

## CAPÍTULO TERCERO ANALOGÍA

I. La estructura del argumento analógico . . . . .	57
Lagunas jurídicas y semejanza entre supuestos de hecho . . . . .	58
II. La aplicación analógica como técnica de integración del derecho . . . . .	61
III. Prohibición de la aplicación analógica . . . . .	64
Obligación de argumentar <i>a contrario</i> . . . . .	65
A. Leyes penales . . . . .	65
B. Leyes excepcionales . . . . .	67
IV. Analogía <i>versus</i> interpretación extensiva . . . . .	68
La orientación jurisprudencial . . . . .	70
V. Bibliografía . . . . .	73

## CAPÍTULO TERCERO ANALOGÍA\*

### I. LA ESTRUCTURA DEL ARGUMENTO ANALÓGICO

En el lenguaje común, “analogía” es (casi) sinónimo de “semejanza”. En el lenguaje jurídico, suele llamarse “aplicación analógica” a la aplicación de una norma a un supuesto de hecho *no* contemplado por ella, pero *semejante* al previsto por la misma. Se usa la analogía cuando, por ejemplo, se aplican a un contrato atípico (o innominado) normas relativas a un contrato típico, expresamente regulado, siempre que los dos tipos de contrato presenten una semejanza relevante.

Se llama “argumento analógico” o argumento *a simili* al procedimiento discursivo que se emplea para justificar (o motivar) la aplicación analógica. La estructura del argumento analógico es la siguiente.

a) Se parte, en primer lugar, de que un determinado supuesto de hecho (F<sub>1</sub>) no viene disciplinado por ninguna norma explícita; es decir, el derecho presenta, *prima facie*, lagunas.

b) Se parte, en segundo término, de que el supuesto de hecho no disciplinado (F<sub>1</sub>) guarda una semejanza relevante o esencial con otro supuesto de hecho (F<sub>2</sub>) regulado, éste sí, por una norma explícita que le atribuye una determinada consecuencia jurídica (“si F<sub>2</sub>, entonces G”).

c) Se concluye construyendo una norma o “máxima de decisión” que también atribuye la misma consecuencia jurídica al supuesto de hecho no previsto: “si F<sub>1</sub>, entonces G”. La norma for-

\* Traducción de Marina Gascón.

mada de este modo puede emplearse luego como fundamento de una decisión judicial.

Como se ve, el argumento analógico es un argumento “productor” de derecho que se usa para fundamentar no ya una decisión interpretativa (es decir, una decisión acerca del significado de una determinada disposición), sino más bien la creación jurisprudencial de una norma nueva (“si  $F_1$ , entonces  $G$ ”), una norma que *no* constituye el significado de ninguna disposición preexistente.

### *Lagunas jurídicas y semejanza entre supuestos de hecho*

Evidentemente, este modo de argumentar es poco persuasivo si no se justifican las premisas; o sea, la existencia de una laguna (y la imposibilidad de resolverla de otro modo) y la semejanza entre los dos supuestos de hecho.

a) En primer lugar, la existencia de una laguna en el ordenamiento es algo discutible; pues, como se sabe, siempre es posible poner en marcha técnicas interpretativas que permitan evitar la laguna.

En cualquier caso, incluso si se acepta que el ordenamiento presenta una laguna, no es obligada la decisión de colmarla. En efecto, cualquier controversia puede resolverse simplemente argumentando *a contrario* (como sugieren, por lo demás, algunas doctrinas clásicas); puesto que para el supuesto de hecho  $F_1$  no se ha establecido expresamente una consecuencia jurídica precisa, puede sostenerse que dicho supuesto de hecho carece de cualquier consecuencia jurídica. Por ejemplo, como el comportamiento en cuestión no está expresamente prohibido, debe concluirse que está permitido. O bien, como a tal sujeto no se le ha conferido expresamente cierto derecho, debe concluirse que dicho sujeto no es titular de ese derecho. Se trata del uso productor del argumento *a contrario*.

A decir verdad, también el argumento *a contrario*, al igual que el argumento analógico, es una técnica de integración del derecho

que, como tal, presupone la existencia de lagunas. Por lo general, sin embargo, el argumento *a contrario* se considera (sin razón) un argumento puramente interpretativo, no creador de normas nuevas. Esto requiere alguna explicación.

Esa opinión encuentra fundamento en una concepción imperativista (y liberal) del derecho. La idea subyacente es que, “en el estado de naturaleza”, los hombres son libres, o sea, carentes de obligaciones, y que el derecho es un conjunto de normas imperativas (mandatos) que imponen obligaciones a sus destinatarios, limitando así su libertad “natural” (prejurídica). No obstante, más allá del ordenamiento jurídico —allí donde el sistema jurídico no alcanza— queda siempre una zona de libertad “residual”, pues permanecen libres todos los comportamientos que no vienen disciplinados por ninguna norma jurídica.

Si el derecho está constituido sólo por normas imperativas, es evidente que el argumento *a contrario* únicamente podrá usarse en relación con las normas imperativas, puesto que no existen normas de otro tipo. Argumentar *a contrario* en presencia de una norma imperativa conduce a formular una norma nueva, pero así formulada ésta es puramente permisiva; por ejemplo, “como el comportamiento en cuestión no está expresamente prohibido, debe concluirse que está permitido”. Ahora bien, si se concibe el derecho como un conjunto de obligaciones, la formulación de una norma permisiva no constituye “verdadera” creación de derecho, sino sólo reconocimiento de una zona de libertad prejurídica. De este modo, pues, el argumento *a contrario* aparece, dentro de esta concepción, como inocuo argumento interpretativo.

Lo cierto es, sin embargo, que las fuentes del derecho están compuestas no sólo de normas imperativas, sino también de normas permisivas, de manera que el argumento *a contrario* puede usarse también en relación con las normas permisivas. Ahora bien, argumentar *a contrario* en presencia de una norma permisiva conduce a formular nuevas obligaciones o prohibiciones, nuevas normas imperativas: por ejemplo, “como el comportamiento en cuestión no está expresamente permitido, debe concluirse que

está prohibido”. Pues bien, es evidente que la formulación de una nueva norma imperativa constituye creación de derecho, incluso para quien haya abrazado una concepción imperativista del derecho.

En suma, colmar una laguna argumentando *a contrario* no es en absoluto una operación neutra, puramente interpretativa. No obstante, en nuestra cultura jurídica, llenar una laguna argumentando *a contrario* no se siente como un hecho “dramático”, como una intervención creadora del intérprete. Por esta razón, el argumento analógico debe ser reforzado con otras premisas que permitan excluir la posibilidad de utilizar el argumento *a contrario*.

En la jurisprudencia se ha sostenido que el fundamento de la analogía es el principio según el cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera. Pero eso no resuelve el problema, puesto que el procedimiento analógico consiste en aplicar una misma norma a dos supuestos de hecho que se consideran, precisamente, “semejantes”, y, por tanto, distintos, no “iguales”. Si los dos supuestos de hecho fuesen iguales, se resolverían con una misma norma sin necesidad de aplicación analógica.

En opinión de algunos, para recurrir a la analogía se presupone que una controversia no pueda resolverse de otro modo, ni estimando la demanda ni rechazándola, debido a la falta de disposiciones aplicables al caso concreto que se somete al juez. En otras palabras, la producción de una norma mediante analogía no sería necesaria cuando pudiera practicarse el argumento *a contrario*. Pero, de nuevo, esto no resuelve el problema, porque, mirándolo bien, siempre puede utilizarse el argumento *a contrario* como alternativa al analógico: sostener que una determinada controversia no puede resolverse argumentando *a contrario* no es diferente de estimar insatisfactoria (injusta) la solución que ofrecería dicho argumento.

b) En segundo lugar, afirmar que dos supuestos de hecho son “semejantes” no es distinto de sostener que ambos merecen la misma disciplina jurídica.

La semejanza entre dos supuestos de hecho es por tanto una cuestión opinable. Puede mantenerse que los supuestos de hecho en cuestión no son en absoluto semejantes o que la semejanza entre ellos es irrelevante o no esencial y que, por consiguiente, la aplicación analógica no está justificada. Además, puede sostenerse que el supuesto de hecho no regulado  $F_1$  es análogo no ya al supuesto de hecho  $F_2$ , sino a otro supuesto de hecho  $F_3$ , con resultados decisorios diferentes. En suma, la semejanza entre los dos supuestos de hecho no es algo que pueda afirmarse apodicticamente: el argumento analógico debe completarse aduciendo otras razones independientes en favor de la semejanza entre los dos supuestos de hecho.

En particular, es preciso argumentar que el elemento común a los dos supuestos de hecho (lo que los hace semejantes) constituye, además, la “razón suficiente” por la que al supuesto de hecho disciplinado se le ha atribuido precisamente esa, y no otra, consecuencia jurídica. En otras palabras, la aplicación analógica de una determinada norma presupone la previa identificación de la llamada *ratio legis* o *mens legis*; o sea, la identificación de la “razón”, el motivo, el fin para el que se dispuso la norma.

Esto equivale a remontarse, a partir de una norma, al “principio” que la justifica; de manera que podría decirse que lo que se hace en cualquier forma de aplicación analógica no es tanto extender una disposición particular, cuanto aplicar el principio de cuya existencia sería “testimonio” la disposición particular. Desde este punto de vista, la diferencia entre aplicación analógica (analogía *legis*) y recurso a los principios del derecho (la llamada analogía *iuris*) se revela como una diferencia sólo de grado.

## II. LA APLICACIÓN ANALÓGICA COMO TÉCNICA DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO

Como se ha indicado, la aplicación analógica es una técnica de integración del derecho en presencia de lagunas. Se dice que el derecho presenta una laguna o es incompleto cuando el interés

## 62 ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

prete considera que un determinado supuesto de hecho no está regulado por ninguna norma expresa.

El artículo 12, disposición preliminar, del Código Civil dispone que “si una controversia no puede solucionarse con ninguna disposición precisa, se atenderá a las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; si aún hubiera dudas sobre el caso, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”. Precisamente, las controversias que no pueden ser solucionadas con una “disposición precisa”, o sea, con una norma expresa, configuran otras tantas lagunas jurídicas.

El precepto mencionado obliga a los jueces al empleo, en presencia de lagunas, de dos distintos métodos de integración. Suele llamarse “analogía *legis*” (o “analogía” sin ulteriores especificaciones) a la aplicación de una norma particular a un supuesto de hecho semejante al previsto por ella (aun cuando distinto al mismo). Suele denominarse “analogía *iuris*” al recurso a un principio general del derecho.

Obsérvese que el artículo 12, disposición preliminar, del Código Civil prescribe la utilización de estas dos técnicas de integración de forma sucesiva y no alternativa. Más exactamente, dispone que se recurra a los principios sólo cuando “aún existan dudas sobre el caso”; es decir, cuando no se encuentre una norma que regule supuestos de hecho análogos al que está examinándose o cuando se encuentren varias normas susceptibles de aplicación analógica, de modo que a una misma controversia puedan dársele soluciones diferentes. Así pues, el recurso a los principios del derecho es un criterio de integración subsidiario respecto a la aplicación analógica.

Por lo demás, es algo aceptado pacíficamente que entre la analogía *legis* y la analogía *iuris* no hay una distinción precisa: no podría ser de otro modo; pues, como ya se ha dicho, la aplicación analógica de una norma supone la previa individualización del principio en que se funda.

Pese a las prescripciones del artículo 12, disposición preliminar, del Código Civil, y aunque la analogía ocupe un puesto im-

portante en todos los tratados doctrinales y teóricos generales sobre la interpretación o sobre el llamado “método jurídico”, no parece que en la jurisprudencia se use mucho el argumento analógico. Cuando menos, da la impresión de que la analogía se enmascara normalmente bajo ropajes más modestos. En efecto, el argumento analógico sirve para justificar la creación jurisprudencial de una norma “nueva” (no preexistente en las fuentes del derecho); pero, por lo general, los casos no previstos pueden resolverse de forma menos dramática, sin creación explícita de derecho jurisprudencial.

Por ejemplo, puede *evitarse* (más que colmarse) una laguna: a) ampliando el material legislativo tomando en consideración hasta encontrar una disposición que, oportunamente interpretada, sea idónea para ofrecer la norma reguladora del supuesto de hecho; b) modificando la anterior interpretación del material legislativo tomando en consideración, por ejemplo, mediante la interpretación extensiva, sistemática o evolutiva, y recabar así de las mismas disposiciones la norma que regula el supuesto de hecho; c) argumentando *a contrario* en la forma que se indicó, o, en fin, d) elaborando normas o “principios” que se consideran implícitos en las fuentes del derecho (a pesar de lo prescrito por el artículo 12, disposición preliminar, del Código Civil, los jueces prefieren recurrir a los principios antes que a la analogía). Todas estas operaciones pueden justificarse apelando al dogma de la integridad del derecho.

Estas formas de resolver los casos no previstos se consideran preferibles en aquellos sistemas en que, como ocurre en el nuestro, existe una separación de poderes y los jueces no tienen competencia para crear derecho. Cuando menos, la creación jurisprudencial de derecho es púdicamente ocultada tras ropajes menos vistosos y presentada como mera explicitación de normas implícitas; o sea, como elaboración de normas que se consideran ya existentes, si bien en estado latente, en el sistema legislativo (aunque el legislador no las haya formulado).



### III. PROHIBICIÓN DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA

El artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil dispone que “las leyes penales y las que suponen una excepción a reglas generales o a otras leyes no se aplicarán fuera de los casos y de los momentos previstos en ellas”. Según el modo habitual de interpretarla, esta disposición pretende limitar la discrecionalidad de los órganos de aplicación, impidiéndoles la posibilidad de integrar el derecho mediante la analogía en determinadas circunstancias. En particular, se prohíbe la aplicación analógica con relación a las leyes penales y a las excepcionales.

La aplicación analógica de las leyes penales viene asimismo prohibida por el artículo 1o. del Código Penal, que dispone que “nadie puede ser condenado por un hecho que no venga *expresamente* tipificado como delito en la ley, ni con penas que no vengan establecidas por ella”. Es el llamado principio de “estricta interpretación” en materia penal.

Así pues, se prohíbe al juez considerar algunas normas —las penales y las excepcionales— como premisas para la construcción de normas nuevas aduciendo la semejanza entre el supuesto de hecho regulado por ellas y el no previsto. En suma, las normas en cuestión no pueden aplicarse a supuestos de hecho distintos de los expresamente mencionados en ellas, aunque sean semejantes a éstos.

Por lo que respecta a las normas excepcionales, se considera, además, que éstas ni siquiera pueden ser utilizadas como argumentos para la construcción de principios generales (esto, como veremos, no es más que la definición misma de “norma excepcional”: es excepcional la norma que no expresa o respeta un principio general, sino que, por el contrario, constituye la derogación de principios generales).

Lo anterior equivale a afirmar que en el ámbito del derecho penal y del derecho excepcional rige el principio de la “norma general exclusiva (o negativa)”. Así suele llamarse a la norma según la cual “todo lo que no está (expresamente) prohibido, está

permitido”. Puede decirse que, en el derecho penal, tal principio tiene rango constitucional, en virtud del artículo 25 constitucional (“nadie puede ser condenado si no es en virtud de una ley ...”).

### *Obligación de argumentar a contrario*

Es importante subrayar —porque no es algo obvio— que la prohibición de la analogía se resuelve con la obligación de argumentar *a contrario*. Más exactamente, en la obligación de usar el argumento *a contrario* de forma no meramente interpretativa sino productora.

En efecto, hemos visto que el argumento *a contrario* puede utilizarse tanto para acreditar una interpretación meramente declarativa o literal cuanto para justificar la formulación de una norma nueva de contenido negativo: puesto que no existe ninguna norma que conecte al supuesto de hecho F la consecuencia G, debe mantenerse que existe una norma implícita según la cual al supuesto de hecho F corresponde la consecuencia no-G. Éste es precisamente el uso productor del argumento *a contrario*.

Eso significa, por ejemplo, que, si no hay ninguna norma que atribuya una sanción penal a un determinado comportamiento, debe mantenerse que ese comportamiento es penalmente lícito. En otras palabras: en ausencia de una norma penal de la forma “si C, entonces S” —donde C es una conducta, y S, una sanción penal— debe concluirse que existe una norma implícita de contenido negativo de la forma “si C, entonces no-S”.

#### *A. Leyes penales*

Según la opinión común doctrinal y jurisprudencial, en el texto del artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil, la expresión “ley penal” hace referencia a las disposiciones que tipifican los concretos delitos y establecen las penas correspondientes o que, en cualquier caso, restringen la esfera de la libertad individual.

La prohibición de aplicación analógica no afecta, en cambio, a las disposiciones que expresan normas “de favor” para el imputado; por ejemplo, las que prevén causas de justificación o de exclusión de la responsabilidad. Así, por ejemplo, no está excluida la aplicación analógica del artículo 54 del Código Penal, sobre la no punibilidad de quien hubiera actuado en estado de necesidad (se excluye, sin embargo, la aplicación analógica de las normas que introducen causas de extinción del delito, pero no por su condición de normas penales, sino por su condición de normas excepcionales —sentencia de la Corte Constitucional 487/1989—).

Si se acepta que el argumento analógico es un argumento “productor” de derecho, o sea, un argumento que sirve para justificar (no una interpretación preferentemente a otras, sino) la creación jurisprudencial de normas nuevas, la *ratio* de la prohibición de la analogía en derecho penal es obvia en una cultura jurídica de tipo liberal: permitiendo la analogía en derecho penal se violaría el principio de seguridad del derecho, característico del sector de la disciplina jurídica que más directamente incide en la libertad personal.

Ahora bien, con independencia de lo preceptuado en el artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil y en el artículo 1o. del Código Penal, la creación jurisprudencial de derecho en el ámbito penal constituiría una infracción del artículo 25 constitucional, según el cual “nadie puede ser condenado si no es en virtud de una ley que haya entrado en vigor con anterioridad al hecho cometido”. En esta disposición pueden leerse distintos principios; entre ellos, los siguientes: primero, el principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas (al que se conecta la reserva absoluta de ley en materia penal), y segundo, el principio de irretroactividad de la ley penal. La creación jurisprudencial de normas penales violaría ambos principios.

Por un lado, el principio de estricta legalidad supone que toda resolución judicial en materia penal ha de basarse en una precisa disposición legislativa. Y, además —podría añadirse—, la reserva absoluta de ley en materia penal, al excluir que una norma

penal pueda ser creada por fuentes subordinadas a la ley, excluye asimismo que, ante el silencio del legislador, una norma penal pueda ser creada por el juez.

Por otro lado, una norma creada *ad hoc* por el juez, es decir, para resolver el caso sometido a él (por tanto, un caso ya existente), se aplicaría necesariamente de forma retroactiva. Quiere decirse, en suma, que también en el artículo 25 constitucional puede encontrarse implícitamente una prohibición de analogía en derecho penal, de manera que debería considerarse constitucionalmente ilegítima una eventual ley que permitiese la aplicación analógica de leyes penales.

### B. *Leyes excepcionales*

La noción de ley o norma excepcional —así como la noción, conectada con ella, de ley o norma especial— es controvertida y, en las construcciones doctrinales usuales, resulta oscura e indeterminada.

Ateniéndose a la letra del artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil, que recomienda determinar dicha noción haciendo referencia a la relación entre regla y excepción, casi todas las normas podrían considerarse “excepcionales” respecto a otra más general, y como tales podrían no considerarse susceptibles de aplicación analógica. Así, por ejemplo, se ha sostenido que el artículo 2,047 del Código Civil constituye una excepción al artículo 2,046, que a su vez es una excepción al artículo 2,043, ambos del mismo código. Si se entiende de este modo la noción de excepcionalidad, la disposición en examen equivaldría (casi) a una prohibición absoluta de analogía.

En realidad, las cosas funcionan de otro modo: la disposición que estamos examinando no encierra una prohibición general de la analogía, sino que ofrece a los intérpretes un instrumento argumentativo preconfeccionado que les da la posibilidad de *no* efectuar una aplicación analógica incluso allí donde sería posible hacerlo. Cuando un juez no desee hacer uso de la analogía en

circunstancias que, sin embargo, lo permitirían, puede justificarse aduciendo que la norma de la que se pide su aplicación analógica es una norma excepcional, y, como tal, no extensible.

Hay quien sostiene que deben considerarse reglas generales las disposiciones que expresan normas “estructurales”, normas que determinan las características del sistema jurídico; es decir, normas tales que pueda convenirse que, allí donde no existiesen, quedaría alterada la identidad del sistema jurídico. Simétricamente, serían excepcionales, y por ello sustraídas a la aplicación analógica, las disposiciones que sólo expresan normas “coyunturales” o contingentes. Ahora bien, cualquiera puede comprender que la ubicación de una disposición en una o en otra clase exige, en todo caso, un elevado grado de discrecionalidad por parte de los órganos de aplicación.

Más persuasiva parece la tesis según la cual debe considerarse excepcional toda norma que no pueda reconducirse a los principios generales o fundamentales del ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, constituya una excepción a los mismos; o sea, que entre en contradicción con ellos (sentencia de la Corte Constitucional 487/1989). Esta tesis fundamenta el punto de vista, por otra parte bastante extendido, según el cual las normas excepcionales no encierran, a su vez, principios; de suerte que no sólo se impide su aplicación analógica, sino que ni siquiera se permite usarlas para construir principios generales.

Por lo demás, es necesario advertir que —si se hace abstracción de esas (raras) normas que el propio legislador califica como “principios”— la identificación de los principios generales o fundamentales es un asunto bastante problemático: la decisión de atribuir a una norma el valor de “principio” no es fruto de una constatación, sino de una valoración.

#### IV. ANALOGÍA *VERSUS* INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha planteado la cuestión de si la prohibición de aplicación analógica de las

## ANALOGÍA

69

normas penales y excepcionales supone también la prohibición de la interpretación extensiva. La pregunta tiene sentido, y ello por varias razones.

En primer lugar, en rigor, el artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil no habla en absoluto de analogía; ni siquiera en la rúbrica lo hace (de “casos semejantes” y de “materias análogas” hablan el artículo 12 y el artículo 13, disposición preliminar, del Código Civil; de “aplicación analógica” habla la rúbrica del artículo 13 del mismo código). En realidad, el artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil, entendido literalmente, parece excluir la interpretación extensiva.

En segundo lugar, son muchos los que sostienen, no sin razón, que la interpretación extensiva no es algo que pueda distinguirse estrictamente de la aplicación analógica. Según esta opinión, la distinción entre las dos cosas tiene más bien la finalidad de eludir la prohibición de aplicación analógica: puede sortearse la prohibición simplemente efectuando una aplicación analógica, pero teniendo cuidado de identificar a la analogía con otro nombre.

En tercer lugar, el artículo 1o. del Código Penal parece ofrecer también otro argumento contra la interpretación extensiva de las disposiciones penales, al establecer que nadie puede ser condenado por un hecho que no venga *expresamente* tipificado como delito por la ley (la fórmula se toma del artículo 199 del Código Penal, que establece que “nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no vengan expresamente establecidas por la ley y fuera de los casos previstos por la misma”).

Conceptualmente no es imposible trazar una distinción entre aplicación analógica e interpretación extensiva, adscribiendo la primera a los métodos de integración del derecho, y la segunda, a los auténticos métodos interpretativos. Una cosa es decidir cuál es el significado de una disposición; otra, construir una “disposición” (apócrifa) inexistente. Se interpreta extensivamente el derecho cuando se extiende el significado de un término jurídico o de una locución jurídica más allá de su significado literal más inmediato. Se aplica analógicamente el derecho cuando se utiliza

una norma jurídica para resolver un caso que se reconoce como excluido de su campo de aplicación, y esto, como se ha visto, no es distinto de elaborar una norma nueva.

Por ejemplo, aplicar a los “ciclostilados” una norma dictada para los “libros” puede ser fruto de mera interpretación extensiva; pero, para aplicar a los “videocassettes” una norma que se refiera a los “libros”, es necesario recurrir al procedimiento analógico. Ahora bien, es evidente que en la realidad la diferencia es sólo de grado. Por lo demás, si es cierto que el uso de la analogía viene normalmente enmascarado con argumentaciones de diverso tipo (especialmente con el argumento de los principios), distinguir entre aplicación analógica e interpretación extensiva es, en todo caso, fútil.

### *La orientación jurisprudencial*

No obstante, la jurisprudencia parece considerar que existe una diferencia cualitativa entre la interpretación extensiva y la analogía, entendiéndola habitualmente que el artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil prohíbe sólo la aplicación analógica y no así la interpretación extensiva. Más aún, la jurisprudencia sostiene de forma constante que las disposiciones excepcionales y singulares, aunque no son susceptibles de aplicación analógica, pueden, sin embargo, ser interpretadas extensivamente. La casación penal, a su vez, a pesar de lo dispuesto por el artículo 1o. del Código Penal, establece sin ninguna duda que también las disposiciones penales son susceptibles de interpretación extensiva, argumentando que tal interpretación apunta simplemente a hacer coincidir el alcance de la norma con la voluntad real del legislador.

Tomemos, por ejemplo, las siguientes máximas jurisprudenciales.

La interpretación de la ley es calificada de “extensiva” cuando el contenido real de las disposiciones particulares, correctamente esta-

## ANALOGÍA

71

blecido a través de los medios proporcionados por la lógica y la técnica jurídica, es más amplio que el que se desprende de las expresiones literales que componen la disposición misma. Dicha interpretación no encuentra limitaciones en el artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil, porque no amplía el contenido real de la norma sino que impide que supuestos de hecho comprendidos en ella escapen a su disciplina por un injustificado respeto a la falta de expresiones literales. La interpretación extensiva es admitida como tal en relación con todas las disposiciones legislativas, incluidas las penales y las que suponen una excepción a reglas generales, puesto que también identifica los momentos y los casos en que éstas han de ser aplicadas (casación penal, 29 de abril de 1974).

La interpretación extensiva, por cuanto no se dirige a reconducir, mediante un procedimiento lógico, a la disciplina de un contrato o de una norma legislativa casos no comprendidos en ella sino a identificar el contenido de la norma contractual o legal más allá del significado literal de las palabras usadas, está siempre permitida, no encontrando como límites los que el artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil establece sólo para la interpretación analógica (casación 1453/1970).

La interpretación extensiva, a no confundir con la interpretación analógica, prohibida en línea de principio en materia penal, se produce cuando se extiende el ámbito de aplicación de una norma penal a un caso que, aun no viniendo expresamente previsto en ella, debe considerarse comprendido en la misma atendiendo a la intención del legislador (casación penal, 8 de enero de 1980).

La interpretación extensiva no encuentra limitaciones en el artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil porque no amplía el contenido real de la norma, sino que impide que supuestos de hecho comprendidos en ella escapen a su disciplina por un injustificado respeto a la falta de expresiones literales; es, en efecto, obligación del intérprete aplicar la norma más allá de lo que la dicción literal comportaría, haciendo coincidir exactamente el alcance de la norma con el pensamiento y la voluntad del legislador (casación penal, 8 de enero de 1980).



Y todavía, con referencia a las normas excepcionales: “también está permitida la interpretación extensiva con relación a normas de carácter excepcional cuando el legislador *minus scripsit quam voluit*” (TAR Marche 54/1979).

Con relación a las normas de carácter excepcional está prohibida la interpretación analógica, aunque no la extensiva, que se limita a reconducir al ámbito de la norma interpretada los casos que sólo aparentemente parecen excluidos de ella, pero que, en realidad, atendiendo a la *ratio* objetiva de la norma, el legislador consideró incluidos en la misma; no escapan a dichos principios las normas de derecho singular, siendo también ellas susceptibles de interpretación extensiva en el ámbito de la materia especial a la que se refieren (casación 2004/1976).

“Las normas excepcionales no pueden aplicarse fuera de los casos previstos por la ley, pero son susceptibles de interpretación extensiva basándose en el verdadero significado de las palabras y en la intención del legislador evaluada en el caso concreto” (casación 755/1976).

Las normas que tienen carácter excepcional, como las que conceden exenciones fiscales, no son susceptibles de interpretación analógica, pero sí es admisible su interpretación extensiva cuando el significado de las palabras, evaluado teniendo en cuenta la intención del legislador, resulte más amplio que la expresión literal; en tal caso, en efecto, se reconducen al ámbito de la norma todos los casos realmente queridos por el legislador, no obstante la insuficiencia literal de la expresión (*minus dixit quam voluit*) (casación 179/1971; casación 339/1971; casación 1614/1971; casación 2376/1971).

La interpretación extensiva, a diferencia de la analógica, está permitida para las normas excepcionales, ya que con ella no se amplía el ámbito de operatividad del sistema jurídico sino que sólo se corrige una falta de adecuación de la expresión literal usada por el legislador con su voluntad efectiva, haciendo así explícito lo que ya está implícitamente contenido en la ley (Consejo de Estado, sección V, 1030/1969).

Y, en fin, con referencia al derecho singular:

para las disposiciones de derecho singular sólo está prohibida la interpretación analógica, mientras que está permitida la extensiva; pero ni siquiera esta última tiene cabida si la *ratio legis* no persuade de que el legislador tuvo en mente extender el precepto a casos aparentemente no contemplados en él (casación 1800/1981. En el supuesto, el principio fue afirmado para excluir la aplicabilidad, en vía analógica o de interpretación extensiva, de la legislación sobre empleo público a la relación privada de trabajo).

## V. BIBLIOGRAFÍA

Sobre el tema de la analogía aún sigue siendo fundamental la contribución de

BOBBIO, N., *L'analogia nella logica del diritto*, Turín, 1938.

Del mismo autor, véanse también:

BOBBIO, N., "L'analogia e il diritto penale", *Rivista Penale*, 1938, pp. 526 y ss.

———, "Intorno al fondamento del procedimento per analogia", *Giurisprudenza Italiana*, 1950, I, pp. 229 y ss.

———, "Analogia", *Novissimo digesto italiano*, Turín, 1957, I, pp. 601 y ss.

———, "Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia", *Giurisprudenza Italiana*, 1968, I, pp. 695 y ss.

En la literatura posterior:

GIANNINI, M. S., "L'analogia giuridica", *Jus*, 1941, pp. 516 y ss., y 1942, pp. 35 y ss.

BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, 1949, capítulo V.

74 ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

- CONTE, A. G., *Ricerche in tema d'interpretazione analogica*, Pavia, 1957.
- CAIANI, L., "Analogia", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1958, II, pp. 348 y ss.
- QUADRI, R., *Dell'applicazione della legge in generale, Commentario del Codice civile*, SCIALOJA, A. y BRANCA, G. (coords.), *Disposizioni sulla legge in generale*, artículos 10-15, Bolonia, 1974, pp. 269 y ss.
- VILLA, V., "Evoluzione e nuovi orientamenti del procedimento per analogia", en VIOLA, F.; VILLA, V. y URSO, M., *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, pp. 139 y ss.
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980, pp. 355 y ss.
- GIULIANI, A., "Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15", en RESCIGNO, P. (ed.), *Trattato di diritto privato. I. Premesse e disposizioni preliminari*, Turín, 1982.
- GIANFORMAGGIO, L., "L'analogia giuridica", *Studi senesi*, 1985, pp. 430 y ss.
- ATIENZA, M., *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986.
- GIANFORMAGGIO, L., "Analogia", *Digesto delle discipline civilistiche*, Turín, 1987, I, pp. 320 y ss.
- ATIENZA, M., "Analogie en droit", *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, núm. 21, 1988, pp. 35 y ss.
- CARCATERRA, G., "Analogia", *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, II.
- GUASTINI, Riccardo, *Produzione ed applicazione del diritto. Lezioni sulle "Preleggi"*, 2a. ed., Turín, 1989, pp. 89 y ss. y pp. 97 y ss.
- ROMEO, F., *Analogia. Per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Padua, 1990.
- FALCON Y TELLA, M. J., *El argumento analógico en el derecho*, Madrid, 1991.

## ANALOGÍA

75

Por lo que concierne, en particular, a la analogía en el derecho penal:

VASALLI, G., *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milán, 1942.

BOSCARELLI, M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955.

VASALLI, G., “Analogia nel diritto penale”, *Novissimo digesto italiano*, Turín, 1957, I, pp. 607 y ss.

BELLAVISTA, G., *L'interpretazione della legge penale*, reimpr., Milán, 1975.