

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA

EL CONCEPTO DE LA ANALOGÍA
EN LA DOCTRINA JURÍDICA MODERNA

Estratto dal volume

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA

DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

48 (2019)

Isbn 9788828812159

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA

EL CONCEPTO DE LA ANALOGÍA EN LA DOCTRINA JURÍDICA MODERNA

1. Analogía o *similitudo*. — 2. La *similitudo* como *identitas*. — 3. La *similitudo* como *imitatio*. — 4. La *expressa similitudo*. — 4.1. Sustancia jurídica de la *similitudo*. — 4.2. Expresión legal de la *similitudo*. — 5. La analogía en los *iura propria* españoles.

1. *Analogía o similitudo*.

La estructura de los sistemas jurídicos modernos continuadores de los órdenes jurídicos bajomedievales suele ofrecer como solución normativa para colmar las lagunas de las fuentes jurídicas preferentes (estatutarias o legales) la supletoriedad de ciertos criterios que remiten al contenido del arbitrio judicial, en cuanto patrones de moderación o regulación de la equidad (así constituida, frente a la equidad ruda) ⁽¹⁾. Justicia y equidad regulada se corresponden de este modo con la aplicación estricta de la ley y con su flexibilización tópica ejercida por el juez por ministerio de la ley; los criterios que dotan de sustancia a la equidad colmadora de lagunas, sin embargo, adentran en la bifurcación de dos ordenamientos de diferente naturaleza: el *ius proprium*, por una parte, y el *ius commune*, por otra. En ambos casos, al intérprete jurídico se le presenta una doble incógnita: la determinación de qué técnica puede localizar una solución normativa colmadora de laguna legal o estatutaria en el *ius proprium*, en donde precisamente la laguna ha sido detectada, y la determinación de en qué medida el *ius commune*, cuando se hace valer su supletoriedad, puede integrarse en el *ius proprium* si pre-

⁽¹⁾ Acerca de la función interpretativa de la equidad y su relación con la justicia y la *ratio*, M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 90-101, 281-291, 370-375.

senta unas características no coincidentes o separadas de la tradición jurídica. Pues bien, la doctrina jurídica encuentra un instrumento técnico muy útil para despejar esta incógnita doble en la *similitudo* o analogía, un concepto utilizado tanto legislativamente en el contenido interno de las normas jurídicas (al servicio de una conexión sistémica material) cuanto judicialmente en la orientación del contacto, en caso de lagunas normativas, con la totalidad de la estructura jurídica legal o estatutaria defectuosa (*ius proprium*) y con sus complementos externos legales (*ius canonicum*) o doctrinales (*ius commune*). En efecto, la analogía permite interpretar cómo el arbitrio judicial, ante la laguna, procede a una relectura del *ius proprium* o cómo lleva a cabo la lectura armónica del *ius commune*. Y la utilidad del estudio de su concepto reside en que no solo funciona la *similitudo* cuando resulta ser el término manifiesto para plasmar esta actividad de adaptación del precepto al caso, sino incluso, de manera oculta, cuando es otra la noción explícita predilecta para expresar el rumbo de la supletoriedad.

La analogía o *similitudo* fue concebida en la doctrina jurídica del *usus modernus Pandectarum* como un concepto heterónimo (2), cuyas equivalencias acusaban un tono conceptual descriptivo de una forma intelectual significada por la aproximación de las cosas o casos objeto de asimilación. La operación intelectual de este instrumento argumentativo se expresó con diversos términos: *assimilatio*, *parificatio*, *aequiparatio* (3), *adaequatio* (4), *adaptatio* (5) o proporción (6).

(2) Con una sintética captación cabal de la homonimia analógica, e implícita de ciertos aspectos de su problemática conceptual moderna (v. gr., la relación con la interpretación extensiva), para la precisión de una función jurídica, M. ATIENZA RODRÍGUEZ, *Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho*, en «Doxa», II (1985), pp. 223-227. M. SALGUERO SALGUERO, *Proporcionalidad y elaboración suareciana de la atribución intrínseca como fundamento filosófico de la analogía iuris y de la analogía legis*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», LI (2017), pp. 102-124, ofrece un análisis lógico de la analogía, con un examen de su secuencia histórica escolástica y posterior.

(3) N. EVERHARDO, *Loci Argumentorum Legales*, Francofurti, Ex Officina Typographica Nicolai Bassaei, 1581, p. 108; P. FARINACII, *Praxis, et Theoricae Criminalis. Partis Tertiae, Tomus Secundus*, Lvgdvni, Sumptibus Iacobi Cardon, 1629, p. 168; T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum. Tomus primus*, Lugduni, Sumptibus Laurentii Anisson, 1739, p. 296.

(4) M. PELAEZ A MERES, *Tractatus de majoratibus et meliorationibus Hispaniae, in duos Tomus Divisus*, Lugduni, Sumptibus Antonii Servant, 1735, I, p. 236.

No obstante esta riqueza expresiva, la *imago* de la *similitudo* se redujo en la doctrina jurídica, fundamentalmente, a tres formas, que permitirían perfilar, negativa y positivamente, su naturaleza jurídica: la *identitas*, la *imitatio* y la *expressa similitudo* (7).

La analogía, similitud o semejanza, en el *utrumque ius* del que partió tanto el *ius commune* como el *usus modernus* doctoral, tuvo una manifestación concebida frecuentemente *ad intra*. Las normas civiles recogidas en las obras que componían el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici* incluían un empleo muy profuso de cláusulas de similitud: *similiter*, *ad similitudinem*, *simili modo*, *in similibus*, *consimilibus casis*... A su vez, en los *iura propria* tendrá lugar la introducción de la analogía con una manifestación *ad extra*, en calidad de fuente jurídica supletoria que podía dotar de contenido a las habituales menciones del arbitrio judicial, como criterios de equidad regulada, de sentido o razón natural, proporcionando de esta suerte un mecanismo de reinterpretación de las fuentes primordiales de cada sistema jurídico en los supuestos de duda o laguna normativa.

Tanto si la analogía figura *ad intra* cuanto si figura *ad extra*, su concepto, funcionalidad y problemática se desarrolló de una forma unívoca. La propia reflexión interpretativa de los juristas menudeó en el empleo de su formulación *ad intra* en las glosas y comentarios de leyes, como si se tratara de una película anexa, de un concepto funcional que cuajara en la reescritura interpretativa de la norma de la misma manera que podría hacerlo en un precepto o declaración normativa a propósito de una cierta institución. La supletoriedad de la analogía *ad extra* remitía precisamente a dicha renovada interpre-

(5) D. TVSCH, *Practicarvm Conclusiovm Ivris, in omni foro frequentiorvm*, Lvgdvni, Sumptib. Phil. Borde, Lavr. Arnavd, & Clavd. Rigavd, 1661, VII, p. 164: « Similitvdo est recta adaptatio, & processio de vno particulari ad aliud pro aliquo, quod sit commune vtrique », en la que se procede a una *comparatio*, *vel comprobatio* entre extremos.

(6) PROST DE ROYER, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle Édition du Dictionnaire de Brillou. Tome Quatrième*, Lyon, De l'Imprimerie d'Aimé de la Roche, Imprimeur du Gouvernement & de la Ville, 1784, IV, p. 753: « Analogie. [...] C'est le rapport, la proportion entre des choses & des objets différens ».

(7) G. BENEDICTI, *Repetitio. In Cap. Raynutius de Testamentis*, Lvgdvni, Apud Bartholomaeum Vincentium, 1575, II, 114r.

tación, al cubrir con la capa de la similitud todo el surtido de fuentes preeminentes, lo que entrañaba envolver, como proyección del conjunto, el ingente contenido de normas o elementos. Por esta razón la analogía se incardinó en los parámetros generales del sistema jurídico y fungió de criterio establecido en una determinada norma con un coincidente sentido jurídico funcional (8).

2. *La similitudo como identitas.*

La doctrina jurídica planteó la *identitas* como una disforma de la *similitudo*, derivada de la oscilación de esta última figura jurídica hacia su frontera conceptual, para sobrepasarla y hundirse en noción dispar, a la que se da alcance cuando la asimilación afecta a la naturaleza y a la esencia de las cosas (como sucede en el dogma trinitario) (9). Esta igualdad de sustancia propia de la identidad se sobrepone entonces a cualquier disimilitud exterior (10), e implica una *conformitas* de forma y efecto (11).

Al estudiar la literatura del *mos italicus*, Ennio Cortese describió la similitud como el « elemento catalizador » en un proceso de unificación que deriva técnicamente en la reducción de las especies empíricas a una sola identidad normativa, a través de la razón igual o idéntica de los casos diversos pertenecientes a una determinada categoría, o sea, un factor capaz de precipitar la *similitudo* del acto en una *identitas de iure* (12).

(8) Esta distinción (de la que no se deriva contraposición sustantiva) entre analogía normativa y analogía sistémica podría transformarse en distinción entre *analogia legis* y *analogia iuris*, de la que se ocupa, en su contraposición (simultáneo contraste respectivamente entre una categoría del *ius commune* y otra del *usus modernus Pandectarum*), A. ERRERA, *Entre analogia legis y analogia iuris: Boloña contra Orléans*, en « Revista de Derecho Privado », XXX (2016), pp. 47-51.

(9) A pesar de que, como recoge A. DE CASTEJON, *Alphabetum Juridicum, Canonicum, Civile, Theoricum, Practicum, Morale, atque Politicum*, Lugduni, Sumptibus Anisson, & Posuel, 1730, II, p. 303, « Simile non est idem ».

(10) A. BARBOSAE, *Collectanea doctorum, tam veterum quam recentiorum*, in *Jus Pontificium Universum*, Lugduni, Sumptibus Anisson & Posuel, 1716, I, p. 140; EVERHARDO, *Locí*, cit., p. 104.

(11) BENEDICTI, *Repetitio*, cit., II, 114r.

(12) E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 1962, I, p. 306.

En pleno *usus modernus*, según el cardenal Tuschí el motivo por el que, pese a la diferencia a priori de la similitud y la identidad, la similitud podía reputarse por identidad, residía en que existe una similitud que afecta a la esencia o sustancia mas de manera no perfecta, como sucede en la investidura u otro acto que carece de *effectus perfectionis*, tal y como existe asimismo una similitud que atesora una esencia perfecta, cuando el acto exterior significa en sí una situación verdadera (13).

3. *La similitudo como imitatio.*

La *imitatio* es trazada por los doctores modernos como una disforma de la similitud por sobredimensión de su esencia retórica. Se parte de que, en cuanto símbolo, la similitud acusa el límite de la imposibilidad de reflejar la propiedad sustancial de lo simbolizado, así como la imagen de la pintura no puede reproducir con absoluta exactitud la profundidad de la realidad (14).

Si la similitud consiste, como quería Pedro Simón Abril, en la « aplicacion de alguna cosa notoria a otra que lo es menos por cierta manera de proporcion », de modo que las cosas percibidas por los sentidos, en cuanto más notorias, serían tomadas por semejanza para las cosas del entendimiento (v. gr., el rey como pastor, la tempestad como motín), la similitud se sumerge en el campo de las metáforas, alegorías, enigmas, parábolas « y otras semejantes maneras de hablar », ante las cuales debería guardarse prudencia para no caer en errores y engaños al traer, por semejantes, cosas muy diferentes. Esta « viciosa semejanza » o « falsa semejanza » (poso de figura retórica no jurídica) de las cosas muy diferentes encarna ya la *dissimilitudo* (15).

(13) TVSCHÍ, *Practicarvm*, cit., VII, p. 164.

(14) I. GONÇALEZ DE CRITANA, *Sylva comparationvm vel similivm, per alphabetum locorum communium Praedicatoribus vtilissima ex sanctis Patribus alijsque Doctoribus decerptarum*, Vallisoletí, Excudebat Ioannes Godínez a Millis, 1608, f. 249v.

(15) P.S. ABRIL, *Primera parte de la filosofia llamada la logica, o parte racional, la qual enseña, como ha de vsar el hombre del diuino, y celestial don de la razon: assi en lo que pertenece a las ciencias, como en lo que toca a los negocios*, Alcalá de Henares, En casa de Iuan Gracian impressor de libros, 1587, ff. 44r-45v. En definitiva, el mismo espíritu

Por supuesto, la constatación de la disimilitud excluye el argumento jurídico por similitud ⁽¹⁶⁾, aunque se advierte de que esta disimilitud ha de especificarse y no basta que sea alegada genéricamente ⁽¹⁷⁾.

4. *La expresa similitudo.*

La opinión mayoritaria de los doctores modernos razonó que la forma jurídica estricta de la similitud implicaba una sustancia genuina (analogía) y una manifestación explícita (normativa o legal).

4.1. *Sustancia jurídica de la similitudo.*

La similitud excluye *in effectu* ⁽¹⁸⁾ la identidad ⁽¹⁹⁾ en la sustancia y en los términos expresos, pero la admite, sin embargo, en el sentido de una ⁽²⁰⁾ idéntica *ratio vel qualitas* ⁽²¹⁾, en cuanto factor

de riesgo de engaño guarda la reflexión de Tácito « Inter similes, quorum alter altero major esse incipit, major invidiae ratio », apuntada por CASTEJON, *Alphabetum*, cit., II, p. 303.

⁽¹⁶⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 174; PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 236; M. SALON DE PACE, *Ad leges Taurinas insignes commentarii, nunc primum in lucem editi, quorum hic codex primus est tomus, in quo quatuor insunt exactissimae relectiones*, Pinciae, Apud Franciscum Ferdinan. a Corduba Regal Typogra., 1568, f. 124r.

⁽¹⁷⁾ EVERHARDO, *Loci*, cit., pp. 104-105.

⁽¹⁸⁾ I. SESSE, *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonvm, et Cvriae Domini Ivstitiae Aragonvm cavsarvm civilivm. Tomus Tertivs*, Caesaravgvstae, Ex Typographia Ioannis a Larvmbe, 1624, f. 116r. Según TVSCHI, *Practicarvm*, cit., VII, p. 164, « Duplex similitudo, alia in forma, alia in effectu, sed melior, & fortior est, quae in effectu ».

⁽¹⁹⁾ T. CARLEVALII, *Disputationes Juris Variae, ad Interpretationem Regiarum Legum Regni Castellae, & illis similibus, tam ex jure Neapolitano, quam ex utroque Communi Civili, & Canonico*, Lugduni, Sumptibus Anisson & Joannis Posuel, 1702, II, p. 12.

⁽²⁰⁾ No varias: FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 155.

⁽²¹⁾ EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 104; FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, pp. 166-167; F. FERRER & NOGVES, *Commentaria sive glossemata, ad vtiliorem quandam ex constitutionibus Principatvs Cathaloniae*, Illerdae, Apud Ludouicum Menascal, 1618, f. 183v; PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 236; J. B. VALENZUELA VELAZQUEZ, *Consilia sive Juris Responsa, omnibus utriusque jurisperitis qui in scholis, & foro Ecclesiastico, & temporalis versantur adpime utilia, & bonarum artium, politicae, & historiae studiosis non injucunda*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet & Sociorum, 1727, II, p. 158. El razonamiento por similitud consiste en una transferencia de las *qualitates* de la cosa

común que permite la *recta adaptatio* de una cosa particular a otra ⁽²²⁾. Desde este punto de vista, lo que se afirma respecto de las cosas similares puede afirmarse respecto de las cosas conexas ⁽²³⁾, en un vínculo que cabe asimismo comprender como *affectio* y *amicitia* ⁽²⁴⁾. La *identitas rationis* permite la extensión de la regla *de casu ad casum*, y denota que la mención dispositiva del caso proyectable ha sido realizada a título ejemplificativo ⁽²⁵⁾.

Esta similitud o argumento jurídico *de similibus ad similia*, que responde a una *ratio identitatis* o *aequalis ratio* u *omnimoda dispositionis ratio* (pero no simplemente a una *similis ratio* ⁽²⁶⁾), opera *a pari ratione vel maiori*, pero no *a minori*, y en esta tesitura el *onus probandi* pesa sobre quien la niega ⁽²⁷⁾. En ello influye que su vehículo es legal. Ciertamente, la extensión de la ley *a paritate rationis* se admite cuando la *ratio legis vel canonis* es más amplia o general que la manifestación dispositiva, aunque también cupo interpretar, contra la idea de una (interpretación por) extensión presente en la similitud, que la ley, al comprender los casos más dudosos, aceptaba implícitamente los que menor duda suscita-

asimilada a la cosa asimiladora, según P. FARINACII, *Praxis, et Theoricae Criminalis. Pars Tertia*, Lvgdvni, Sumptibus Horatij Cardon, 1616, p. 344. Así, la absorción *sub generalitate verborum* no es suficiente cuando la *ratio* es *diversa*: FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 155. Cf. SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., pp. 291-313; V. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, Jovene Editore, 1976, pp. 246-247; ID., *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, in ID., *Diritto Logica Metodo nel secolo XVI*, Napoli, Jovene Editore, 1978, pp. 175-176; CORTESE, *La norma giuridica*, cit., I, pp. 302-303, 307.

⁽²²⁾ EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 105.

⁽²³⁾ *Ibid.*, p. 104.

⁽²⁴⁾ H. GONZALEZ, *Dilucidum ac perutile glossema sev commentatio ad Regulam Octauam Cancellariae*, Romae, Sumptibus Vincentij Castellani, 1624, p. 242.

⁽²⁵⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 154.

⁽²⁶⁾ Sobre esta interpretación *propter similitudinem rationis* y no *propter identitatem rationis*, CORTESE, *La norma giuridica*, cit., I, p. 318.

⁽²⁷⁾ B. A CHASSENAEO, *Commentarii in consuetudines ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae, multo quam antea emendatiores*, Lvgdvni, Apud Bartholomaeum Vincentium, 1574, col. 691, 1312; EVERHARDO, *Loci*, cit., pp. 104-105; FARINACII *Praxis*, cit., III/2, p. 154. Para lo que debe esta construcción al concepto lógico de *comparatio*, PIANO MORTARI, *Dialettica*, cit., pp. 178-181.

ban ⁽²⁸⁾. La doctrina jurídica chocó aquí con el problema de la relación y diferencia entre la interpretación extensiva ⁽²⁹⁾ y la interpretación analógica ⁽³⁰⁾. La interpretación analógica se antojaba un tipo de interpretación próximo a la interpretación extensiva, que ampliaba la ley a los casos en ella no contenidos, « quia omnia legibus comprehendí nequeunt, cum plura sint negotia, quam vocabula » ⁽³¹⁾. Esta naturaleza jurídica resultaba, sin embargo, discutida, puesto que, dado que en el curso de la interpretación extensiva se generaba una disposición, parecía más adecuado considerarla, a pesar de la denominación que imponían los doctores, antes que como interpretación, propiamente como una nueva ley ⁽³²⁾. Bien es

⁽²⁸⁾ A. BARBOSAE, *Praxis methodica exigendi pensiones, adversus calumniantes et differentes eas solvere. Cui accesserunt vota plurima decisiva, et consultiva canonica*, Lugduni, Sumptibus Anisson, & Posuel, 1722, p. 76.

⁽²⁹⁾ M. BONACINAE, *Operum de morali theologia, & omnibus conscientiae nodis, nunc primum in tres Tomos distributorum*, Lvgdvni, Sumptibus Clavdii Landry, 1629, II, p. 61, explica que hay dos tipos de interpretación extensiva: la interpretación extensiva *necessitatis* y la interpretación extensiva *congruitatis seu voluntatis*; mientras en la primera se produce propiamente una extensión, que afecta a cualquier tipo de ley, favorable o penal, correctiva u odiosa, en la segunda tiene lugar una restricción (por ejemplo, a favor de la interpretación benigna de la ley penal).

⁽³⁰⁾ SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., pp. 218-230, aunque acepta la distinción dogmática, encuentra una « coincidenza teleologica » entre la interpretación extensiva y la interpretación analógica, hasta el punto de concluir en una « sostanziale confusione ».

⁽³¹⁾ F. VASQVII MENCHACENSIS, *De successionum progressu, Tractatus secundae partis*, Francofurti, Apud Ioannem Saurium, impensis Francisci Nicolai Rothil, 1610, p. 63.

⁽³²⁾ C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilij S. Cruciatæ, & Regiæ Audientiae Valentinae*, Lugduni, Sumptibus Deville & Chalmette, 1730, I, p. 7. Precisamente por esta razón, en un sistema jurídico pactista el rey no puede proceder a una interpretación extensiva de las leyes aprobadas en Cortes, sino solamente a una interpretación declarativa, y las prohibiciones establecidas por los estatutos o fueros respecto de toda interpretación afectan no a la interpretación declarativa, sino a la interpretación extensiva y aun a la restrictiva: *Ibíd.*, I, p. 9. Contra la interpretación extensiva o restrictiva de cartas o fueros, P.C. RAMIREZ, *Analyticvs Tractatus de lege regia, qva, in principes suprema & absoluta potestas translata fuit: cum quadam corporis politici ad instar phisici, capitis, & membrorum connexione*, Caesaravgvstæ, Apud Ioannem a Lanaja & Quartanet, Regni Aragonum, & Vniuersitatis Typographum, 1616, p. 151. Se trata del predominio de la interpretación declarativa (de nuevo contra la extensiva) vertido en principio *standum est chartae* que comenta SESSE, *Decisionum*, cit., III, f. 80v.

cierto que no cayó en el rechazo el razonamiento a la inversa según el cual, si bien la *eadem ratio* revelaba una *intensio seu declaratio* más que una *extensio*, la amplitud de la *ratio legis* valía como causa en particular que permitía la interpretación (extensiva), *ad amplitudinem rationis*, del mismo modo que la diversidad de *ratio* impediría el argumento *de uno ad alterum* ⁽³³⁾.

La similitud (*subauditus intellectus*) puede ser directa o contraria. La similitud directa es la que asimila aquellas cosas que responden a una conveniencia recíproca (la coincidencia en *eadem ratio* se hace *maior*), en tanto la contraria es aquella que asimila las cosas que se contradicen ⁽³⁴⁾.

4.2. *Expresión legal de la similitudo.*

La viabilidad de la analogía requería necesariamente una manifestación legal, expresa o tácita ⁽³⁵⁾; cuestión distinta, discutida por la doctrina jurídica, era si la *ratio identitatis* en concreto debía ser expresa o no ⁽³⁶⁾. Lo cierto es que, por cuanto la sustancia analógica abarcaba materias potencialmente muy diferentes, con la exigencia de la expresión legal se consolidó una idea con origen en la circunstancia de que, al operar sobre casos graves, la similitud tenía que encontrarse amparada por la manifestación de la regla jurídica que la acogía, en una sumisión acentuada a la expresa tipicidad normativa ⁽³⁷⁾. De semejante manera, la opinión que

⁽³³⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 154.

⁽³⁴⁾ CHASSENÆO, *Commentarii*, cit., col. 691.

⁽³⁵⁾ CORTESE, *La norma giuridica*, cit., I, p. 304, n. 24: « Si sa d'altra parte che Baldo, quasi a sminuire l'apporto creativo dell'interprete, presumeva l'inserimento in ogni legge di una clausola tacita che ne permettesse l'applicazione analogica ».

⁽³⁶⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 155. Según BONACINAE, *Operum*, cit., II, p. 61, en la interpretación extensiva ha de tenerse en consideración no solo la *ratio scripta*, sino también la *ratio subintellecta & non expressa*; la interpretación no es solo *quatenus verba* o *secundum propriam interpretationem verborum*, sino *ad mentem* o *secundum latam significationem*: I. SESSE, *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum, et Cvriae Domini Iustitiae Aragonum casarum civilium. Tomus Primus*, Caesaravgvstae, Apud Ioan. de Larumbe, 1611, p. 453.

⁽³⁷⁾ P. DIEZ NOGVEROL, *Allegationum Ivris in quibus quampvres quaestiones summe necessariae in supremae Hispaniarum Curiae Tribunalibus disceptatae ad praxim vsumque forensem spectantes envcleantur*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1664, p.

admitía la posibilidad de que la similitud se produzca no solo *per rationem*, sino también *per fictionem*, exigía en este último supuesto, para su mayor eficacia jurídica, el encauzamiento *a lege* y no *ab homine* ⁽³⁸⁾.

La relación entre ficción ⁽³⁹⁾ y analogía fue compleja ⁽⁴⁰⁾ pero si en algo coincidían ambos instrumentos argumentativos era, sin duda, en su encauzamiento legal ⁽⁴¹⁾. En rigor, la analogía enlaza

10. Asimismo, S. DAOYS, *Index Ivris Civilis copiosvs, non solvm ea quae in glossis, sed & textuum omnium veros sensus continens*, Lvgdvni, Cum priuilegio Christianissimi Francorum & Nauarrae Regis, 1627, « Similitvdo ».

⁽³⁸⁾ TVSCH, *Practicarvm*, cit., VII, p. 164.

⁽³⁹⁾ J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislacion y jurisprudencia. Nueva edicion reformada y considerablemente aumentada... por los doctores José Vicente y Caravantes y Leon Galindo y de Vera*, Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta, 1874, II, p. 1037, sintetizará de modo muy completo: « FICCION. Una suposicion que hace la ley dando á una persona ó cosa una calidad que no le es natural, para establecer en su consecuencia cierta disposicion que de otro modo pareceria repugnante. La ficcion obra los mismos efectos que la verdad, y por tanto debe imitarla sin presentar cosa alguna que sea contraria á la verosimilitud y sin que se extienda á lo que por la naturaleza de las cosas es imposible: *Tantum operatur fictio in casu ficticio quantum veritas in casu vero: Fictio debet tamen porrigi ad id quod per rerum naturam non est impossibile*. Mas como las ficciones se han introducido para hacer admitir un derecho particular contra las reglas ordinarias, deben limitarse precisamente al caso que se halla expreso en la ley, sin extenderse de uno á otro, por mucha que sea la identidad de las razones; *quia quae jure singulari introducta sunt, non debent trahi ad consequentias* ». Otra glosa del concepto, quizá menos redonda, en C.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, Paris, Chez Joseph Saugrain, 1754³, p. 631.

⁽⁴⁰⁾ A. BARBOSAE, *Tractatus varii*, Lvgdvni, Sumptibus Philippi Borde, Lavrentiij Arnauv, & Clavdii Rigavd, 1651, p. 643: « Fictionem [...] Denotat etiam similitudinem, sed non per omnia »; porque se trata de extensiones *de casu ad casum*: J. CAPONI, *Disceptationum forensium, ecclesiasticarum, civilium, et moralium, pluribus in casibus Decisarum*, Lugduni, Sumpt. Joannis Antonii Huguetan, 1677, III, p. 415. I. SESSE, *Decisionvm Sacri Senatus Regii Regni Aragonvm, et Cvriae Domini Ivstitiae Aragonvm causarum civilium. Tomus Quartvs*, Ex Typographia Ioannis a Larvmbe, 1624, f. 275r, explica que la *legis fictio* es odiosa, y por ello no susceptible de extensión a los casos no previstos por la ley (« *quia vbi facta est prouisio specialis ad vnum casum, non potest adaptari ad alium* »).

⁽⁴¹⁾ BENEDICTI, *Repetitio*, cit., I, f. 39r; H. BOICH, *In quinque Decretalium libros commentaria*, Venetiis, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, 1576, iv, pp. 23-24; CASTEJON, *Alphabetum*, cit., I, p. 292; D. CASTELLI, *Utilis et aurea glosa super leges Tauri*, Burgis, In officina eximij viri Joannis Junctae, 1527, f. 69r; P. FARINACII, *Praxis, et Theoricae Criminalis. Partis Primae Tomus Secundus*, Lvgdvni, Sumptibus Horatij Cardon, 1614, p.

extremos diferentes pero con una misma *ratio identitatis*, mientras que la ficción equipara ⁽⁴²⁾, por una causa justa ⁽⁴³⁾, *res certae*, a

162; J. GUTIERREZ, *Canonicarum Quaestionum, Utriusque Fori tam Exterioris quam Interioris Animae*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Perachon & Cramer, 1730, p. 148; PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 370; N. RODRIGUEZ FERROSINI, *Opera omnia canonica, civilia, et criminalia*, Coloniae Allobrogum, Sumpt. Marci-Michaelis Bousquet & Sociorum, 1741, *De Praesumptionibus*, p. 121; VALENZUELA VELAZQUEZ, *Consilia*, cit., I, pp. 13, 152, 662. Así, como explica P. PERALTA, *Commentaria in titvl. ff. de legatis*, Salmanticae, Excudebat Ioannes Maria a Terranoua, 1563, p. 329, « contra regulas [...] non cadit fictio ». CAPONI *Disceptationum*, cit., II, p. 323, limita la *fictio legis* a los casos expresos « quia est ius quoddam singulare »; también aprecia esta singularidad I. GONZALEZ FLOREZ, *Variarum Quaestionum Liber Vnus*, Bononiae, Apud Ioannem Rossium, 1571, p. 719. Sobre la problemática interpretación de la ficción *a iure*, que entraña problemas de interpretación extensiva, L. GOMES, *Regulas Cancellariae Iudiciales, quae usu quotidiano in Curia & Foro saepe uersantur*, Lvgduni, Svb Scvto Coloniensi, 1545, pp. 210-211.

⁽⁴²⁾ I.B. COSTA, *Tractatus de retrotractionibus sev de Fictione Translativa*, Venetiis, Apud Iac. Antonium Somaschum, 1606, pp. 39-41, PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 370, A. PICHARDI VINVESAE, *In Quatvor Institutionum Imperatoris Iustiniani libros vetera recens hac Nouissima Editione, cui eiusdem Iustiniani accessit contextus, in duos diuisa Tomos Renouata Commentar. Primus commentaria in tres priores Libros; Secundus Commentaria in Quartum continet*, Genevae, Sumptibus Samuelis Chouët, 1657, II, p. 218, RODRIGUEZ FERROSINI, *Opera*, cit., *De Praesumptionibus*, p. 125-126, SESSE, *Decisionum*, cit., IV, f. 275r, TVSCH, *Practicarum*, cit., III, p. 441, o J. VELA DE OREÑA, *Dissertationum juris controversi tam in Hispalensi, quam Granatensi Senatu, super materias tam ecclesiasticas quam civiles*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Perachon & Cramer, 1726, I, p. 60, reconoce el brocardo « idem operatur fictio in casu ficto, quod veritas in casu vero ». Y. DE BARDAXI, *Commentarii in quatvor Aragonensium fororum libros*, Caesaraugustae, Apud Laurentium Robles Regni Aragonum & Vniuersitatis Typographum, 1592, f. 45r: « Itaque licet alias non habet locum fictio in statutis, nihilominus tamen quando fit aequiparatio casus ficti, & veri »; D. FRANCO DE VILLALBA, *Fororum, atque Observantiarum Aragoniae Codex, sive enmodata methodica compilatio, iure civili, ac canonico fulcita, legibus Castellae conciliata, et omnigena eruditione contexta*, Caesar-Augustae, In Typographia Haeredum Joannis Malo, 1743, I, p. 88; I. GUILLEN A CERUANTES, *Prima Pars. Commentariorum in Leges Tauri*, Mantuecarpentanae, Excudebat Guillelmus Drouy Typographus, 1594, f. 213v. A. GOMEZII, *Ad leges Tauri commentarium*, Matriti, Typis D. Gabrielis Ramirez, 1768, p. 129, comenta la tesis como una atribución de las cualidades y efectos del acto verdadero al acto ficticio; por eso, de nuevo según A. GOMEZII, *Variae Resolutiones Juris Civilis, Communis, et Regii, tomis tribus distinctae*, Matriti, Typis Petri Marin, 1780, p. 44, « per fictionem non potest diversimode, per qualitates diversas, & repugnantes repraesentari ».

⁽⁴³⁾ P. BELLUGAE, *Speculum Principum in quo Vniuersa Imperatorum, Regum, Principum, Rerumpublicarum, ac Civitatum, subditorumque, Comitum, Baronum, Nobilium, ac Civium Iura, officia, dignitates ac mores, praesertim Regni Aragoniae, varie ac*

saber, un extremo verdadero con otro extremo falso ⁽⁴⁴⁾ ora *contra veritatem* ⁽⁴⁵⁾ (a diferencia de la presunción, en la que este extremo se caracteriza por la incertidumbre o la *res dubia* ⁽⁴⁶⁾) ora imposible *de facto* y no *de iure* (a diferencia de la dispensa), imperativamente bajo *habilitas* y equidad y sin contradicción de la naturaleza ⁽⁴⁷⁾;

dilucide tractantur, Brvxellis, Typis & sumptibus Francisci Vivieni sub signo boni Pastoris, 1655, p. 185.

⁽⁴⁴⁾ BARBOSAE, *Collectanea*, cit., IV, p. 338, FARINACII, *Praxis*, cit., I/2, p. 162, distinguen la ficción *inductiva*, que consiste en fingir que es lo que no es; la ficción *privativa*, que consiste en fingir que no es lo que es; y la *translativa* (o *extensiva*) cuando la ley finge que el acto fue en otro tiempo. Así también COSTA, *Tractatus*, cit., pp. 14-30; EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 712; I. MASCARDI, *Volumen Primum. Conclusiones probationvm omnium, quae in utroque Foro quotidie versantur, Iudiciibus, Aduocatis, Causidicis, omnibus denique Iuris Pontificij, Caesareique professoribus utiles, practicabiles, ac necessariae*, Venetiis, Apud Damianum Zenarium, 1584, ff. 32v-32v; RODRIGUEZ FERROSINI, *Opera*, cit., *De Praesumptionibus*, p. 125; TVSCHI *Practicarvm*, cit., III, p. 441; D. URSAYA A BOSCO, *Institutiones Criminales*, Romae, Ex Typographia Josephi Monaldi, 1701, V, p. 3.

⁽⁴⁵⁾ J. CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum Controversiarum Juris*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Perachon & Cramer, 1726, III, p. 205; GONZALEZ FLOREZ, *Variarvm*, cit., p. 710.

⁽⁴⁶⁾ Sobre la diferencia entre presunción y ficción, COSTA, *Tractatus*, cit., pp. 33-37; FARINACII *Praxis*, cit., I/2, p. 166, TVSCHI *Practicarvm*, cit., III, p. 441; M. DE VALENTIA, *Illustrivm Ivris Tractatvum libri tres*, Lvgdvni, Sumptibus Lavrentii Anisson, 1663, pp. 71-72. Pero asevera I. MENOCHII, *De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis, & Indicijs. Commentariorvm pars secvnda*, Venetiis, Apud Franciscum de Franciscis, 1590, f. 31r, «quod fictio illa esse dicitur, quae praesupponit veritatem in contrarium»; aunque debe tratarse de una presunción *iuris et de iure*, porque la diferencia que el doctor señala, en ff. 41r y 158-159r, entre presunción y ficción, reside (además de en los respectivos objetos consistentes en *res incerta* y *res certa*) en que la segunda no admite prueba en contrario. Y sin embargo, RODRIGUEZ FERROSINI, *Opera*, cit., *De Praesumptionibus*, pp. 121, 126, rechaza para la ficción la naturaleza de la presunción, tanto *iuris tantum* como *iuris et de iure*, advirtiendo que en aquella no cabe prueba en contrario directa pero sí indirecta (por la cesación de la equidad). Cf. M.J. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 27-28 (1957-1958), p. 309, n. 15, así como D. MAGALHAES, *Changing Law by Analogy. The importance of analogical reasoning to the dynamics of private law, since Roman legal thought*, en «Revista General de Derecho Romano», 31 (2018), pp. 2-11.

⁽⁴⁷⁾ A. ALCIATI, *Praesumptionvm tractatus*, Lvgdvni, Apud Iacobum Giuntam, 1542, pp. 14-20. Asimismo, G. ALVAREZ DE VELASCO, *Ivdex Perfectus sev de iudice perfecto Christo Iesu Domino Nostro vnice perfecto*, Lvgdvni, Sumptibus Horatii Boissat &

requisitos que por supuesto regían también en la ficción traslativa o retroactividad ⁽⁴⁸⁾. En cualquier caso, la ficción, que cuenta con figuras jurídicas típicas ⁽⁴⁹⁾, no podía resultar más operativa que la

Georgii Remevs, 1662, p. 28; F. DE AMAYA, *Observationvm Ivris libri tres*, Salmanticae, Excudebat Antonia Ramirez, 1625, pp. 46-47; P.A. ANGV SOLAE, *Consiliorvm sev Responsorvm*, Francoforti ad Moenvm, 1574, f. 153r; D. ANTUNEZ PORTUGAL, *Tractatus de donationibus jurium et bonorum regiae coronae, tomus secundus*, Lugduni, Sumptibus Anisson, & Posuel, 1699, pp. 257, 337; BARBOSAE, *Praxis*, cit., p. 36; CAPONI, *Disceptationum*, cit., II, p. 260; CASTEJON, *Alphabetum*, cit., I, p. 292; H. DE CAEVALLOS, *Specvlvm Avevum Opiniovum commvnium contra commvnes. Tomus Tertivs*, Sumptibus Haeredum Lazari Zetzneri, 1616, p. 72; D. COVARRUVIAS A LEYVA, *Opera omnia*, Genevae, Sumptibus Samvelis de Tovrnes, 1679, I, p. 283; DAOYS, *Index*, cit.; EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 712; FARINACII, *Praxis*, cit., I/2, pp. 57, 162; GONZALEZ, *Dilucidvm*, cit., pp. 514, 586; I. GRATIAN FALCONI, *Qvngentiarvm Regularvm vtrvsque iuris cum ampliacionibus & limitationibus liber vnus nunc super in lucem editus*, Madriti, Excudeuat Franciscus Sanctius, 1581, ff. 6v, 82v; I.B. LARREA, *Novae Decisiones Sacri Regii Senatus Granatensis Regni Castellae*, Lvgdvni, Sumpt. Iacobi & Petri Prost., 1636, p. 505; MASCARDI, *Volumen*, cit., ff. 31v-32r; I. MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, Mantuae Carpentanae, Excudebat Petrus Madrigal, 1597, f. 16r; MENOCHII, *De Praesumptionibus*, cit., ff. 53r, 158v-159r; PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, pp. 370-371, 374; PICHARDI VINVESAE *In Quatvor*, cit., III, p. 16; RODRIGUEZ FERMO SINI, *Opera*, cit., *De Praesumptionibus*, p. 125, *De Probationibus*, p. 103; TVSCHI, *Practicarvm*, cit., III, p. 441; VALENZUELA VELAZQUEZ, *Consilia*, cit., I, p. 152.

⁽⁴⁸⁾ ANGV SOLAE, *Consiliorvm*, cit., ff. 89v, 172v; CARLEVALII, *Disputationes*, cit., II, p. 174; CASTEJON, *Alphabetum*, cit., I, p. 292; M. MONTER A CUEVA, *Decisionvm Sacrae Regiae Audientiae causarvm civilium regni Aragonum, discvrsu theorico et practico compactarvm. Tomus Primvs*, Caesaravgvstae, Expensis Angeli Tauani, 1601, pp. 600-601; RODRIGUEZ FERMO SINI, *Opera*, cit., *De foro compet.*, p. 782; L. VELAZQUEZ DE AVENDAÑO, *Legvm Tavrinarvm a Ferdinando & Ioana Hispaniarum regibus, foelicis recordationis vtilissima glosa sequitur*, Toleti, Apud Ioannem, & Petrum Rodriguez fratres, atque Typographos, 1588, f. 101v. En particular acerca del cumplimiento de la equidad, el favor liberorum o la utilitas, LARREA, *Novae*, cit., I, pp. 97-98.

⁽⁴⁹⁾ La *factio postliminii* es el ejemplo frecuente y arquetipo perfecto, pero hay otros como la *factio haereditatis*, la adopción, la cuasiposesión...: v. gr. AMAYA, *Observationvm*, cit., pp. 172-202; CAPONI, *Disceptationum*, cit., III, p. 59; CARLEVALII, *Disputationes*, cit., I, p. 80; P. FONTANELLA, *Sacri Regii Senatus Cathaloniae decisiones*, Barcinone, Ex Praelo, ac aere Petri Lacavalleria, 1645, II, pp. 703-704; C. DE PAZ, *Scholia ad Leges Regias Styli*, Madriti, Apud Alphonsum Martinum Typographum, 1608, p. 161; PICHARDI VINVESAE, *In Quatvor*, cit., I, p. 48, II, p. 151; RODRIGUEZ FERMO SINI, *Opera*, cit., *De leg. Eccl.*, p. 124; J.E. de ROXAS ET ALMANSA, *Tractatus unicus de Incompatibilitate, & Repugnantia possidendi plures Majoratus, deque Natura, & Cognitione uniuscujusque speciei eorum, in duos tomus distributum*, Matriti, Apud Antonium Marin, 1755, I, p. 64; VALENTIA, *Illustrivm*, cit., pp. 72-74, 80-82, 281-305. Resulta interesante la distinción en

verdad ni funcionar contra ella ⁽⁵⁰⁾, ni tampoco en perjuicio de tercero ⁽⁵¹⁾.

En el razonamiento de los juristas, la expresión legal comulga sin quebranto con la sustancia analógica. La ley afirma o niega la extensión de su disposición *ad similia* ⁽⁵²⁾, y al aceptar la asimilación la norma razona contra la *ratio diversitatis* ⁽⁵³⁾ en la medida en la que la semejanza consiste, justamente, en una propinquidad que parte de la comparación de cosas singulares y diferentes, y que por lo tanto no tiene por qué predicarse de las cosas en su totalidad ⁽⁵⁴⁾. Pero, alternativamente, la ley no se activa, por desustancialización, cuando

ficción legal y « entidad jurídica fingida o ficticia » que desarrolla R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Ficciones jurídicas*, en « Doxa », 3 (1986), pp. 141-142, 144-145. Acerca de la (des)conexión entre ficción y analogía, GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites*, cit., pp. 307, 310-311.

⁽⁵⁰⁾ ANGVSOLAE, *Consiliorvm*, cit., f. 173r; CAPONI, *Disceptationum*, cit., V, p. 208; DAOYS, *Index*, cit.; GUILLEN A CERUANTES, *Prima*, cit., f. 144v; I.B. LARREA, *Novae Decisiones Sacri Regii Senatvs Granatensis Regni Castellae. Pars Secunda*, Lvqdvni, Sumptibus Iacobi & Petri Prost., 1639, p. 291; I. MARTINEZ DE OLANO, *Concordia e noua reductio antinomiarum iuris communis, ac regij Hispaniarum*, Bvrgis, Apud Philippum Iuntam, 1575, p. 179; I.C. de SVELVES, *Consiliorvm Decissivorvm Semicentvria Secvnda*, Caesaraugustae, Apud Petrum Lanaja, & Lamarca, 1646, pp. 263, 267; TVSCHI, *Practicarvm*, cit., III, p. 442; VELA DE OREÑA, *Dissertationum*, cit., I, p. 340. Después de mencionar BARBOSAE, *Praxis*, cit., p. 36, el consabido brocardo « Et tantum valet in casu ficto, quantum veritas in casu vero », añade en p. 272: « Quando enim concurrunt fictio & veritas, semper veritas praefertur & attenditur »; en p. 64 reitera que « fictio idem operatur quam veritas » para explicar finalmente, en la concurrencia de verdad y ficción, que « quando fictio & veritas tenditur ad eundem finem, inspicitur magis veritas, quam fictio ». La *repraesentatio* está más cerca de la verdad que de la ficción: CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum*, cit., III, p. 235.

⁽⁵¹⁾ J. GUTIERREZ, *Practicarum Quaestionum Civilium circa leges regias Hispaniae secundae partis Novae Collectionis Regiae, Liber Sextus, seu Tractatus de Gabellis*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Perachon & Cramer, 1730, p. 178; MONTER A CUEVA, *Decisionvm*, cit., pp. 600-601; RODRIGUEZ FERMO SINI, *Opera*, cit., *De Exceptionibus*, p. 544, *De Praesumptionibus*, p. 126; TVSCHI *Practicarvm*, cit., III, p. 443.

⁽⁵²⁾ A. DE AZEVEDO, *Commentarii Juris Civilis in Hispaniae regias constitutiones*, Lugduni, apud Fratres Deville, 1737, V, pp. 90-91, VI, p. 88; FERRER & NOGVES, *Commentaria*, cit., f. 183v.

⁽⁵³⁾ BARBOSAE, *Tractatus*, cit., p. 802.

⁽⁵⁴⁾ BENEDICTI, *Repetitio*, cit., II, 114r; EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 104; FARINACII *Praxis*, cit., III/2, p. 167; GONZALEZ, *Dilucidvm*, cit., p. 104; SESSE, *Decisionvm*, cit., III, f. 116r. L. DE CASANATE, *Consilia sive Responsa*, Francofvrti ad Moenvm, Ex officina typographica Nicolai Hoffmanni, Sumptibus Haeredum Nicolai Bassaei, 1610, p. 406:

se detecta la proximidad de la similitud con la disimilitud, y en consecuencia el argumento analógico se excepciona cuando se prueba la inexistencia de la similitud (existencia de la disimilitud) ⁽⁵⁵⁾ o la naturaleza parva de la similitud ⁽⁵⁶⁾.

Así pues, la interpretación analógica se revela como una interpretación no meramente probable (la que lleva a cabo el juez o el abogado cuando argumenta *persona ad personam, res ad rem o factus ad factum* ⁽⁵⁷⁾), sino probable y además necesaria, por ser la ley (luego la más alta *potestas*) la que establece la asimilación *in eodem materia* aun *in genere*: como queda dicho, la similitud tiene entonces lugar *communiter seu generaliter in omnibus*, y no limitada a un solo caso concreto ⁽⁵⁸⁾. Cuando el arbitrio judicial, por ministerio de la ley, determina la operatividad del juicio por similitud, este funciona ya no en general, sino *in specie* ⁽⁵⁹⁾, y esta es la razón por la que precisa de la habilitación legal.

La tipicidad legal como rienda de la interpretación analógica explica al tiempo una característica propia y común con la interpretación extensiva: la predominante opinión doctoral contraria a la licitud de la interpretación de este jaez aplicada a las leyes correctivas (como a toda disposición odiosa o contraria al *ius* o a la equidad natural) y a las leyes penales ⁽⁶⁰⁾. Aun así, y como fruto de la potencial distancia entre los dos tipos de interpretación, la

« & sic repugnaret verborum similitudinem inducentium natura, & proprietas, si ad idem, non ad diuersa essent referenda ».

⁽⁵⁵⁾ O bien la disimilitud: CASTEJON, *Alphabetum*, cit., II, p. 303.

⁽⁵⁶⁾ BARBOSAE, *Collectanea*, cit., I, p. 140; RODRIGUEZ FERMOISINI, *Opera*, cit., *De Off. & Sac. Eccl.*, p. 156.

⁽⁵⁷⁾ EVERHARDO, *Loci*, cit., pp. 106-108.

⁽⁵⁸⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 167.

⁽⁵⁹⁾ RODRIGUEZ FERMOISINI, *Opera*, cit., *De Judiciis*, p. 573.

⁽⁶⁰⁾ I.B. DIAZ DE LUCO, *Regulae Iuris, cum suis Ampliationibus, & Restrictionibus, ex variis codicibus excerptae, ab ipso denuo autore diligentius recognitae, & accessione minime poenitenda locupletatae*, Lugduni, Apud Gulielmum Rouillium, 1554, p. 161; EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 444; FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 167; PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 236. Sobre la interpretación extensiva de las leyes correctorias y penales, V. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI. I. Le premesse*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 140-152 y 183-194.

interpretación analógica conserva su propio régimen ⁽⁶¹⁾. Por un lado, se refuerza la prohibición cuando se interpreta *de casu ad casum* ⁽⁶²⁾. Por otro lado, es una excepción aparente el supuesto en el que la interpretación analógica es admitida expresamente por la ley ⁽⁶³⁾, porque en tal caso sencillamente se apuntala la necesidad de la admisión expresa legal de la interpretación analógica ⁽⁶⁴⁾, corroboración que no es vana tratándose de exorbitancias de Derecho o de materia penal, y que lleva incorporada en la norma jurídica no solo la ley, sino todo tipo de estatutos, costumbres, obligaciones y contratos ⁽⁶⁵⁾. Otras excepciones se reconocen al tratar de evitar la elusividad o la absurdidad en la interpretación, al responderse al favor público (v. gr. contra la impunidad de los delitos) o al proceder a una interpretación *de persona ad personam* ⁽⁶⁶⁾.

Por otra parte, tal y como la materia puede condicionar la interpretación analógica de una ley, su regulación asimiladora no

⁽⁶¹⁾ El argumento por similitud se considera un caso particular de interpretación extensiva, pero también, en distinta opinión, quizá una misma categoría, si no es que, como defiende PIANO MORTARI, la indiferencia terminológica no implica « una confusión lógica dei due procedimenti speculativi » (p. 113); si en vez de señalar como interpretación extensiva aquel razonamiento que hace referencia a lo ya incluido en la ley, sea en sus palabras sea en su espíritu, se identifica esta función con una interpretación intelectual o intensiva (*comprehensio*), la *extensio* puede quedar reservada estrictamente para el argumento analógico: PIANO MORTARI, *Ricerche*, cit., pp. 108-125. Dice E. GÓMEZ ORBANEJA, *Ficciones y conceptos formales en el Derecho*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 31, que « la analogía es género próximo de la interpretación extensiva: la diferencia, señalada bien por Windscheid, es que en ésta partimos de que la norma también contiene el supuesto; en la interpretación analógica, de que el legislador, de haber pensado en el supuesto, lo hubiera incluido ».

⁽⁶²⁾ Según FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 169, la extensión de un caso verdadero a un caso ficticio solo puede producirse cuando los casos verdadero y ficticio son equiparables jurídicamente. Pero *Ibíd.*, p. 176, dice también simplemente que la extensión de persona verdadera a persona ficticia se produce cuando la persona ficticia es equiparada a la persona verdadera.

⁽⁶³⁾ Aunque, siguiendo a FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, pp. 172-173, la extensión es viable « ad casum non expressum » cuando el caso expreso es contemplado « sub larga significatione », incluso en leyes correctorias y exorbitantes, a no ser que exista disposición taxativa contraria a la extensión.

⁽⁶⁴⁾ PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 236.

⁽⁶⁵⁾ EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 106; FARINACII *Praxis*, cit., III/2, p. 166.

⁽⁶⁶⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, pp. 155-156, 167-170.

tiene por qué expandirse ligada a los factores o elementos circunstanciales que no forman parte forzosamente de la naturaleza de la materia misma. Salón de Paz descarta, siempre con el límite ya comentado de la ley correctoria, que la interpretación analógica tenga que estar condicionada por los requisitos legales de la disposición extendida, por ejemplo el uso que exige la ley a los fueros, para ser aplicados a un caso similar con *ratio identitatis* (67).

Además, la doctrina jurídica establece criterios comparativos entre los extremos objeto de asimilación en la interpretación analógica. Así, Farinacio sostiene que la interpretación analógica debe desempeñarse de modo que la laguna de la ley escrita se colme mediante una (similar) ley escrita; la laguna de la ley no escrita o costumbre se colmará mediante ley no escrita o costumbre (similar); y la laguna en materia indiferente, mediante *aliud simile*, sea ley escrita o no, esto es, según la más razonable, aunque preferida en toda circunstancia, ante una igual racionalidad, la ley escrita (similar), según la enseñanza de Vilagut (68). Por su parte, Vázquez de Menchaca planteó dos criterios contrapuestos, uno favorable a que la ley escrita no fuera colmada por ninguna costumbre similar, por generar los efectos de una corrección de la ley, y otro que admitía que la costumbre similar colmase la ley y aun se extendiera a su corrección por mor de la fuerza jurídica no menor que la costumbre tiene respecto de la ley escrita (69). Y bien es cierto que en este punto las antinomias doctrinales fueron frecuentes.

Finalmente, cuando Everhardo compendia las excepciones a la utilidad y probabilidad de la interpretación analógica, además de los casos ya referidos de excepción expresa legal (o bien si la ley exige interpretación literal), leyes correctivas, penales u odiosas (como la contraria al *ius naturale*), *dissimilitudo* (aun parva) y ausencia de *ratio identitatis*, añade explícitamente el efecto de la retroactividad (70).

(67) SALON DE PACE, *Ad leges Taurinas*, cit., ff. 79r-80r.

(68) FARINACII *Praxis*, cit., III/2, p. 167.

(69) VASQVII MENCHACENSIS, *De svccessionibvs*, cit., pp. 77, 79.

(70) EVERHARDO, *Loci*, cit., pp. 108-110. Otros cómputos de excepciones y aun ampliaciones, en GRATIAN FALCONI, *Qvngentarvm*, cit., f. 178r.

5. *La analogía en los iura propria españoles.*

Con la sustancia de (casos) extremos asimilados en virtud de una *ratio identitatis* a partir de una necesaria (expresa o tácita) manifestación legal, la analogía siempre cumplió coherentemente una función de ley ⁽⁷¹⁾, mediante la proyección de un precepto o elemento normativo a casos semejantes (*analogia legis*) o mediante la proyección del sistema normativo (particularizándose desde la globalidad) a casos semejantes (*analogia iuris*), de modo que, en consecuencia, el *ius* sistémico no fue, a estas alturas de desarrollo del *ius regium* moderno, sino una sobredimensión de la *analogia legis* ⁽⁷²⁾, y por eso a la sazón la misma realidad (multifacética, entre el fragmento y el conjunto) de la analogía mediante expresión legal. Hay que aceptar, no obstante, que la mayor dimensión superlegal o sistémica dotó de una fuerza jurídica potencial muy relevante a la analogía que los *iura propria* contemplaban como fuente o criterio supletorio ⁽⁷³⁾ para colmar las lagunas de las fuentes primordiales del sistema jurídico ⁽⁷⁴⁾, porque propagaban simultáneamente la

(71) Desde este punto de vista no parece, contra lo que afirma SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., p. 271, que la argumentación por analogía se refiera «alla soluzione che 'certamente il legislatore avrebbe dato' se avesse pensato al caso in esame», sino que prima en ella un espíritu no convalidador sino innovativo (en verdad, «si crea così una nuova norma») precisamente en comunión con la potencia semántica (próxima a la *extensio*) de la norma jurídica.

(72) Es la conclusión sobre la pérdida de sentido de la distinción entre *analogis legis* y *analogia iuris* a la que llega SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., pp. 313-319.

(73) En relación con esta integración normativa mediante supletoriedad, SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., p. 268, entiende cumple con tres funciones, «quella di avere a disposizione un'operazione ermeneutica di grande efficacia al fine di controllare e gestire l'ordinamento; quella di venire incontro alla 'pretesa — ideologica prima che logica — della 'completezza' dell'ordinamento; quella, infine, di salvaguardare il principio in base al quale il giudice non può sottrarsi alla pronuncia sul caso che gli viene presentato».

(74) La función supletoria de leyes y costumbres fue apuntada por la doctrina de los glosadores: PIANO MORTARI, *Dogmatica*, cit., p. 251; y de los comentaristas del *mos italicus*: J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 285, n. 55.

imagen de una constelación de innúmeras proyecciones asimiladoras a partir de la ley ⁽⁷⁵⁾.

Como es sabido, los *iura propria* de la monarquía moderna española mantienen el orden de prelación de fuentes trazado en los sistemas jurídicos bajomedievales. En ellos, la analogía se presenta de variada guisa. En algunos sistemas jurídicos la analogía está contemplada expresamente como fuente supletoria (Aragón). En otros sistemas jurídicos hay que plantear la posibilidad de que la analogía sea aludida bajo el empleo de diferentes términos sinónimos o próximos, como la equidad o la igualdad (Cataluña y Valencia). Y una última posibilidad es que la analogía se incorpore al orden de prelación de fuentes a través de su interpretación y comentario doctrinal (Castilla).

En el *ius proprium* de Aragón, el prólogo *In Excelsis* del Vidal Mayor (versión extensa de los *Fueros de Aragón* de 1247 incorporados en la recopilación de los *Fueros y Observancias del reino de Aragón* de 1552) presenta la *consimilitudo*, el argumento *de similibus ad similia*, como una fuente supletoria de los fueros, explícitamente, y anterior a otras formas de colmar las lagunas normativas, como las *probabiles rationes* y el sentido natural ⁽⁷⁶⁾.

Realmente, si se quiere explicar este orden jurídico con mayor exactitud, hay que reconocer que la analogía no es una fuente jurídica en sí misma, sino un criterio, entre otros manejados coetá-

(75) PIANO MORTARI, *Dogmatica*, cit., p. 252: «L'analogia nel campo del diritto rispondeva profondamente al principio di legalità che costituiva il fondamento dell'ordinamento positivo. L'applicazione di una norma al caso simile, che poteva considerarsi in maniera identica dal punto di vista logico-giuridico, era infatti compiuta mediante un'opera di interpretazione perché consisteva nell'accertamento della *ratio* determinante una norma positiva anche se stabilita dal legislatore per una ipotesi diversa».

(76) «In his autem, quando casus expresus contentus opere se non duxit, extendendo alicui de contentis, si natura negotii hoc deposcit, adaptetur, nam cum omnes casus sit impossibile exprimi in hoc foro, ubi forus deficit de similibus ad similia procedendum; ubi autem nec consimilitudo poterit reperiri, per probabiles rationes et naturales sensus hominum tam in allegationibus, et sententiis, quam in quibuscumque aliis negotiis procedatur», en A. PÉREZ MARTÍN, *La primera codificación oficial de los fueros aragoneses: las dos compilaciones de Vidal de Canellas*, en «Glossae», 2 (1989-1990), prólogo *In Excelsis*, p. 47.

neamente, para regular o constituir el arbitrio o albedrío judicial (77). El arbitrio judicial otorga dimensión formal a la equidad, se orienta por ella y al mismo tiempo la manifiesta y hace visible en el acto de la declaración de la sentencia. Como suele ocurrir en el Derecho hispánico, la realidad se desdobra en materia y forma con voces y conceptos propios; el hecho de que las jerarquías normativas atiendan a las formas jurídicas productoras de normas (actos de Cortes, libros compiladores...) obliga a situar, en ese mismo ámbito de naturaleza jurídica, al arbitrio judicial como fuente aplicativa y supletoria; ahora bien, presuponiendo esta intervención judicial (subrogada en la justicia regia, a cuya voluntad tampoco se hace referencia directa, absorbida en el desarrollo del *ius regium*), con frecuencia las fuentes prefieren mencionar los criterios de regulación de ese arbitrio, con un paradigma formal intelectualista antes que voluntarista (que resta oculto pero activo). La propia equidad, como es sabido, se concibe por lo general no ruda, sino regulada o constituida (78), esto es, conforme a criterios orientadores que, aun en un margen de discrecionalidad, impiden la arbitrariedad. Por lo tanto, si la equidad orienta el arbitrio o, mejor, nutre su contenido, a su vez la equidad se regula de acuerdo con conceptos que son, en gran medida, reproductores de la equidad, y así el sentido natural y la equidad, como fuente supletoria de los fueros, resulta una expresión redundante, mas a la sazón una expresión articulada de los pasos intelectuales en la formación y expresión del arbitrio judicial. Esta misma clave explica que, cuando un criterio equitativo alcanza

(77) PIANO MORTARI, *Dogmatica*, cit., pp. 249-250, sobre la equidad o razón natural: « Ma l'*aequitas* non rappresentava per l'interprete il principio in base al quale egli potesse creare ex novo le regole giuridiche per i rapporti non previsti dall'ordinamento positivo [...] l'equità costituiva soltanto il criterio della loro valutazione ed eventualmente della loro regolamentazione sempre sul fondamento delle disposizioni esistenti. A volte infatti, in base a considerazioni equitative, il contenuto giuridico di esse veniva ampliato per comprendere situazioni e fenomeni che, se non espressamente, sembravano tuttavia implicitamente contemplati purché alle norme non venisse attribuito un senso puramente letterale. Ma, come è evidente, tutto ciò si svolgeva attraverso un'opera intellettuale di puro carattere interpretativo: attraverso la forma dell'interpretazione estensiva oppure per mezzo dell'interpretazione analogica ».

(78) CORTESE, *La norma giuridica*, cit., I, p. 289, entiende la *extensio* como forma de conversión de la equidad ruda en equidad constituida.

una técnica singularizada, como sucede con la interpretación analógica, esta pueda separarse, a la manera de un desarrollo pormenorizado del vínculo conceptual de la equidad. Si la equidad es el género, el prólogo del *Vidal Mayor* cumple con una jerarquía de especies, evitando el círculo vicioso de la repetición de la equidad, al considerar las *probabiles rationes* y el sentido natural como referencias supletorias de la analogía. Al mismo tiempo, como sucede en las versiones de otros prólogos, la analogía puede desaparecer bajo la referencia al sentido natural y a la equidad, y su inmersión no tiene por qué significar que haya quedado excluida, sino tan solo que resulta una interpretación potencial bajo la referencia al género. Cuando el género desaparece y la analogía queda expresa y antepuesta, el sentido natural se aproxima a las *probabiles rationes*, al *ius commune*; es decir, de las dos direcciones hacia las que cabe orientar la interpretación, que son el *ius proprium* y el *ius commune*, si la analogía asume la primera, el sentido natural debe quedar, en cuanto expresión sinónima de una equidad devenida especie de sí misma, por fuerza próxima al segundo.

La concepción de la analogía como una especie de la equidad no ofrece ninguna duda (79). En el *Decreto de Graciano* se encontraba lapidariamente asentada la idea de la sentencia isidoriana: la similitud justa comulga con la equidad natural: « Nam hoc, aut si quid huic simile est, numquam iniustum, sed naturale equumque habetur » (80). Como se explicó anteriormente, a propósito de la relación entre analogía y ficción, la equidad natural es una condición necesaria de la analogía. Ahora bien, la analogía es esa equidad que no conecta, por su propia naturaleza interpretativa, con el sistema externo del *ius commune*, sino con el sistema interno del *ius proprium*. Y esto es así porque la norma jurídica que la encauza es parte del conjunto normativo, los *Fueros de Aragón*, que interviene

(79) Para PIANO MORTARI, *Ricerche*, cit., p. 127, la *extensio legis* tiene su fundamento en la equidad y la racionalidad natural.

(80) *Concordia Canonum Discordantium*, distinctio 1, c. 7 (Isidor.), in *Corpus Iuris Canonici. Editio Lipsiensis secunda post Aemilii Ludouici Richter curas ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognouit et adnotatione critica. Instruxit Aemilius Friedberg. Pars Prior. Decretum magistri Gratiani*, Graz, Akademische Druck — U. Verlagsanstalt, 1955.

como extremo respecto del cual pueda asimilarse otro extremo con una identidad de razón.

En el *Vidal Mayor*, la fusión interna de los fueros aragoneses con el *utrumque ius* explica que la supletoriedad desde la analogía se contemple en busca de extremos que asimilar a lo largo de ambos sistemas jurídicos; estos dos sistemas jurídicos serían supletorios a su vez en defecto del argumento analógico: las *probabiles rationes* del *ius commune* y el sentido natural del *ius proprium*. Pero esta es la impresión que da la fusión de sistemas jurídicos que se produce en el extremo legal de la similitud (el propio *Vidal Mayor*). El hecho de que otra versión del prólogo de la obra presente, ahora en lugar de la analogía, el *utrumque ius* unido al sentido natural ⁽⁸¹⁾, significa que exteriormente hay dos sistemas paralelos (separación de los sistemas fundidos en el contenido del *Vidal Mayor*) pasto de absorción en el libro jurídico. De modo que, si el prólogo de los *Fueros de Aragón* se limita a referirse al sentido natural ⁽⁸²⁾, las únicas nociones autosuficientes porque pueden funcionar sin compañía (analogía y sentido natural) tienen que conectar entre sí, frente al *utrumque ius* (diríase complementario), a la manera de recurrentes reanálisis del *ius proprium* aragonés. Y es lógico que así sea porque con la analogía se trata de utilizar un medio jurídico para colmar las lagunas de este *ius proprium* (o sentido natural, como criterio jurídico naturalizado en la tierra) desde sí mismo, y no del *utrumque ius* que en rigor el *ius proprium* ya ha incorporado: la razón de identidad reside en el *ius proprium* y para con el *utrumque ius* solo puede encontrarse, excluida su condición extravagante, respecto de su digestión en el seno del *ius proprium*.

(81) *Leges Hispanicæ Medii Aevi. V. Vidal Mayor. Traducción aragonesa de la obra In Excelsis Dei Thesauris de Vidal de Canellas. II. Texto*, G. Tilander (ed.), Lund, Hakan Ohlssons Boktryckeri, 1956, prólogo 2, p. 9: « et fizo aquest libro con muit grant estudio, por el quoyal libro des huey más todas las iusticias iudgan, assí como el fuero manda. Et si por auentura en algún caso no abastasse, lo que non cuidó que fuesse iudgado lealment por naturales sesos de buenos omnes et letales, catando et acorriendo a los dreitos et a las leyes ».

(82) *Los Fueros de Aragón según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, G. Tilander (ed.), Lund, Berlingska Boktryckeriet, 1937, prólogo, p. 3: « fizo et establí aquest libro, por el qual libro des de ueey de más todas las iusticias iudguen, assí como fuero manda; e si por uentura en alguna cosa el fuero non abastasse, que fuesse iudgado leal mientre por naturales sesos de buenos omnes e leales ».

La conexión de la equidad con el *ius commune* es directa, sin que medie explícitamente un procedimiento interpretativo analógico, cuando encuentra en aquel su fuente de formulación conceptual, máxime si el *ius proprium* tiene una vinculación profunda con el *utrumque ius*, como ocurre en la recopilación de las *Constitutions y altres drets de Catalunya* (1588). De esta manera, la negación de la interpretación de los privilegios y constituciones supone un refuerzo de la interpretación declarativa ⁽⁸³⁾, alejado del reconocimiento expreso de la interpretación por similitud y aun extensiva (desdicho por ciertas cláusulas *similiter, simili modo, ad similia*, más cercanas en cualquier caso a la interpretación extensiva que a la analógica). En amalgama el orden de las fuentes supletorias en el *ius proprium* catalán se viste de secuencia desgranada de elementos de una misma entidad cuando se antepone el *ius canonicum*, y en su defecto se liga el *ius civile* y la doctrina jurídica, para añadir después la equidad regulada y señalar que su criterio de regulación se sitúa en el *ius commune* y en la doctrina jurídica, de nuevo, en materia de equidad ⁽⁸⁴⁾, esto es, en ese *ius commune* formado a partir del *ius civile* que sin embargo contempla la equidad sobre todo a la luz del *ius canonicum*. No parece que, en esta maquinaria conceptual, la analogía sea estrictamente necesaria, porque hay un desmenuzamiento de todas las fuentes paralelas y simpáticas, incluido el *ius proprium* que plantea esta supletoriedad y que está profundamente influido por el mismo surtido de *iura*, pero lo cierto es que, a la postre, mediante esa articulación o desfile de fuentes y criterios homogéneos

⁽⁸³⁾ *Constitutions y altres drets de Cathalunya, compilats en virtut del capitol de cort LXXXII. de las Corts per la S. C. y R. Majestat del rey don Philip IV. Nostre Senyor celebradas en la civtat de Barcelona de M.DCCII. Volum Primer*, Barcelona, En Casa de Joan Pau Marti y Joseph Llopis Estampers, 1704, 1.15.1 *De interpretatio*: « Ordenam, Estatuim, quels Privilegis, e Constitutions, que per los antecessors nostres son atorgats, e confirmats generalment a tota la terra, especialment a alguns Locs, o personas, per si romangan en sa força, e en sa valor, e a quiscun Loc per sí, qui haja Privilegis specials, en axi, que algun nols gos interpretar, ne sobre aquells sententia demanar ».

⁽⁸⁴⁾ *Ibíd.*, 1.30.1: « y en los casos que dits Vsatges, Constitutions, y altres drets del present Principat, y Comtats de Rossello, y Cerdanya, y en los casos que dits Vsatges, Constitutions, y altres drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la disposicio del Dret Canonic, y aquell faltant del Civil, y Doctrines de Doctors, y que no les pujan decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada, y conforme a les regles del dret comu, y que aportan los Doctors sobre materia de equitat ».

se llega a la configuración de un escenario hipotético de *extrema* con regulaciones multiversas y una misma razón de identidad, y en este sentido calificable a la postre, desde la equidad y contra pronóstico literal, como una analogía tácita.

Entre la analogía expresa legal de Aragón y la equidad multifacética (columbrada residencia de una analogía tácita) en Cataluña, es viable por lo demás una analogía que se explicita mediante algunos de los conceptos que le son próximos, como posibilidades de su concepción *triplex* (*identitas, imitatio, similitudo*). Así, en los *Fori Regni Valentiae* (1547) la *igualdad* es supletoria como complemento del sentido natural ⁽⁸⁵⁾, en un juego semántico casi de prestidigitación, porque, a falta de tradición jurídica genuina, el *ius proprium* al que puede remitir el sentido natural no es otra cosa que el *utrumque ius* y el *ius commune* inyectado en las aparentes *costums* valencianas, luego la igualdad (ora analogía lata, ora quizá tan solo mención de la analogía estricta por razón de la identidad o igualdad de la razón que asimila los extremos) no puede operar sino respecto de las mismas fuentes del *ius proprium* que son a la postre las del *utrumque ius* (también aquí con preferencia del *ius canonicum* sobre el *civile*) y el *ius commune*. En definitiva, presupuesto el *ius commune* como fuente global (e incluso considerado directamente, redundantemente supletorio en ciertos fueros y privilegios valencianos), se abre la puerta al desglose en expresiones que desarrollan su influjo: por un lado el *ius proprium*, mencionado mediante el giro del sentido natural, y por otro lado la igualdad analógica, como un desdoblamiento del sentido natural oración desde la perspectiva de la mecánica concreta de la reinterpretación del tan canónico-romano *ius proprium*.

La peculiaridad de Castilla consiste en que la ley primera de Toro (1505), en su orden de prelación de fuentes, no se refiere a la analogía, como tampoco lo hizo el *Ordenamiento de Alcalá* (1348) que aquella actualiza, y sin embargo Antonio Gómez, al comentar la ley taurina, entendió, con el amparo de algunas disposiciones del *Codex Iustinianus*, que, en defecto de la opinión probable de los

(85) *Fori Regni Valentiae*, Montissoni, Impressi Imperiali cum priuilegio, 1547, f. 1v: « Et aquestes coses en axi sobredites volem que lla hon aquestes costumes no poran abastar: aquells que jutgaran puixen leeriuament recorrer a natural seny e a egualtat ».

doctores, procedía recurrir al argumento *in simili casu* a partir de la ley o del *ius scriptum* ⁽⁸⁶⁾. En estas palabras de Gómez se agradece apreciar con claridad dos criterios. Uno es la anteposición de la doctrina jurídica (en defecto de las *Partidas*, con fuerza de ley desde el citado *Ordenamiento de Alcalá*) a la interpretación y declaración regia que colma dudas y lagunas, pero también la anteposición a esa otra fuente inserta con preferencia cual es (por arbitrio judicial) la analogía; si se compara la posición de la analogía en el sistema jurídico castellano según Gómez y la posición de la equidad regulada en el sistema jurídico catalán, se notará que la primera queda subordinada a la doctrina jurídica (opinión probable de los doctores o *ius commune*, analogía en su defecto) tal y como la segunda quedaba pospuesta como orientación de aquella (doctrina de los doctores y equidad regulada según el *ius commune*). Otro criterio nítido es la referencia de la analogía a la ley y al *ius scriptum*, lo que enlaza perfectamente con la naturaleza jurídica (expresión legal) de la analogía, y clava el extremo asimilador del *ius proprium* desde el que la similitud opera, en particular la fuente preferente del *ius regium* que preside el sistema jurídico castellano; lo extraño es que entre ley y analogía Gómez incruste la opinión de los doctores.

Distinta es la posición de Gregorio López en su glosa a las *Partidas*. Explicó, considerando su razonamiento expresamente aplicable al *Ordenamiento de Alcalá* y a la ley primera de Toro, que la referencia a la interpretación y declaración del rey en caso de dudas legales obedecía a la necesidad de una interpretación general, necesaria y escrita, en virtud de su vocación de integración legal; estas mismas características de la interpretación se reproducen en la interpretación judicial, salvo la generalidad. Ahora bien, el juez, cuando tiene duda sobre su decisión, debe acudir a una interpretación consuetudinaria, y en su defecto a una interpretación analógica,

(86) GOMEZII *Ad leges Tauri*, cit., p. 6: « Item, communi opinione deficiente, imo prorsus deficiente aliqua probabili opinione alicujus Doctoris, procedendum erit argumento alicujus legis, vel juris scripti in simili casu disponentis: text. est in leg. *Non possunt. ff. de Legib.* cujus verba sunt: *Non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus, aut Senatus Consultis comprehendit: sed cum in aliqua causa Sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet: bonus text. in leg. fin. Cod. de Haered. institut. text. in leg. Illud. ff. Ad legem Aquil. text. in leg. 1. §. 2. & 3. ff. de Fonte: text. in cap. Inter caeteras. in fin. de Rescript ».*

y solo si entonces todavía no puede resolver ha de recurrir a la interpretación regia, aunque finalmente se anteponga además, a esta última fuente, la busca de solución en la opinión de los doctores, salvo que esta sea dudosa, falsa, no común o vencible por *probabiles rationes* ⁽⁸⁷⁾. Otra vez hay aquí dos criterios que destacar. El primero se refiere a la proximidad entre la interpretación consuetudinaria y la interpretación analógica, pues la primera tiene que ver con el análisis de la ejecución o consumación previa de la ley que ahora ofrece dudas; ese historial problemático tal vez brinde pautas para colmar las dudas y lagunas jurídicas, como un campo usado y surcado de casos semejantes bajo una razón idéntica legal, equiparable en cierta medida a la presente interpretación analógica de la ley, una analogía que viene a desarrollar, en definitiva, una ampliación de las potenciales posibilidades interpretativas para casos semejantes una vez verificada (porque sería preferente) la interpretación extensiva en la que pudiera haber consistido la consumación legal efectiva en casos prácticos semejantes. El segundo criterio, a la salud de la elegancia discursiva de Gregorio López, afecta a la estructura de proximidad y continuidad, en la jerarquía de fuentes, entre la ley sometida a la interpretación analógica y la analogía (sin el *ius commune* de por medio, a diferencia de Gómez), en un racional y homogéneo agotamiento de la versatilidad de la ley, tanto de su expresión normativa cuanto de la expresión de su fuerza analógica, como una concentración de rayos desde su pedestal preferente en el *ius proprium* de Castilla.

(87) G. LOPEZ, glosa *Por aquel que las fizo a Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado...*, Salamanca, Por Andrea de Portonaris Impressor de su Magestad, 1555, 1.1.14: « Nam intelligitur: vt interpretatio fit generalis, & necessaria, & in scriptis redigenda, item iudicis interpretatio licet sit necessaria & in scriptis redigenda, non tamen est generalis neque praeiudicat aliis [...] nam dicit procedere, quando iudex est ita dubius quod nescit quid faciat, quia nec consuetudine est interpretatum, nec apparet de benigniori intellectu, nec potest procedere de similibus ad similia: quia non reperitur ita simile, vnde iudex est dubius, tunc recurrendum est ad Principem, vide ibi per eum, vbi & quid si dubium est positum in opinionibus doctorum, & non est communis opinio, vel illa sit euidenter falsa, vel possit conuinci probabilius rationibus: videas ibi, & adde ad istam legem Regis Alfonso in curijs de Alcala, quae est inserta in ordinationibus Taurinis ».