZ (en CCJC, 2009, n.º 81, pp. 1232-1237).

¹²⁵ Dejo sin citar los artículos 1849 y 1975 CC *in fine*, cuya *ratio* y alcance, excepcional o no, resultan debatidos.

resultado: la liberación automática del fiador (sin necesidad de intervención alguna del acreedor) como protección ante un presumido riesgo, el de insolvencia del deudor, que, en realidad por principio, es la causa-función de la fianza como garantía para el acreedor.

Hay, en cambio, otros casos, en que aun pudiendo considerarse la norma como excepcional, por salvar lo que con alcance general establece otra norma, si tanto la una como la otra están fundadas en su solución en un principio general, no debe haber inconveniente en la posible interpretación extensiva de una u otra según proceda en cada caso:

Y lo explico con un ejemplo, antes ya mencionado, referido a la extensión objetiva de hipoteca regulada en los arts. 109 y ss. LH. Ante todo, creo yo que la regla de la extensión de la hipoteca se funda *in recto* en un rasgo material esencial en todo derecho o carga real, cual su inherencia al dominio que grava, y que sus salvedades (aquellos casos en que no opera la extensión; cfr., sobre todo, el art. 110.1.º LH *in fine*), se explican por los principios registrales de publicidad y especialidad (que impiden aquella extensión automática a agregaciones y nuevas edificaciones en tanto no se hagan las oportunas operaciones registrales de agregación o declaración de obra nueva, *ex arts.* 45 y ss., 208 LH y 308 RH). Siendo esa la razón, general tanto para justificar la extensión como la posible no extensión de la hipoteca, pienso que cabe extender la salvedad, la no extensión de hipoteca, a otros casos que han ido surgiendo en el devenir de los tiempos (produciéndose aquí la extensión del 110.1.º *in fine* por interpretación sociológica), al ampliarse el propio concepto legal de finca registral (vgr., *ex arts.* 8.5, 107.11.º LH, 66 y 68 RH,...), hasta el punto de tener que excluir de la extensión hipotecaria el caso de las elevaciones de edificios, en principio incluido en aquella extensión, en tanto las nuevas plantas, pisos,... formen finca registral independiente de la originariamente hipotecada.

Para todos estos y otros casos de normas excepcionales que pudieran imaginarse, el artículo 4.2 CC declara excluida la analogía, ¿y la interpretación extensiva? Para la común opinión que defiende la distinción entre ambas categorías, la interpretación puramente extensiva quedaría fuera, libre de tal prohibición, como de cualquier otra. En cambio, también los hay que, aun a veces sin abordar si quiera la categórica distinción entre analogía e interpretación extensiva, consideran que ésta no debe operar en las normas excepcionales, al ser éstas de necesaria interpretación restrictiva (o, cuando menos, estricta)¹²⁶. A nuestro juicio, es aquélla y no ésta

¹²⁶ Ya hemos visto, que según CASTRO (p. 470), «las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios... serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva». Lo decía basándose en la jurisprudencia, de entre la cual sobresalen las SSTs de 21 febrero 1900, al decir de «la excepción que es de interpretación estricta»; la de 19 abril 1927, al

la respuesta adecuada, como regla, no exenta de alguna excepción; al modo en que parece preverlo el CC portugués, cuyo artículo 11 dispone: «*As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva*». En este punto, discrepo, por tanto, con la última opinión del maestro De Castro¹²⁷:

Ante todo, no debe haber objeción en admitir la extensión de una norma excepcional si aquélla se alcanza mediante cualquier mecanismo interpretativo (gramatical, sistemático¹²⁸,...), diverso del lógico interno de la norma excepcional, o si se extrae de la lógica de otra u otras normas, que sean generales en su razón. Pero, ¿y si se trata de una interpretación extensiva exclusiva o preferentemente lógica, fundada en la *similis ratio*, siendo dicha razón singular, por excepcional? Precisamente, según vimos, es la hipótesis de interpretación extensiva verdaderamente confrontable con la analogía, y es, no en vano, en este punto donde se observa la diferencia que hay en su alcance extensivo, o integrador: mientras que las normas excepcionales no son aplicables por analogía, pues ésta consiste en la traslación de la *ratio legis* de una institución a otra institución o materia similar, y en aquellas normas no hay principio o razón general que trasladar, en cambio, por principio no debe haber inconveniente en interpretar extensivamente una norma excepcional, aun cuando se trate de una interpretación exclusivamente lógica, pues ésta, a diferencia de la analogía, sólo implica una dilatación lógica de la norma *ad intra*, una expansión o traslado de la razón –aunque singular– dentro de su mismo ámbito institucional o material propio, natural, o específico (en cuanto dentro de la especie que regula)¹²⁹. Más aún, si

advertir que «según regla de hermenéutica, jurídica, los imperativos legales de carácter especial son de interpretación rigurosa y restringida». Y así, con cierta vehemencia, se puede ver en ROCA I TRÍAS (en Edersa), concluyendo que admitir la interpretación extensiva de una norma excepcional sería arbitrario, contrario al principio constitucional de igualdad. Y en tal opinión me encuadraba yo, por mimetismo, y obediencia a aquel maestro. Aunque ahora, en parte, mantenga cierta discrepancia.

¹²⁷ No así de su anterior posición, defensora de la diferencia, en el modo antes explicado (en la 3.^a edición de su *Derecho civil de España*, 1955, p. 539), donde al referirse a los límites de la analogía, la vetaba cuando «se trate de regla de carácter especial; limitada por su especialidad, no puede exceder de ella mediante el artificio de la analogía (aunque –advertía– dentro de ese espacio, sí pueda jugar)».

¹²⁸ Ahí, según creo, entraría la posibilidad de extensión entre las diversas normas contenidas en una misma ley singular o especial (como sería el caso de la LAU, a que muchos autores, como PUIG BRUTAU, GULLÓN, ROCA I TRÍAS, se referían para defender la analogía en normas excepcionales). Sería, por ejemplo, el reciente supuesto de la STS de 20 febrero 1998, que aplica el artículo 54.2 LAU-1964 (referido a venta o donación) a un caso de atribución hereditaria, aun reconociendo que se trata de una norma excepcional por proteccionista, fundándose en que el artículo 8 de la propia LAU-1964 proclama la posibilidad de recurrir a la analogía.

¹²⁹ Al ser igual, idéntico el ámbito normativo en que la norma excepcional se extiende, no parece que haya vulneración de la exigencia de igualdad (y justicia, me atrevería a decir), como, en cambio, cree ROCA I TRÍAS (cit.).

la excepcionalidad de la norma consiste en atribuir un beneficio, un trato de favor: *Favorabilia amplianda*.

Por ejemplo, en los casos antes referidos a la fianza, de normas excepcionales fundadas en el *favor fideiussoris*; con exclusión de aquellas de tinte punitivo (que se verán luego), ¿qué razón obliga a excluir *a priori* su interpretación extensiva, ya sea a otras garantías personales por deuda ajena, en que el garante comprometa su patrimonio, o ya sea dentro de la estricta institución de fianza? Otra cosa, inadmisibles, es que se extendiera, por analogía, a otra institución, o materia (vgr., una garantía real), donde aquella razón singular (el *favor fideiussoris*) no tendría razón de ser.

Fuera de ese ejemplo general, creo que por aquella razón cierta «jurisprudencia»¹³⁰ formada antaño en torno al art. 8 LAU (que admitía expresamente la analogía de la LAU), consideraba posible tanto la analogía como la interpretación extensiva de normas excepcionales, de la LAU o de otra norma, «*siempre que* –según se precisaba– *no resulte desbordado su ámbito de vigencia*». ¡*Haec est quaestio!* Naturalmente, en mi tesis (la de Castro y Díez-Picazo), tal permisión es sólo referible a la interpretación extensiva.

Tal posibilidad de interpretación lógica extensiva de una norma excepcional, quedará, naturalmente, excluida, vetada, cuando dentro de esa interpretación lógica, haya otra razón, también lógica pero preponderante, que, aislada o conjuntamente con otras razones hermenéuticas, impida en el caso particular aquella extensión (vgr., piénsese en axiomas como el *a contrario sensu*, el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus, inclusio unius exclusio alterius*,... y tantos otros, derivados en su mayoría de aquel primero¹³¹, que invitan a una interpretación restrictiva, o cuando menos estricta). En esa restricción influirá en muchas ocasiones que la norma sea odiosa: *Odiosa restringenda*.

2.2. La prohibición de interpretación extensiva, y analógica, de las normas «penales», salvo que sea *in bonam partem*

Aquella concurrencia, o alternativa a la lógica, de métodos interpretativos para extender una norma excepcional (recuérdese, para aplicarla a otros casos dentro de la materia o institución que dicha norma regula), es, precisamente, la que ha permitido ver que

¹³⁰ Que entrecorrimo, pues como advierte MONTES (pp. 226 y ss.), se suele afirmar como *obitum dictum* a partir de una progresiva generalización y deformación de la primera idea sostenida por la STS de 7 noviembre 1940, y luego ampliada por las SSTs de 27 de junio 1941, 21 abril 1951, 28 septiembre 1968 y 24 enero 1970 (que pueden en aquellas pp. 226 y ss. de Montés Penadés).

¹³¹ Como pueden verse citados, entre los de mayor importancia por su utilidad, en CASTRO (pp. 471 y 483, nota 4).

las «leyes penales» a que se refiere el artículo 4.2 CC, no se refieran ni siquiera estrictamente a las normas sancionadoras de Derecho penal (como pudieran ser aquellas que imponen multas, o penas de cárcel, inhabilitación,... ante la comisión de alguna falta o delito), sino también a cualquier otra norma que sea punitiva, o sancionadora, o incluso sea restrictiva de derechos (especialmente si se trata de derechos fundamentales) o de la capacidad de obrar; sobre todo, cuando dicha sanción opere como efecto de haber infringido una norma, con independencia, en principio, de que la naturaleza de la norma vulnerada sea penal, fiscal, administrativa o civil¹³². Aun siendo el propio artículo 4.2 CC una norma prohibitiva (y excepcional, en cierto modo, al restringir el uso de la analogía), cabe hacer de ella tal interpretación extensiva por exigencias, que lo son incluso sobrevenidamente constitucionales, de legalidad y de seguridad (*ex arts. 9.3 y 25.1 CE*¹³³), y por la propia lógica, extraíble acaso como principio de todo el ordenamiento, del axioma «*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*». Al ser, además, la libertad, ejercida responsablemente dentro de la legalidad y el orden, el principio natural, su sanción, cualquiera que sea su naturaleza, no puede concebirse sino como la excepción. He aquí que también las penales sean normas excepcionales excluidas también por ello de la analogía.

A la primera razón alude expresamente (y a la segunda probablemente lo haga indirectamente), la propia reforma del CC de 1974 –antes ya, por tanto de la CE–1978– en su Preámbulo, al decir: «No obstante las ventajas de la analogía, resulta justificada su exclusión de determinadas leyes. En las penales es la normal consecuencia del estricto principio de legalidad que ha primar exento de incertidumbres o fisuras». Esto es, *nullum crimen, nulla poena sine lege*; legalidad, que, en el fondo, obedece a razones de seguridad, que, ya después de aquella reforma, el artículo 9.3 CE conectará, al mencionarlas conjuntamente, con algunas de sus manifestaciones, como son «*la irretroactividad de las disposicio-*

¹³² Del problema de aquella dicción era ya consciente, recién reformado el Título Preliminar del CC, MONTES PEÑADES (p. 217), al advertir que frente a las mayores limitaciones que para la analogía recogía la doctrina y jurisprudencia anteriores, el artículo 4.2 CC sólo hablaba de «leyes penales», «lo que ya de entrada –decía– plantea el problema, y no de escasa entidad, de averiguar si también respecto del artículo 4.2 hemos de aplicar el argumento a contrario y, consiguientemente, aplicar la solución del artículo 4.1 y extenderlas o bien hemos de proceder a pari y tratar de descubrir la eadem ratio para no aplicar la analogía, precisamente por aplicar por analogía el precepto que limita la analogía. Lo que, me apresuro a aclarar, es algo más que un trabalenguas». Para él la solución estriba en incluir esas otras posibles limitaciones a la analogía en tanto se traten de normas que sean excepcionales o penales como exige el artículo 4.2 CC.

¹³³ Aunque de esta última, el artículo 25.1 CE, se haya negado «*su aplicación extensiva o analógica*» a normas que no sean penales o administrativas, en el decir de las SSTC de 2 diciembre 1982 y 14 diciembre 1988.

nes –de nuevo, dice– *sancionadoras no favorables* –dice– o *restrictivas de derechos individuales*» (en estrecha conexión, y coincidencia, con la misma irretroactividad que impone el art. 25.1 CE, en materia –ahora sí– estrictamente penal y administrativa).

Por el propio devenir de la materia preferida en mis investigaciones, en más de una ocasión (sobre multipropiedad, hipoteca, . . . , y especialmente sobre servidumbres, estimadas tan odiosas por rememorar el viejo feudalismo), ha salido a la palestra que toda norma relativa a cargas reales y derechos reales limitados, en tanto su razón sea la restricción del dominio, ha de ser estimada como excepcional, y como tal de interpretación restrictiva, en cuanto contraria al principio de presunción de libertad de la propiedad (que, según reiterada jurisprudencia, se ha de presumir libre salvo que se demuestre lo contrario).

Así, por ejemplo, recientemente la STS de 18 mayo 2006 se negaría a aplicar por analogía el régimen del retracto arrendaticio, entre otras razones, por ser dicho régimen excepcional. Ya he mencionado la STS de 22 julio 1994, que se negó a aplicar por analogía (ni por extensión siquiera) las normas sobre adquisición forzosa de la LAR-1980 a un caso de arrendamiento histórico, entre otras razones, por ser aquellas normas excepcionales.

Siendo ello así, no creo, coincidiendo –ahora sí– con De Castro, que la interpretación extensiva quede libre de dicha limitación¹³⁴. Creer lo contrario, sería acaso como dejarla al margen de la legalidad y de la seguridad jurídica¹³⁵. Por pura lógica, sería un contrasentido admitir una interpretación extensiva de una norma odiosa, cuando así sólo cabe –o debe– hacerse de las favorables:

Por eso, *a.e.*, dentro de aquel grupo, que venimos viendo, de normas excepcionales que protegen al fiador, no todas son interpretables extensivamente, pues no todas se limitan a dicho trato de favor; las hay también, que incluso a modo de tal protección, imponen alguna sanción, al deudor afianzado, o al acreedor, como sería el caso, antes visto, del artículo 1852 CC, que habrá por ello de interpretarse restrictivamente.

¹³⁴ Así, CASTRO (p. 470): «las disposiciones de carácter penal o sancionador se interpretarán de modo restrictivo, para excluir su <<odiosa extensión>>: . . . los preceptos limitativos de la capacidad son de interpretación restrictiva, y del mismo modo los que restringen el ejercicio o ámbito de la propiedad». En la jurisprudencia, ya lo decía la vieja STS de 7 febrero 1928: «*que las leyes sancionadoras carecen de interpretación extensiva*». En el vigente CC portugués (art. 11 antes transcrito), donde se admite la interpretación extensiva de las normas excepcionales, ya no se recoge, sin embargo, tal posibilidad que también admitía en su Anteproyecto para referirla a las normas penales. En cambio, creía BOSCARRELLI (cit.), lo contrario, salvo que expresamente la propia norma penal la prohibiese, poniendo al respecto como ejemplo (en p. 170, nota 178), el del artículo 2 del Código Penal español de 1928, que decía: «*No se admitirá interpretación extensiva ni tampoco la analogía o semejanza para definir delitos o faltas o agravar penas*».

¹³⁵ Y, por tanto, en contra de la propia Constitución, al vulnerar sus artículos 9.3 y 25.1, como hace tiempo advirtió ROCA I TRÍAS (con base ya entonces en jurisprudencia constitucional que así se manifestaba).

De esta conexión –sistemática y lógica– entre legalidad y seguridad en materia de analogía, para excluirla de las normas penales, entendidas éstas *in sensu lato*, cabe extraer algunas otras consecuencias, a fin de precisar –de interpretar– aún más aquella expresión, relativa a las «*leyes penales*», pues todavía cabe abundar en su extensión, con alguna correlativa restricción, siendo ello un juego –ya vimos– tan usual cuando se trata de interpretación, no de analogía; a saber:

Sabiendo que la legalidad y la seguridad aconsejan que las normas penales no se extiendan por analogía, aunque no sean estricta o puramente penales, creo que deben incluirse en esta especie, o si se prefiere como subespecie dentro de las normas excepcionales restrictivas, las normas de orden público (como pueden ser, vgr., las normas procesales, o las civiles relativas a la nacionalidad, a los estados civiles en general, las que regulan la prescripción,...). Sorprende, en mi caso al menos, la afirmación tan admitida, en doctrina y en abundantísima jurisprudencia, de que las normas de orden público deban ser interpretadas restrictivamente (o de un modo estricto, como poco). Y nada se diga sobre la analogía¹³⁶. Tal vez sea porque prohibida la interpretación extensiva, que es lo menos, vaya de suyo también proscrita para ellas la analogía, que es lo más (en extensión teleológica). Sin embargo, por mi propia experiencia investigadora, vengo sospechando desde hace un tiempo que tal afirmación, si no tautológica, está, a mi juicio, mal dirigida, o enfocada, a la interpretación extensiva, cuando más bien debiera referirse sólo a la analogía. Bien está que las normas de orden público, por sus razones singulares de seguridad, sean imperativas y, por ende, indisponibles (incluso en su resolución de conflictos mediante transacción o arbitraje, cfr., art. 1814 CC), y que por ello sean también irrenunciables en los derechos que conceden y en los deberes que imponen, especialmente si con ello pudiera quedar algún tercero afectado, pues con ello está precisamente en juego el orden público (art. 6.2 CC). Pero, ¿por qué excluir la interpretación

¹³⁶ Así, refiriéndose a la nacionalidad, lo decía DE CASTRO (p. 398), «por tratarse de un estado civil, ser de orden público y afectar a la capacidad –las normas sobre nacionalidad–, han de interpretarse de modo estricto y no cabe extender las disposiciones que la regulan por interpretación analógica y menos por criterios extrajurídicos». En general sobre la interpretación de las normas, ya hemos visto lo que decía (en p. 470): «las normas procesales se consideran de orden público y de interpretación rígidamente ajustada al texto legal». Aunque, recuérdese que dicho autor, en la última edición de su obra, de la que tomamos tal afirmación, ya creía que entre analogía e interpretación extensiva sólo hay una diferencia de grado. En la jurisprudencia, ya dijo antes la STS de 12 noviembre 1928 «que las reglas sobre procedimiento por el concepto de derecho público que les corresponde en cuanto el rito es norma y garantía de los intereses controvertidos en los juicios que se suscitan ante toda clase de Tribunales, requieren una interpretación rígidamente ajustada al texto de la ley».

extensiva, que, recuérdese, no implica salirse de la letra ni de la lógica de la norma a extender? Creo que incluso permitiría respondería a aquellas razones de orden público, cuando dicha extensión se haga en apoyo y con apoyo de tal orden público. Vayan algunos ejemplos de ello:

Algunos son propios, como ya puede advertir al tratar de la usucapación de servidumbres y proponer, *de lege lata*, la usucapación ordinaria de servidumbres continuas y aparentes (también propuesta, aunque *de lege ferenda*, para toda servidumbre). Ya era entonces consciente de la común afirmación en jurisprudencia de que la regulación sobre prescripción, por ser de orden público, era de interpretación restrictiva¹³⁷. Ciertamente que la materia responde a razones de seguridad, aunque también –creí, y aún creo– a razones de justicia. Si en los últimos tiempos se está abriendo el campo a la autonomía de la voluntad en tal materia (naturalmente, para pactar un plazo de prescripción extintiva diverso del legal, lo que no deja de ser cuestionable), ¿por qué se mantiene la rigidez en su interpretación? Como simple dato significativo, pues no se trata aquí de adentrarnos en esta cuestión –susceptible de estudio separado–, ¿por qué, entonces, no fue mantenida en nuestro CC aquella norma del influyente Proyecto de CC de 1851 que expresamente imponía la taxatividad en materia de prescripción¹³⁸? quede aquí sólo sugerida la cuestión, y la invitación hecha a otros para su estudio. Casi como anecdótico puede quedar aquel caso, referido arriba, de la STS de 10 mayo 1996, que vino a aplicar a las federaciones deportivas una norma sobre clubs deportivos, que imponía un plazo de caducidad de 40 días para impugnar acuerdos adoptados por la Junta directiva.

Vaya otro caso, propio, sobre nacionalidad: al estudiar el Real Decreto 453/2004, de 18 de marzo, sobre atribución de la nacionalidad por carta de naturaleza a las víctimas extranjeras del atentado terrorista del 11-M, pude constatar: por un lado, que la rigidez del sistema de adquisición de la nacionalidad, justificada precisamente por ser una materia de orden público, tiene su contrapunto, su grado de flexibilización o de justicia particular (*ex art. 3.2 CC*), en el mecanismo de la carta de naturaleza del artículo 21 CC; y, por otro, que aun siendo materia de orden público, permitía una interpretación flexible de sus normas, incluso la carta de naturaleza. Aunque no pudiera ser posible su aplicación por analogía. Por eso, *a.e.*, comentando aquel RD 11-M, decía yo que no era posible su extensión por analogía a casos similares, pasados o futuros, de otros atentados terroristas con víctimas extranjeras, pues según decía el artículo 1 RD 11-M sólo «*concurren circunstancias excepcionales en las víctimas de los atentados terroristas del 11 de*

¹³⁷ Y sin referirse a la usucapación de servidumbres, lo ha dicho, por ejemplo, la STS 20 mayo 1987.

¹³⁸ Me refiero a su artículo 1934, que decía: «*No se admiten otras prescripciones que las establecidas por la ley*». Vigente ya el CC, dirá la STS de 31 enero 1902 que «la prescripción, por su naturaleza, no puede hacerse extensiva por mera interpretación o deducción que parezca más o menos lógica y racional, ni para ampliarla ni para restringirla a casos determinados».

marzo de 2004». Lo que no impide que las víctimas extranjeras de cualquier atentado terrorista diverso al del 11-M pudieran instar la concesión de naturalización por carta conforme al trámite habitual. Pero esa imposibilidad para la analogía casaba con una posible interpretación extensiva del RD 11-M en sí mismo, en su aplicación *ad intra*. Así: por un lado, el art. 1 RD 11-M entendía «*por víctimas, en todo caso, los heridos en dichos atentados*»; como en ella no se distinguía ni precisaba más («*Ubi lex...*»), y su *ratio* era resarcitoria –la íntegra compensación *honoris causa* de la víctima–, haciendo que en este punto la norma fuese favorable, bien podría incluirse, al modo en que lo hacen otras normas sobre terrorismo, cualquier tipo de herida o daño: moral (corporal o psicofísico) o incluso patrimonial. Del mismo modo, al favorecer la norma a los «*cónyuges*» de la víctima extranjera, no había de distinguirse si residía o no legalmente (o no) en España, o si incluir al cónyuge no divorciado aún, pero sí separado, legalmente o de hecho, al no precisar frente a otras normas sobre terrorismo que, en su literalidad, expresamente sólo incluyen al cónyuge no separado legalmente e implícitamente al separado de hecho.

También hay algún ejemplo en la propia jurisprudencia más reciente:

Uno es el de la STS de 21 noviembre 2000: tras afirmar la similitud existente entre la ejecución pignoraticia ante notario, del artículo 1872 CC, y la ejecución (judicial o no), en subasta pública, ya sea en general (*ex arts.* 1482-1518 LEC-1881), ya las particulares sobre prendas no posesorias o sobre hipotecas (LHM y arts. 129-135 LH), entiende que cabe aplicar por analogía *iuris* dicha normativa en general (y por analogía legis los arts. 87 y 94 LHM). Al final, sin embargo, al consistir el problema concreto que se suscitaba en la imprevisión del artículo 1872 CC acerca de los anuncios y otros detalles de la subasta, el TS aplicó por analogía los artículos 1488.1º LEC-1881 y 92.4.ª LHM, en particular. No parece admisible hablar de analogía entre normas que se refieren a la prenda con o sin desplazamiento posesorio, cuando, precisamente, las normas en cuestión no atiendan particularmente a tal rasgo distintivo entre dos subespecies de prenda. Se ha procedido, por tanto, a la extensión lógica de una norma dentro de su *específico* ámbito aplicativo.

En compensación con esa extensión que añadido a la comúnmente admitida para entender qué son «leyes penales», hay por otro lado que interpretarla restrictivamente para limitarla al caso en que la sanción (penal, civil,...) sea más grave, o menos leve. Porque si la norma, aun siendo penal, establece, comparada con otra norma de posible aplicación, una sanción menor, más leve, «más favorable», *in bonam partem*, sí cabrá la expansión de aquélla, la más benévola. En cierto modo lo advierte el artículo 9.3 CE al declarar «la irretroactividad de las disposiciones –de nuevo, dice– sancionadoras no favorables». Lo impone, asimismo, la propia lógica; de

nuevo: «*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*». Y sin con tal fundamento y para aquel caso es razonable admitir la analogía (que es lo más), también habrá que admitir, como posible, una interpretación extensiva (que es lo menos).

Ahí está el ejemplo antes referido del RD 11-M, sobre naturalización por carta –a favor (quiero subrayar)– de las víctimas extranjeras de aquel desgraciado atentado.

Otro ejemplo puedo ofrecer, aunque deba ahora corregirlo, o matizarlo más bien: decía yo, al aplicar el artículo 360 CC en materia de construcción extralimitada, cuando el suelo del constructor invasor es el principal, que tal aplicación era posible aun cuando el constructor invasor hubiese actuado de mala fe (en cuyo caso merecía pagar el doble del valor del suelo, al modo italiano, como venían ya haciendo nuestros tribunales incluso para la invasión de buena fe), aun siendo aquélla una norma sancionadora (que, en parte al menos, sin duda lo es), pues se trataba de aplicarla extensivamente, no por analogía. ¡*Mea culpa!* Pero, sin necesidad de corregir la conclusión (la aplicación extensiva del artículo 360 CC al invasor de mala fe), sólo debo aprovechar la ocasión –que yo mismo me brindo–, para justificarla por ser la norma menos desfavorable, por tratarse de una extensión *in bonam partem* frente a la mayor sanción que supondría aplicar los artículos 362 y 363 CC, como, en cambio, defiende nuestra jurisprudencia sobre la acción invertida cuando el constructor se ha extralimitado de mala fe, aun siendo su suelo el principal, ordenando por ello la destrucción de la obra extralimitada; así, entre otras, las SSTs de 28 octubre 1971 (acerca de un edificio de seis plantas que sólo se extralimitó en 49,20 m²), de 11 marzo 1985, de 28 enero 1993, o la de 27 enero 2000 (aunque ésta sobre un caso en que el suelo invadido es de mayor importancia que la obra invasora), hablando ésta de la aplicación analógica de aquellos artículos 362 y 363 CC.

Y puedo afirmar, tal vez por deformación profesional (o por mi ignorancia de las otras ramas jurídicas), que en Derecho civil tal salvedad a la prohibición contenida en el artículo 4.2 CC, es decir, que la permisón de la analogía y de la interpretación extensiva en normas –en principio, o aparentemente– punitivas, es muy abundante en su casuística. Tal vez, por un lado, porque en Derecho civil no cuenta tan sólo la ley (la estricta legalidad, que, en cambio, sí rige con rigor en materia penal, fiscal,... donde, no casualmente, no actúan los principios generales como fuente supletoria), sino también la moral¹³⁹ (cfr., arts. 1.3, 1255, 1328 CC,...), y, por otro

¹³⁹ A veces olvidada en esta materia, en la referencia de la analogía en materia civil al menos, cuando conectando analogía, legalidad y norma prohibitiva, suele concluirse, con ligereza a mi juicio, que todo aquello que no está legalmente prohibido se ha de entender como permitido. Buena prueba de que ello no es así lo vieron ya los franceses de principios del siglo XIX cuando se debatía su Código civil: en la gestación de las diversas categorías de ineficacia de los contratos (que si inexistencia, nulidad, anulabilidad,...), la doctrina francesa había acuñado la siguiente máxima: «*pas de nullité sans texte*». Se enten-

lado, porque, bajo la apariencia de una norma sancionadora, en multitud de veces en realidad hay una norma resarcitoria del daño causado, o proteccionista de la parte más débil habida en una relación o en un conflicto. Sabido es que, en general, el fin del Derecho civil no es tanto castigar al infractor, sino proteger a la víctima (ahí está el art. 1911 CC, en que desaparece la prisión por deudas, que en nada satisface al acreedor; o los arts. 1902 y ss. CC¹⁴⁰,...); lo que, desde luego, no quita la existencia de normas civiles punitivas (como es, entre otros muchos, el caso del art. 111 CC según la STS de 11 mayo 1995, o más en general las diversas categorías y normas relativas a la ineficacia de los contratos, empezando por el art. 6 CC¹⁴¹). Tal vez por eso, también sea ahora el momento –aunque no sea este trabajo el lugar– de cuestionar otros lugares comunes, que fueron justificables en su momento, pero que no parecen estarlo tanto ya hoy, en los que tradicionalmente se ha impuesto siempre una interpretación restrictiva (como sucede, vgr., con la normativa restrictiva de la capacidad de obrar¹⁴², o con la prohibitiva de la representación tuitiva para con el representado,...). No se olvide que el ejemplo del artículo 752 CC, tan traído para ver la diferencia entre analogía e interpretación extensiva, fue al principio interpretado restrictivamente (vgr., en la STS de 6 abril 1954), por ver en ella una norma restrictiva de un derecho, de la libertad de testar¹⁴³.

Me parece, así, acertado, por ejemplo, que la STS de 22 diciembre 1988 aplicara la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 CC,

día, pues, que no había contrato nulo sin un texto legal que lo expresase. Pero vióse en aquel debate que había negocios jurídicos que, aunque no prohibidos expresamente por la Ley, debían ser ineficaces por ser *contra naturam*, por ir contra la Moral o el Orden Público –límites éstos que junto a la ley fueron también recogidos en nuestro Derecho para la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC)–. ¿Y qué negocio se puso como ejemplo? Precisamente el del matrimonio entre personas de igual sexo. ¡Quién lo diría!

¹⁴⁰ Que menciona MONTES (p. 222), como norma sancionadora, pero informada por principios generales (lo que impide, por tanto, estimarla como norma excepcional), lo que ha posibilitado su progresiva objetivización. Como significativo también habría que recordar la aplicación por analogía del artículo 1903 CC, al principio negada por la jurisprudencia (vgr., STS de 30 abril 1969); y aún hoy por cierta doctrina (ROCA I TRÍAS), para ser finalmente aceptada (en SSTS de 23 febrero 1976, comentada por PUIG PEÑA, 29 septiembre 1986,...), por entender que su enumeración de casos es *ad exemplum*, que no es norma punitiva, sino resarcitoria, y que la responsabilidad se justifica, y puede expandirse por analogía, en la existencia de una relación de subordinación o dependencia o de particular custodia y vigilancia entre el agente del daño y el responsable del mismo.

¹⁴¹ Cuando en el decir de MONTES (p. 221) «la nulidad se presenta como veste de sanción».

¹⁴² Ya la vieja STS de 7 febrero 1927, sobre incapacidades laborales, decía, apoyándose en una jurisprudencia ya formada en la cuestión, que su régimen «es de carácter limitativo y, por lo tanto, de interpretación rigurosa y restringida, sin que sea lícito, por lo tanto, aplicarlo a otros casos que a los en él previstos expresamente».

¹⁴³ Del modo de interpretar el artículo 752 CC de dicha STS se preguntaba MONTES PENADES (p. 221, nota 43): «¿Esta es una norma odiosa? ¿No es una norma que protege la libertad de testar –principio general– y que por ende se debería poder aplicar a otras causas de sugestión o captación de la voluntad?».

referido expresamente a prendas e hipotecas (y a la anticresis *ex art.* 1884 CC), a un caso de compraventa con pacto de retro en garantía de la devolución del préstamo. Aunque extendida a un caso no expresamente contemplado, permanece aquella norma dentro de su natural y específico ámbito normativo: el de las garantías reales (con fuerza ejecutiva en exceso al impago), y en garantía de la parte generalmente más débil en todo préstamo (y de su propiedad, por encima de la hipoteca), en cuanto que el prestatario es, además, un deudor usualmente aceptante de las condiciones predispuestas por el acreedor prestamista. Se trata, con ello, de una protección mínima, imprescindible, que ni perjudica al acreedor (pues sólo le impide la autotutela, sin afectarle en nada a la fuerza ejecutiva directa y preferente de su garantía real), ni mima en exceso al deudor (como, en cambio, creo que sucedería de extender las normas de la fianza a la hipoteca por deuda ajena).

También acertada me resulta la STS de 13 mayo 1983 al aplicar las reglas sobre saneamiento por evicción de la compraventa a la dación en pago. Y en otra materia, la STS de 13 abril 1992, y en buena parte la RDGRyN de 1 abril 1993, cuando aplica diversas normas relativas a la tutela (vgr., arts. 244.4.º en relación con el 247, o el 271.2.º CC), o sobre mandato también (vgr., en su cotitularidad mancomunada, en sus causas de extinción,...), al cargo de albacea.

Y por eso, no me parece buen ejemplo el que pone Clemente De Diego¹⁴⁴, como de analogía, cuando, según veo, parece más bien de interpretación extensiva, que es posible, además, por tratarse de una norma protectora del más débil (el representado), antes que punitiva para con el más fuerte (el representante): recordando del Derecho romano aquella norma que prohibía al tutor comprar para sí bienes de su pupilo, y que Paulo y la jurisprudencia romana extendieron a curadores, procuradores y administradores en general (para así reflejarse finalmente en la propia ley). Con tal dato histórico, al que se añaden elementos sistemáticos, e incluso literales, amén del lógico, no habría, entonces hoy, ningún problema en dar una interpretación extensiva, e incluso bastando que fuese declarativa lata, al artículo 1459 CC –de por sí ya casuístico (y «comprehensivo»)–. Por eso tampoco me convence el ejemplo que Giannini¹⁴⁵, pone de analogía, frente a lo que suele calificarse como ejemplo de interpretación extensiva. Es el caso del artículo 1361 CC italiano de 1865 (ya derogado), que decía: «*Per produrre i suoi effetti la confessione deve essere fatta da persone capaci di obbligarsi. (...) La confessione di tutori ed amministratori non pregiudica agli amministrati, se non quando sia fatta ne' casi e modi per cui essi possono obbligare gli amministrati medesimo*». Entiende Giannini que tal norma es aplicable por analogía a los padres, no por la semejanza que hay entre patria potestad y tutela, sino porque la confesión es un acto que excede de la administración. De ser acertado, como creo, el razonamiento –que es lógico–, entiendo, entonces, que se trataría de una interpretación extensiva (y si se apura –mucho, según creo–, hasta comprensiva, por incluirse

¹⁴⁴ En pp. 371 y 372.

¹⁴⁵ En p. 538.

los padres entre los «administradores» que cita aquella norma –cfr., arts. 154.2.º, 162.3º, 164 ss de nuestro CC¹⁴⁶–).

Del mismo modo que en muchas ocasiones se han puesto ejemplos de analogía cuando, en mi opinión, lo son de interpretación extensiva, en otras se han referido como interpretación extensiva lo que, a mi juicio, serían más bien casos de interpretación lata, o comprensiva. Pienso, sobre todo, en los ejemplos de interpretación extensiva que hace tiempo refería Boscarelli¹⁴⁷ a normas del Código Penal italiano: una muestra era su artículo 342.II, referido a quien ofende el honor de un político «mediante comunicación telegráfica, con escrito o diseño», que creía Boscarelli poder extender a la ofensa hecha por transmisión radiográfica; y el otro ejemplo era la extensión al curador de su artículo 519.II cuando condena al tutor que abusa del menor de 16 años. En ambos casos cabe, a mi juicio, una interpretación comprensiva, declarativa lata (máxime aquel primero, donde, usando de una interpretación gramatical, el elenco de medios en que realizar la ofensa parece meramente *ad exemplum*, y donde, empleándola ahora sociológica o evolutiva, probablemente no pudo ser tal caso incluido en la norma en el momento de ser redactada, acorde a la tecnología entonces alcanzada).

Más difícil tal vez sea, o parezca, el ejemplo recordado por Falcón y Tella¹⁴⁸, cuyo origen se suele atribuir a Ihering, pero que habiéndose convertido en recurrente, o manido (y, quizás, en otra hada inheringiana), ya se ignora su procedencia: érase el caso de un lebrero en que se decía «Prohibido entrar con perros», y decidido un experto domador a entrar con un oso, ello, evidentemente, no le fue permitido: ¿por aplicación analógica o por interpretación extensiva de aquel lebrero? En opinión de Falcón, que nos recuerda este curioso supuesto, se trataría de interpretar extensivamente la norma, «ya que no habría laguna –dice–, sino un pensamiento mal expresado». En la mía, desde luego, no veo yo mala expresión en tan claro lebrero. A la vista del caso del oso, tal vez resulte incompleto, pero sin necesidad de acudir a la analogía (buscando un género, como el de «animal peligroso, o molesto», en que incluir perros, osos y otras posibles especies), tal vez baste con una interpretación extensiva, no basada en la lógica a *simile*, sino en la lógica, o sentido común, de que quien no puede lo menos (entrar con un perro), no puede lo más (entrar con un oso), y en la realidad social (interpretación sociológica, pues), de que son los perros los animales más comunes con que se suelen frecuentar muchos lugares en que se muestra aquel lebrero (bares, hoteles, restaurantes, cines, autobuses,...).

Ya se nos decía en su Manual, coescrito por López y López y otros, al tratar de la interpretación, no de la analogía, con el siguiente ejemplo: «la hipotética norma que prohibiera subir a un avión portando armas blancas, con mayor razón permitiría impedir el acceso a quien porte armas de fuego: textualmente se prohíbe lo menos (el arma blanca), pero por la «ratio» de la norma se debe entender prohibido lo más (el arma de fuego)».

¹⁴⁶ No obstante, hace un tiempo que la STS de 28 noviembre 1989 negó la aplicación por analogía del artículo 166 CC por ser norma prohibitiva.

¹⁴⁷ En pp. 174 y 175.

¹⁴⁸ En pp. 334 y 335.

2.3. Permisión de la interpretación extensiva, como regla, en las normas temporales en cuanto sean excepcionales

Entre las normas excepcionales –y creo decir bien¹⁴⁹– están imbuidas, como dice el artículo 14 del *Codice* y termina diciendo el artículo 4.2 del nuestro, «las –leyes– *de ámbito temporal* –que– *no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos en ellas*»; como pudieran ser, *a.e.*, las disposiciones transitorias (con la excepción de las del CC –como la n.º 13, sobre analogía, precisamente–, que tienen ambición de generalidad, como de todos es sabido); la legislación dictada en tiempos de guerra (y por su razón), las disposiciones dictadas con ocasión de algún siniestro o catástrofe (natural, económico,...), o las propias leyes presupuestarias anuales. En efecto, de todas ellas dice la propia Reforma de 1974 en su Preámbulo: «Las leyes de ámbito temporal determinado deben someterse al mismo régimen –que las normas excepcionales a que se acababa de referir–, de una parte, porque en modo alguno puede desbordarse en lo más mínimo su esfera de vigencia y, de otra parte, porque tal circunstancia las dota de un acusado matiz de excepcionalidad». De nuevo, la legalidad y, sobre todo en esta ocasión, la seguridad y el orden público así lo exigen (cfr., art. 2 CC, en sus aps. 2 y 3). Merecida, en principio, es la crítica generalizada que suele hacer la doctrina a esta hipótesis¹⁵⁰, descartada de la analogía, por su propia evidencia, al creer, como dice el propio artículo 4.2 CC, que al ser norma temporal o transitoria, no puede aplicarse fuera de su tiempo, una vez derogada, ni tampoco retroactivamente antes de su entrada en vigor, sin que así lo exprese la propia ley (cfr., art. 2.3 CC *in fine*). Sería una suerte de resurrección o de retroacción normativa, según el caso, hecha por obra de la analogía. Pero no parece haber sido esa la intención del artículo 4.2 CC, aunque su letra haga pensar lo contrario. Para aquella limitación en el ámbito temporal de aplicación, bastaba con otras normas que marcan la vida, el comienzo y el fin de toda ley, siendo algunas de ellas introducidas en aquella misma reforma del Título Preliminar del CC en 1974 (cfr., arts. 2 CC, 9.3 CE,...). Lo que quiere decir el artículo 4.2 CC es que mientras esa norma temporal esté vigente, aun dentro de su tiempo, por su propia excepcionalidad

¹⁴⁹ Al menos, con DE CASTRO (p. 103), que ya se apoya en el artículo 14 de las disposiciones generales sobre las leyes del CC italiano vigente, cuando dispone: «*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi –dice– in esse considerati*».

¹⁵⁰ Como puede verse, recopilando tales opiniones, en LETE DEL RÍO (*Reflexiones sobre la analogía*, en AC, 2003, p. 117), y antes en ROCA I TRÍAS (en Edersa, al finalizar el comentario del art. 4.2 CC).

(justificada por su finalidad, según se decía en aquel Preámbulo y puede verse en los ejemplos citados), no puede aplicarse por analogía a otras materias o instituciones (vgr., a otras catástrofes, guerras...) diversas de las que expresamente contempla. Y, ¿qué decir de la interpretación extensiva: también queda ésta vetada para tales normas, o, en cambio, ha de permitirse? Al ser la norma temporal singular por su temporalidad la respuesta a tal pregunta ha de ser idéntica que para las demás normas excepcionales, de modo que, frente a la opinión de otros, como De Castro¹⁵¹, no creo que deba haber *a priori* objeción a sus resultados expansivos.

Y, una vez más, vaya, aunque sea por detrás, un caso que lo ejemplifique:

Por mi parte, basta con remitirme a aquel RD 11-M, sobre víctimas del terrorismo de aquel atentado terrorista en Atocha, que aun no siendo aplicable fuera de su ámbito normativo, no sólo temporal (sólo para quienes fueron heridos en el atentado de aquel día y que así lo solicitaran en el plazo de seis meses que marcaba la norma), sino también material (antes reseñado), ello no impedía la interpretación de sus normas aplicadas dentro de los márgenes de aquel ámbito de aplicación (como antes, también quedó explicado).

VI. UN FINAL ABIERTO

Queda así agotada, por mi parte, la cuestión relativa a la distinción, cualitativa y cuantitativa, que considero existe entre interpretación extensiva y analogía, con la intención verdadera, ignoro si alcanzada, de centrarla en sus parámetros, antes que con la de resolverla:

Ad intra, que la comparación entre interpretación extensiva y analogía ha de circunscribirse a la interpretación extensiva fundada, exclusiva o preferentemente, en la lógica a *simili* (dejando al margen la apoyada en otro método hermenéutico, incluso lógico), para ver en ella una dilatación lógica, esto es, la expansión de la norma, dentro de su propio y específico ámbito normativo, a otro caso perteneciente a la misma materia, o institución, que regula y que presenta identidad de razón con el caso que aquella norma contempla, frente a la analogía en la que se produce un salto lógico, como demuestra que opere la extensión de una norma, o de un conjunto de normas, fuera de su natural ámbito normativo, aplicándose

¹⁵¹ Quien, aunándolas, decía (p. 470), que «las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios, reglas ocasionales y transitorias serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva».

a una materia, o institución, diversa, pero semejante, de la que en ella expresamente se regula. De ahí la doble exigencia de una *similis ratio* (de una semejanza entre las materias, o instituciones: la regulada y la nueva), y de una *eadem ratio* (de una identidad de razón lógica entre la norma previsoras del caso adscrito a la materia, o institución tipificada, y el caso de la otra materia, carente de régimen normativo directo). Con dicha diferencia queda demostrada la emancipación de la analogía, advertida ya por Savigny, como interpretación extensiva máxima o superlativa, quedando así también justificado que los límites que la restringen (*ex art. 4.2 CC*), sean mayores que los de la interpretación puramente extensiva, al quedar ésta situada en el siguiente escalafón de ampliación de la norma, entre la analogía y la interpretación declarativa lata.

Por eso mismo, *ad extra*, la confrontación no ha de limitarse a comparar analogía e interpretación extensiva, sino ampliarse a la que ha de hacerse entre ésta y su nivel inferior expansivo, como es aquella interpretación declarativa lata, cuyos confines pueden resultar tan difíciles de trazar como aquellos otros, máxime con la importancia, también práctica, de que esta última interpretación de grado expansivo menor se entiende libre, fuera de cualquiera de las restricciones que, en cambio, someten a las de grado superior. Y, con más ambición, habrá que cotejarlas todas ellas con sus posibles contrarios: los diversos grados y estadios de restricción en la interpretación jurídica. Culminado todo ello con la equidad. Sólo así podrá observarse el sistema interpretativo por su resultado, y sólo así se comprenderá la independencia, o madurez, alcanzada por la analogía dentro de aquel sistema. Del mismo modo en que a veces la vista de los árboles impide ver el bosque, comparar sólo analogía e interpretación extensiva, impide ver el sistema aplicativo del Derecho en su conjunto. Quede con esa metáfora el camino abierto para que otros completen dicha visión.

BIBLIOGRAFÍA:

ATIENZA: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986.

BETTI: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. De los Mozos, Madrid, 1975.

BOBBIO:

— *L'analogia nella logica del Diritto*, Turín, 1938.

— *Voz Analogia*, en el *Novissimo Digesto Italiano*, contenida naturalmente en su Tomo I.

— *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, en *Giurisprudenza Italiana*, 1968, pp. 695-702.

- BOSCARELLI: *Analogia e interpretazione estensiva nel Diritto penale*, Palermo, 1955.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, reedición, Madrid, 2005.
- CAIANI: Voz «*analogía*», en Enciclopedia del Diritto, Tomo I.
- CARCATERRA: En la voz *Analogía*, de la Enciclopedia Giuridica.
- CLEMENTE DE DIEGO: *La analogía en el Código civil español*, en RDP, 1914.
- DE CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.^a ed., Barcelona, 1993.
- FALCÓN Y TELLA: *El argumento de la analogía en el Derecho*, Madrid, 1989.
- FRANCANZANI: *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milán, 2003.
- GIANFORMAGGIO: Voz «*Analogía*», en el Digesto delle Discipline Privatische, Sezione Civile.
- GIANNINI: *L'analogia giuridica*, en *JUS* (Rivista per le Scienze Giuridiche), 1940, pp. 516-549, y 1941, pp. 41-75.
- GUASTINI: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad., Méjico, 1999.
- LAGAZ LACAMBRA: *El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales*, en Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.º 69, 1983.
- LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad., Barcelona, 1994.
- LETE DEL RÍO: *Reflexiones sobre la analogía*, en AC, 2003.
- LÓPEZ Y LÓPEZ: «*Conversaciones con difuntos. Luigi Caiani: analogía*», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 29, año 2000.
- MONTÉS PENADÉS: En su *Comentario al art. 4.2 CC*, en «*Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar*», Madrid, 1977.
- ROCA I TRÍAS: En su *Comentario al art. 4 del CC*, en Edersa, dirigido por Albaladejo (tomado aquí de vlex).
- SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, Tomo I, trad., Madrid, 1878.
- SUÁREZ: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*; traducido por Eguillar, vol. IV (Libros VI y VII), Madrid, 1968.
- TORRALBA SORIANO: *Comentario al art. 4.1 CC*, en «*Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar*», Madrid, 1977.
- VILLAR PALASÍ: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, 1975.

