

# INTERPRETACIÓN EXTENSIVA Y ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL

Por Eduardo RAMÓN RIBAS

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universitat de les Illes Balears

**SUMARIO:** 1. Derecho Penal y Ley. 2. La crisis del modelo de identificación entre Derecho y Ley: la necesidad de interpretar las leyes. 2.1. La incapacidad de la ley para concentrar todo el Derecho. 2.1.1. Incapacidad cuantitativa. Defectos propios del legislador. 2.1.2. Incapacidad cualitativa. Defectos inherentes al lenguaje. 2.2. La interpretación como una actividad necesaria para la aplicación de las normas jurídicas. 2.3. La interpretación como un viaje circular. 2.4. El supuesto de hecho como punto de partida de la interpretación judicial de la norma. 3. Interpretación de la norma y analogía. 3.1. La interpretación y la analogía como actos de creación del Derecho. 3.2. El artículo 3.1 CC como referencia normativa en materia de interpretación. 3.3. Interpretación teleológica e interpretación gramatical. 3.4. Interpretación extensiva y la analogía. 3.5. La confusión judicial entre interpretación extensiva y analogía, «ambas prohibidas». 3.6. Analogía, cláusulas legales de analogía e interpretación analógica. 3.7. Algunos supuestos de interpretación extensiva y analogía en la práctica judicial. 3.7.1. El concepto penal de morada: interpretación extensiva permitida. 3.7.2. El cuchillo de cocina como arma prohibida: analogía prohibida. 3.7.3. El concepto penal de función pública: interpretación extensiva permitida. 3.7.4. El concepto de violencia en el delito de coacciones: interpretación extensiva permitida y analogía prohibida. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

## 1. Derecho Penal y Ley

La descripción de una rama del Derecho se realiza normalmente refiriéndose a ella como un conjunto de normas. El Derecho Penal, concretamente, se define como una parte del ordenamiento jurídico conformada por aquellas normas que, con el fin de proteger los valores e intereses más importantes de la sociedad, definen como delitos o faltas determinadas conductas a cuya realización asocian la imposición de ciertas consecuencias jurídicas, fundamentalmente penas y medidas de seguridad.

Definido de esta forma el Derecho Penal, se destaca comúnmente el papel esencial que en este ámbito desempeña, en virtud del principio de legalidad, la Ley, expresión de la soberanía popular. Sólo por medio de ley escrita puede establecerse qué comportamientos son considerados penalmente ilícitos así como las consecuencias que de ello pueden derivarse.

El reconocimiento de que otras disposiciones generales distintas de la ley, la costumbre, los principios generales del Derecho y los Tratados Internacionales *también son fuentes del Derecho Penal* no debe ocultar su carácter meramente auxiliar e integrador de la Ley.

Se produce, de este modo, un doble proceso identificador: el Derecho Penal es un conjunto de normas jurídicas, cuya fuente creadora es la Ley. En suma, **el Derecho Penal es el conjunto de Leyes penales**.

La justificación de la adopción constitucional del principio de legalidad en materia criminal adopta perfiles históricos y responde a una doble exigencia garantista: de legitimación y de seguridad: *«ambos aspectos se tuvieron muy en cuenta por los revolucionarios de 1789, que no demandaban solamente la intervención de la Asamblea Nacional para regular los delitos y las penas, ni tampoco se limitaban a denunciar la aplicación arbitraria del Derecho por parte de los jueces del Antiguo Régimen. En realidad, su crítica al sistema penal anterior cubría por igual, y conjuntamente, ambas direcciones, convergiendo en un postulado superior y de trascendental alcance: la interdicción de la arbitrariedad del Estado en el ejercicio de la potestad punitiva»*<sup>1</sup>.

En efecto, sólo la utilización de leyes escritas<sup>2</sup> permite limitar (que no impedir) la actuación arbitraria de aquellos que poseen el *ius puniendi*. Y la razón es fácilmente comprensible: sólo la ley escrita

---

<sup>1</sup> Vid. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 1996, págs. 69-70.

<sup>2</sup> Las reflexiones del presente trabajo se refieren, básicamente, al Derecho continental, en el que la legalidad escrita halla sus dominios. Sin embargo, los beneficios que proporciona aquella son predicables también, al menos en parte, del sistema anglosajón. Y ello porque hay ciertas características o cualidades (certeza, estabilidad, comunicabilidad) que son inherentes no tanto a la ley como al instrumento escrito. En este sentido, una vez establecido el precedente jurisprudencial y plasmado en una sentencia escrita, los futuros aplicadores del Derecho dispondrán de un cuerpo escrito que hará las veces de nuestro cuerpo legal. Será diferente, eso sí, la procedencia última de los mandatos normativos, anclados, en el Derecho europeo, en los textos legales, creados, en el Derecho anglosajón (en gran medida), directamente por los jueces. De la exigencia garantista propia del principio de legalidad, intervención parlamentaria en la creación de las leyes y fin de la aplicación arbitraria del Derecho por parte de los jueces, el Derecho anglosajón renuncia a la primera de ellas, al menos en el sentido en el que lo entendemos en la Europa continental.

«posee certeza, objetividad, estabilidad, comunicabilidad y, sobre todo, impersonalidad, ya que se separa de la persona o conjunto de personas que la «escribieron» para adquirir entidad propia»<sup>3</sup>. Dado que las leyes proceden, originariamente, del Parlamento, órgano constitucional en el que confluyen carácter estatal y decisión democrática, queda asegurada la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos de mayor trascendencia (aprobación de leyes), lo que debería posibilitar un adecuado nivel de comunicación entre ciudadanía y poder.

La escritura se convierte, por tanto, en elemento imprescindible de un Estado democrático, en el que el ciudadano esté informado de aquello que no está permitido hacer y de las consecuencias jurídicas que de su ilícito comportamiento podrán derivarse. Pese a ser *condición necesaria*, la escritura no es, sin embargo, *condición suficiente* para que haya seguridad jurídica. No basta con que la Ley sea escrita ni, por supuesto, con que sea Ley, es decir, norma emanada de quien representa la soberanía popular. Es preciso, además, que el texto que incorpora la Ley sea claro, taxativo; que estén prohibidas la analogía y la retroactividad de las disposiciones penales y que no quepa delegación normativa que permita que la fuente material última de los delitos y faltas sean órganos distintos del legislativo.

Escrita, clara, taxativa, irretroactiva, completa y conocida<sup>4</sup>. Estos son los caracteres que deben adornar a las leyes propias de un Estado de Derecho.

<sup>3</sup> Vid. ALARCÓN CABRERA, quien en el *Prólogo de La letra y el espíritu de la Ley* (FROSINI, Ariel Derecho, Barcelona 1995), pág. 8, resume las ideas del autor. En la página 36 de dicha obra Frosini explica cada uno de aquellos caracteres, propios de la ley grabada en la piedra (las tablas de Moisés) y, en general, del instrumento escrito, que implican un cambio profundo respecto a la ley transmitida por tradición oral: «Así, adquieren el rasgo de la certeza, ya que la ley escrita se objetiva y vincula a su composición gráfica; el de la estabilidad, ya que es destinada a permanecer inalterada con el paso del tiempo; el de la comunicabilidad, ya que, aunque pueda leerse en voz alta, también puede transcribirse y difundirse mediante copias; el de la impersonalidad, en cuanto que se distancia de la persona que la dictó o escribió y se convierte en algo independiente. De este modo, la ley adquiere su autonomía espiritual».

<sup>4</sup> «Para que la ley cumpla su función de conducir la vida social (...) no basta con que sea formulada, sino que es necesario que sea conocida por sus destinatarios, a quienes se les encarga la tarea de cumplirla y hacerla cumplir». Vid. FROSINI, *La letra y el espíritu de la Ley*, ob. cit., pág. 42.

Precisamente la regulación actual del error de prohibición (y, también, pues la descripción típica exige en ocasiones el conocimiento de la antijuridicidad, del error de tipo) al atenuar o excluir (según el error sea, respectivamente, vencible o invencible) la responsabilidad criminal de quien desconocía la significación antijurídica de su actuación, es tributaria de la idea de que el mensaje legal se dirige a todos y que sólo sobre quienes lo conocen o tuvieron posibilidad de conocerlo, puede recaer el peso de la ley.

El principio de legalidad penal impone aún una última exigencia: es preciso, en efecto, que el vehículo normativo adopte la **forma de Ley** y que reúna todas aquellas **cualidades**; pero también es preciso un determinado **contenido**, de modo que la ley, las leyes, sean **leyes de libertad**, cuyo objeto sea hacer posible el libre desarrollo de los miembros del grupo social<sup>5</sup>. Y es que, como indica García de Enterría, todo el fin del Estado se concreta en el Derecho y, más concretamente, «en un Derecho cuyo objeto se reduce a asegurar la coexistencia de las libertades de los súbditos»<sup>6</sup>. El sacrificio de unas es imprescindible para la preservación y creación de otras. O, dicho de otro modo, la ley penal, ciertamente, limita la libertad de los ciudadanos<sup>7</sup>, pero sólo, como observa Carbonell Mateu, como forma de proteger y aumentar la propia libertad<sup>8</sup>.

En suma, el Principio de Legalidad persigue, de modo inmediato, dos objetivos: dotar de legitimidad democrática las decisiones fundamentales del Estado y, en concreto, aquellas que pasan a conformar el Derecho Penal, y transmitir a los ciudadanos, del modo más claro posible, el contenido de aquellas decisiones. Estos dos fines inmediatos sirven a otro que los presupone. La libertad, fin último del Derecho. Ésta necesita de aquellos fines, pero no se agota en ellos. Asegurada la participación de los representantes del pueblo en la elaboración y aprobación de las reglas principales de la sociedad, su voluntad debe expresarse por escrito. Esta segunda exigencia del principio de legalidad tiene, en la actualidad, un doble componente, formal y material: se refiere, por una parte, a la forma que debe adoptar la expresión de la potestad punitiva (Ley escrita, clara y completa), pero también, por otra parte, a su contenido. «la sumisión al principio de legalidad, hoy,», como indica Quintero Olivares, «no puede conformarse con la simple y escrupulosa aplicación de la «lex stricta et scripta» y las demás garantías: ha de ir más allá y llegar al ideal de justicia material que el derecho positivo dice perseguir»<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid 1994, pág. 25.

<sup>6</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid 1994, pág. 27.

<sup>7</sup> «El Derecho Penal ha de intervenir lo menos posible y siempre al servicio de las libertades. Y piénsese que lo hace negando, en lo que sea imprescindible, la propia libertad, tanto cuando prohíbe hacer algo —la libertad máxima equivaldría a la inexistencia de prohibiciones—, como cuando impone una pena —sea directamente la privación de libertad, sea la restricción de cualquier derecho—». Vid. CARBONELL MATEU, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia 1996, págs. 33-34.

<sup>8</sup> Vid. CARBONELL MATEU, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., pág. 33.

<sup>9</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 1996, pág. 2.

Erigida la ley en pieza fundamental del Estado de Derecho, constituida en instrumento a través del cual alcanzar el fin de que la arbitrariedad e inseguridad jurídicas sean un recuerdo y el hombre no dependa del hombre<sup>10</sup>, de la voluntad inestable, caprichosa y desigualitaria de un particular, sino de la voluntad general<sup>11</sup>, no cabe sino atribuirle la responsabilidad última de las decisiones judiciales. El juez debe limitarse a aplicar las prescripciones impersonales, dirigidas a todos los ciudadanos por igual, contenidas en **la Ley**<sup>12</sup>. Ésta no padece los defectos de la frágil voluntad del individuo: es equitativa y estable y, por no atender a consideraciones personales, **permite la igualdad de todos ante el Derecho**<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> «Lo que primero se exige —ésta es la primera reivindicación de la conciencia del derecho— es que el hombre no dependa del hombre, sino solamente de la Ley impersonal... Es en la soberanía constante de la Ley ejercitándose sobre todos sin excepción en lo que primeramente parece que puede conciliarse el ideal de unidad del Estado y las reivindicaciones que exigen que ningún hombre dependa de otro y que todos los hombres sean iguales en Derecho. La Ley en su estabilidad se opone a lo que la voluntad particular tiene de cambio, de aleatorio. De una parte, lo arbitrario, el capricho, los saltos de humor del despotismo; de otra, la Ley estable y equitativa. La Ley que cuida el interés general, que defiende el bien jurídico contra los intereses versátiles y contradictorios de los particulares. En el lugar de la dominación del hombre se quiere poner la de la Ley. El hombre libre no puede obedecer a otro hombre, no puede someterse más que a la Ley. Debe ser completamente independiente de todo poder, salvo del de la Ley. No hay ante la Ley ninguna excepción, ningún privilegio. Todos deben ser iguales ante la Ley. (...) La Ley es un ser impersonal que, por su carácter general, crea la unidad de todos. Sin consideración a las personas, se mantiene a través de todos los caprichos, de todos los intereses particulares. Independiente de los hombres, reposa sólidamente sobre sí misma. Vid. GROETHUISEN, *Philosophie de la Revolution Française*, Paris 1956, págs. 252-253 (cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, ob. cit., pág. 22).

<sup>11</sup> Frente al poder personal y arbitrario característicos del Antiguo Régimen, se alza el ideal del gobierno por y en virtud de las leyes. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, ob. cit., pág. 21.

<sup>12</sup> «Así, y aunque se trate sin duda de una ficción, el juez ordinario puede «endosar» el sentido del fallo al propio legislador: ante un cierto caso, sólo cabe una solución justa o adecuada, y esa es precisamente la prevista por el autor de la norma, que desempeña el papel de premisa mayor. (...) Dicho de otro modo, el tipo de razonamiento de un juez ordinario supone concebir la decisión «como si» derivase del legislador». Vid. PRIETO SANCHÍS, «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto 1991, pág. 177.

<sup>13</sup> El principio de legalidad nos permitiría, de este modo, acercarnos más al ideal perseguido por la Constitución en su artículo primero. En él se declaran como valores fundamentales la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. La seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos a través de la elección de sus representantes, a quienes se atribuye la función de adoptar las decisiones básicas de la sociedad, son fines, por así decirlo, instrumentales, al servicio de los anteriores. No es extraño, por todo ello, afirmar la indisociabilidad del principio de legalidad respecto del Estado de Derecho, su transformación, en el seno de un Estado social, en instrumento de justicia material, así como entender que su dimensión esencial no se agota en la comprobación

El dibujo esbozado con las precedentes reflexiones nos muestra la imagen de un sistema penal alimentado por una sola fuente de creación normativa, la ley, vehículo de la expresión popular a través del cual son establecidas las reglas de juego fundamentales de nuestra sociedad, reglas que, aplicadas por los jueces, deben dar respuesta a los conflictos que se planteen. Dicha respuesta, según parece, será previsible, equitativa e impersonal, lo cual redundará en el beneficio de todos.

¿Es ciertamente así? Como sabemos, no. La incapacidad de la ley para prever todas las circunstancias y situaciones, por una parte, y la textura abierta del lenguaje<sup>14</sup>, por otra, hacen inevitable una actividad de **interpretación** de las leyes: sólo mediante ésta es realmente posible saber **qué dice una norma**.

## 2. La crisis del modelo de identificación entre Derecho y Ley: la necesidad de interpretar las leyes

### 2.1. La incapacidad de la ley para concentrar todo el Derecho

#### 2.1.1. Incapacidad cuantitativa. Defectos propios del legislador

El ideal decimonónico del monopolio de la ley debe, en efecto, ser objeto de una relativización: el legislador no puede regular to-

---

de si la ley positiva se ajusta o no a sus postulados, sino que requiere la adecuación del conjunto de la actividad represora del Estado al Estado de Derecho Social y Democrático. Vid. QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 31-34.

<sup>14</sup> Es preciso tener presente, como indica SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*), Barcelona 1992, pág. 129) que el lenguaje jurídico no es un *aliud* respecto al lenguaje ordinario, sino un uso específico de éste, cuya característica principal es su incorporación al mundo del derecho, lo que determinará la existencia de peculiaridades en el proceso de comprensión del mismo, mas no su apartamiento de las reglas que rigen el uso general del lenguaje, «*lo cual implica atender a la sintaxis, a la semántica y al contexto —en sentido estricto, textual— en que se encuentre la concreta expresión*» objeto de nuestra interpretación.

No puede ser de otro modo: el Derecho, como observa LARENZ (*La metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona 1990, pág. 316), se dirige a todos y a todos a la vez, por lo que no puede renunciar a un mínimo de comprensibilidad general, lo que determinará que el legislador se sirva del lenguaje general, de forma que pueda ser entendido por los ciudadanos. Precisamente porque «*el lenguaje jurídico es un caso especial del lenguaje general*», no es capaz de alcanzar la exactitud de una lógica matematizada y del lenguaje de la ciencia, por lo que sus términos siguen necesitando interpretación (págs. 308 y 317). La causa de ello no es difícil de entender: si el lenguaje general se caracteriza por su flexibilidad, riqueza de matices y capacidad de adaptación (pág. 317), esas mismas cualidades son atribuibles al lenguaje jurídico. El significado de los términos jurídicos, en consecuencia, «*se balancea dentro de una cinta ancha*», y «*puede ser distinto según las circunstancias, la relación objetiva y el contexto del discurso, la posición de la frase y el acento de una palabra*» (pág. 308).

dos los ámbitos, con sus múltiples matices, de la vida social. Pese a que «*la instauración del Estado legislador, llevada a término por la Revolución Francesa, trajo la pretensión nueva de reducir el derecho a un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas, (...) pronto se advierte que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene*»<sup>15</sup>.

Se hablará, a partir de entonces, del principio de *primacía de la ley*, con lo que ésta se situará, jerárquicamente, en la cúspide del sistema normativo, de modo que ninguna disposición de inferior rango pueda oponerse a ella, pero reconociendo, al mismo tiempo, que habrá espacios de la vida social cuya reglamentación deberá ser realizada por órganos distintos de aquel que representa a los ciudadanos<sup>16</sup>. Sólo en materia penal subsiste la exigencia de que la Ley sea la única fuente normativa. No obstante, incluso allí donde la ley

---

<sup>15</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid 1984, págs. 17-18.

<sup>16</sup> Vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, págs. 63-64.

De este modo, el poder normativo, la capacidad de crear normas jurídicas, no estará concentrado en un solo órgano, el Parlamento, sino que será una función, aun a distinto nivel, compartida: junto al Poder Legislativo, también el llamado Poder Ejecutivo asumirá en este ámbito un estatus activo, pues a él le corresponde la denominada *potestad reglamentaria*. La asunción de ésta por la Administración, la apropiación, asimismo, de los fines de fomento, atribuyéndose la tarea esencial de transformar positivamente las condiciones fácticas y morales que hacen posible la vida social y personal, persiguiendo el bienestar (sanidad, colonización, canales, caminos, industrias, educación, ciencia, recuperación de animales, crédito, etc.) de los individuos, la conversión, en definitiva, de ella en una persona singular, sujeto no ya de una abstracta función, sino de actividades múltiples, generales y particulares, de hecho y de derecho, formales y materiales, afirmándose ante el Derecho como un sujeto real y verdadero, y el consiguiente alejamiento de los criterios originarios de la doctrina de la separación de poderes, se explica, históricamente, además de por la inabarcabilidad de dicha tarea por parte del Poder Legislativo, por las características propias de un poder gubernamental que es, en sí mismo, ágil, flexible, activo, constante, general, notas todas que hacen de la Administración un sujeto adecuado para impulsar una nueva estructura social, pretensión última de la Revolución Francesa. «*Era preciso configurar un extenso poder capaz de asumir esta misión, cuya amplitud desbordaba toda la tradición del Estado*». O, dicho de otro modo, las características referidas «*volcaban el peso necesariamente del lado de la Administración*». Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, ob. cit., págs. 41-75.

Como destaca este último autor, se forjó, así, «*el modelo de la gran Administración contemporánea, "cette belle conquête de la Révolution que l'Europe nous envie". Toda Europa, en efecto, en un nuevo proceso de recepción más enérgico, más intenso y más rápido que el que pudo ser la recepción del Derecho romano, adoptó este ejemplo, que se consagró como la fórmula de los tiempos*» (Vid. ob. ult. cit., págs. 73-74).

mantiene su monopolio, se hace evidente la necesidad de llenar los vacíos provocados por la utilización de fórmulas generales y abstractas, fórmulas, por otra parte, precisas para asegurar la igualdad de todos ante la ley, y recurso imprescindible al que debe acudir un legislador no omnipotente, racional y humano.

Incluso en una figura con tanta tradición y tan conocida como el homicidio, la utilización de una *fórmula general y abstracta* evidencia la multitud de interrogantes que su aplicación genera. La fórmula es: *El que matare a otro*. Los interrogantes, entre otros, los siguientes: la fijación del momento exacto en el que se adquiere la condición de *otro*, interpretado este término, unánimemente, como equivalente a *persona*, y del que depende la aplicación del régimen jurídico propio del homicidio y sus formas o del régimen que disciplina el aborto; la determinación del momento de la muerte; los efectos del tiempo cuando hay una gran distancia temporal entre acción y resultado; el establecimiento del inicio de la ejecución en casos de tentativa; las relaciones concursales que en este último supuesto pudieran entablarse con las lesiones que se causaren; la delimitación, en casos de participación plural, entre autores y partícipes; la catalogación como concurso ideal o real de la producción de varias muertes mediante un único hecho (doloso o imprudente); la distinción entre dolo eventual y la imprudencia consciente, etc. A todos estos interrogantes tiene el juez la obligación de responder, sin que la abstracta y genérica fórmula *el que matare a otro*, o los conceptos legales de autoría, tentativa o concursos sean suficientes, en su literalidad, y sin una previa *dotación de significado de cada uno de sus términos*, para obtener, mediante un sencillo silogismo, las necesarias respuestas.

La mentada *dotación de significado* es inevitable en todo caso, pues todos los tipos penales, sin excepción, contienen *fórmulas generales y abstractas* que necesitan dicha dotación. Si esta tarea tuviera que llevarla a cabo el legislador, sería tanto como exigirle que más que a *elaborar leyes* se dedicara a *escribir manuales de derecho o comentarios al articulado del Código Penal*, pretensión, por supuesto, absolutamente irrazonable y que, por otra parte, tampoco solucionaría todos los problemas posibles, puesto que las nuevas fórmulas legales empleadas exigirían una nueva dotación de significado.

### 2.1.2. Incapacidad cualitativa. Defectos inherentes al lenguaje

En relación con la *textura abierta del lenguaje*, y dado por sentado que el jurídico no es más que una especie del general, lo que hace que aquél, como éste, sea impreciso, pues las palabras no siempre y en



todas partes tienen el mismo significado<sup>17</sup>, es preciso destacar la peculiar situación entre ciudadano y ley de ella derivada: «en la moderna civilización jurídica —la de la ley escrita y publicada que hacen cumplir los magistrados y los funcionarios públicos— al ciudadano se le sitúa en cada proceso judicial frente a una ley o, mejor, frente a la Ley en general, y se presenta un problema que es central en la vida del derecho, entendido éste como el conjunto de comportamientos sociales regulados por las leyes. Dicho problema es el siguiente: una ley, la misma ley, parece contener en sí misma diversos significados, mientras que las palabras con las que la ley se escribió quedan inmóviles sobre el papel ajustadas a la literalidad de sus expresiones, el espíritu de la ley, o sea, el significado que se atribuye a las disposiciones normativas de las que la Ley se compone, parece dinamizarse y moverse en direcciones diversas»<sup>18</sup>.

No será posible, de esta forma, concebir la actividad de los operadores jurídicos, intermediarios de aquella relación que se establece entre ciudadano y ley, como un proceso automatizado y mecánico en el que la comprobación de la concurrencia de determinados hechos y su subsunción en los tipos legales correspondientes haga del juez un sujeto pasivo, limitado, en su labor, a la recepción de información fáctica que, una vez comprobada, no habrá más que *procesar*, subsumirla en la norma correspondiente y aplicar las correspondientes consecuencias. Y no es posible entenderla de este modo porque la premisa mayor, la norma general, la ley en nuestro caso, no nos viene dada de forma completa, precisa e inmutable, sino que debe ser *construida por el intérprete a partir de* (pero no exclusivamente con) *la letra legal*.

En suma, no se trata sólo de que las disposiciones legales no puedan regularlo todo, sino que, además, cuando regulan un supuesto concreto, la utilización del lenguaje sitúa al juez ante la incertidumbre de decidir cuál de los diferentes y, en principio, posibles significados es el *verdadero*, el *propio* de la norma interpretada<sup>19</sup>. Tomar

<sup>17</sup> Vid. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1984, pág. 222.

En efecto, aun cuando se respeten todas las exigencias de taxatividad de las leyes penales, la mayoría de los términos del lenguaje son, como señala SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, ob. cit., pág. 135), *vagos*, pues remiten siempre a un conjunto de significados posibles y/o tienen carácter *poroso*, es decir, experimentan cambios de significación con el paso del tiempo.

Todo ello hace que los tipos penales y, en general, los tipos legales, sean, según HASSEMER (ob. ult. cit., págs. 224-225) *equívocos*, pues la gama de elementos de esta naturaleza es prácticamente inagotable y se encuentran por todas partes en cualquier conjunto normativo del derecho.

<sup>18</sup> Vid. FROSINI, *La letra y el espíritu de la Ley*, ob. cit., pág. 21.

<sup>19</sup> Como afirma RIGGI (*Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Barcelona 2010, pág. 325), siempre existirá un considerable grado de

dicha decisión obliga al juez a realizar una *elección*, esto es, como ya he avanzado, a *dotar de contenido cada término y a la norma en su conjunto*.

Se derrumba, en definitiva, el dogma de la posición del juez como ser inanimado, mero portavoz de la ley, reducido en su tarea a repetir y pronunciar las palabras de aquella<sup>20</sup>. Y nace, como destaca García de Enterría, una concepción nueva de la actividad de los jueces, en la que toda decisión suya reproduce necesariamente, en mayor o menor medida, el proceso de creación del Derecho, pues en toda aplicación judicial de una ley hay necesariamente una conformación valorativa de una norma jurídica, una decisión originaria sobre el orden jurídico<sup>21</sup>.

## 2.2. *La interpretación como una actividad necesaria para la aplicación de las normas jurídicas*

El dominio del Derecho Penal, su correcto manejo y comprensión, requerirá, por todo ello, no sólo conocer lo que literalmente *dicen las leyes* (por ejemplo, *El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley* —artículo 145—) así como *su/s significado/s* (aborto: ¿destrucción de la vida intrauterina? ¿interrupción del embarazo?), sino también *preguntarles* acerca de aquello que (*textualmente*) no dicen y descubrir/decidir su respuesta (en relación con el aborto, por ejemplo, la fijación exacta del momento de transformación del feto en persona).

Será preciso, en suma, *interpretar*, esto es, *separar, difundir y exponer* el «*sentido dispuesto en el texto, pero, en cierto modo*», como

---

indeterminación en el texto legal, «*por el solo hecho de haber sido formulado, mediante un lenguaje natural que connaturalmente padece de aquella carencia de determinación. En síntesis: la ley arrastra consigo, al ser explicitada mediante el lenguaje natural, los defectos propios de este último que se derivan de la indeterminación innata a todo lenguaje natural*».

<sup>20</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, ob. cit., pág. 21.

<sup>21</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, ob. cit., págs. 22-23. En el mismo sentido, KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Köln 1982, pág. 11 (cit. por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, ob. cit., pág. 134: «*La aplicación del Derecho positivo requiere su interpretación, sin embargo, la interpretación remite más allá de la propia legislación positiva; se interesa por verdades que no pueden tomarse del propio Derecho positivo. Así pues, toda interpretación del Derecho positivo significa desarrollar un concepto parcial del Derecho correcto*»).

subraya Larenz, «*todavía oculto. Mediante la interpretación “se hace hablar” a este sentido, es decir, éste es enunciado con otras palabras más claras, expresado más precisamente y hecho comunicable. Al efecto es característico para el proceso de la interpretación que el intérprete sólo quiere hacer hablar al texto, sin añadir o preterir cosa alguna*»<sup>22</sup>.

Sin embargo, aquél no se comporta jamás de manera puramente pasiva, pues el texto sólo contesta a quien le interroga rectamente, para lo cual es preciso conocer el lenguaje legal y la conexión regulativa en que la norma se encuentra. En la formulación de las preguntas se da ya una cierta participación del sujeto en los resultados que después se obtendrán<sup>23</sup>. Si a ello añadimos la multiplicidad de respuestas que, incluso ante la misma pregunta, pueden presentarse como razonables, resultará imposible caracterizar la interpretación como un procedimiento exclusivamente deductivo, pues a las elecciones sobre el significado preceden las relativas a las preguntas. Sólo quien se encuentra familiarizado con el Derecho podrá dirigirse al texto correctamente, si bien ello no garantiza la uniformidad del contenido de las preguntas. Ello llevará a afirmar que la interpretación supone un *desarrollo* del Derecho<sup>24</sup> y que es *siempre*, con arreglo a su propia esencia, *una actividad creadora*<sup>25</sup>.

Un texto, un sujeto y una actividad de éste encaminada a esclarecer el sentido o significado de las palabras de la ley y determinar su alcance y contenido, esto es, culminar el proceso legislativo mediante la obtención de la norma jurídica al objeto de aplicarla al caso concreto<sup>26</sup>, forman parte de la tarea de *averiguación o conocimiento* del Derecho Penal.

La interpretación, dicho de otro modo, no es un simple *instrumento* del jurista para *acceder al Derecho* ya creado por el Parlamento y contenido en la Ley, lo cual permitiría configurar la interpretación como simple *prolongación del texto y hallazgo del verdadero significado o voluntad* en él contenido; es *una forma de culminación del proceso en el que el intérprete asume un papel creativo*. Como afirma Quintero Olivares, «*es indudable que los jueces y tribunales tienen, como es lógico y por voluntad constitucional, el llamado monopolio de la jurisdicción, en cuya virtud les está reservada la función de declarar*

<sup>22</sup> Vid. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., pág. 309.

<sup>23</sup> Vid. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., págs. 309-310.

<sup>24</sup> Vid. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., pág. 359.

<sup>25</sup> Vid. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*, Edit. *Revista de Derecho privado*, traducción y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid 1935, pág. 149.

<sup>26</sup> A estos elementos se refieren DEL ROSAL (*Tratado de Derecho Penal español. Parte General*, Madrid 1976, pág. 313) y MEZGER (*Tratado de Derecho Penal. Tomo I*, ob. cit., pág. 149).

*el derecho (ius-dicere) que corresponde aplicar a cada caso, y esa tarea no es sólo "interpretación", sino que en el contexto de la relación entre el hombre y el estado se presenta como un acto de creación del Derecho que es procedente aplicar a aquel sujeto y a aquel conflicto»<sup>27</sup>.*

La ley, en fin, se convierte en el eslabón inicial de una cadena que, desarrollada por los jueces y tribunales mediante su actividad *interpretativa*, encuentra, al final, *el Derecho*. Desde esta perspectiva cabría afirmar, no sin fundamento, que la Ley es *derecho en potencia, en formación*, pues sólo después de su interpretación podemos saber *qué dice la ley no en abstracto, sino en relación con un supuesto de hecho concreto*.

### 2.3. *La interpretación como un viaje circular*

A la interpretación de una norma jurídica son inherentes frecuentes viajes de *ida y vuelta*: entre la escritura y la lectura de la ley se produce una «*relación dialéctica, en la que lo primero, o sea, la escritura, dirige y condiciona lo segundo, es decir, la lectura. Pero es una relación según la cual la lectura condiciona también el significado contenido en la escritura; se trata, por ello, de una relación que no es rígida, sino articulada*»<sup>28</sup>.

Esta necesidad de interpretación de la ley, que provoca la existencia de un círculo hermenéutico entre el intérprete y la disposición legal, no es, sin embargo, un *defecto*<sup>29</sup>, sino, como hemos visto, una cualidad inherente al lenguaje, a la que éste no podría renunciar (si ello fuera posible) para seguir viviendo: «*para poder expresar el cambio técnico, social, cognitivo y emocional debe seguirlo atentamente y con flexibilidad*»<sup>30</sup>. También el Derecho necesita un lenguaje de este tipo, vivo y flexible, sin el cual quedaría impedido para cumplir la función que le es propia: ordenar la coexistencia en la sociedad comunicando a las personas, de modo por ellas comprensible, las reglas fundamentales que regirán su convivencia. El mensaje legal es transmitido a través del lenguaje jurídico, el cual tiene unas reglas de uso y un ámbito semánticos propios, pero que no deja de ser tributario del lenguaje general y que, como aquél, también debe estar atento a la evolución de la sociedad y ser capaz de responder

<sup>27</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, «Doctrina y jurisdicción ante el nuevo Código Penal español», Actualidad Jurídica Aranzadi, 1996, 249 (06/06), pág. 3.

<sup>28</sup> Vid. FROSINI, *La letra y el espíritu de la ley*, ob. cit., pág. 64.

<sup>29</sup> Vid., en este sentido, LARENZ, *La metodología en la ciencia del Derecho*, ob. cit., pág. 193.

<sup>30</sup> Vid. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, ob. cit., pág. 223.

a la realidad social del tiempo en el que está vigente. Un uso excesivamente formalizado o artificial del lenguaje determinaría un alejamiento excesivo de los ciudadanos, que es a quienes, en definitiva, se dirige la ley y a quienes se aplica<sup>31</sup>.

#### 2.4. *El supuesto de hecho como punto de partida de la interpretación judicial de la norma*

La obligación judicial de dar respuesta a un supuesto de hecho real, a un *caso práctico*, pone de manifiesto la necesidad de dirigir la mirada desde el texto a los hechos y desde éstos a aquél. A la Ley le corresponde delimitar qué hechos de la realidad social poseen trascendencia jurídica. La comprobación de su concurrencia y la averiguación de su/s autor/es son la meta del proceso penal. Ahora bien, aún dirigida la atención inicialmente a los hechos, la puesta en contacto de la ley con la realidad permite al juez no sólo concretar *qué* hechos deben ser investigados, sino también empezar su *viaje normativo*, pues en este momento deberá dar inicio a su labor interrogadora de la ley.

La infinidad de detalles que la realidad presenta mostrará al juzgador el lugar al que orientar su atención. La constatación de que con la ley en la mano es imposible, sin más, responder a las cuestiones suscitadas por el caso práctico hará que el juez deba dirigirse al texto legal, interpretarlo y fijar su alcance o respuesta en relación con dichas cuestiones. El abanico de posibles respuestas que normalmente se obtienen demuestra que una de las características de la ley es su flexibilidad. En cualquier caso, el juez **debe dar una respuesta a cada interrogante planteado**. Las soluciones normativas halladas volverán a proyectar su luz sobre los hechos, permitiendo confirmar o eliminar los resultados provisionales antes obtenidos. De este modo, **a medida que vamos investigando los hechos también descubrimos la norma jurídica**.

En suma, la puesta en contacto con la realidad pone de manifiesto la necesidad de *interrogar* al texto legal y evidencia que hallar *el derecho aplicable* requiere el establecimiento de un *diálogo* entre el juez, la ley y los hechos<sup>32</sup>. Es el caso el que, con sus múltiples particularidades, inabarcables por la ley, permite averiguar, como explica Muller, cuáles son las preguntas que debemos dirigirle al texto. No es posible, por ello, *comprender el texto legal en sí mismo* («*an sich*»),

<sup>31</sup> Vid. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, ob. cit., pág. 117.

<sup>32</sup> Vid. MULLER, *Juristische Methodik*, sechste erw. und neu bearb. Auflage, Duncker-Humblot, Berlín 1995, pág. 157.

sino de modo que pueda responder a las cuestiones planteadas por los casos jurídicos. Su fuerza declarativa en relación con los mismos viene provocada, por tanto, por ellos.

El proceso normativo, que se inicia con la promulgación de las leyes, alcanza su culminación, subraya Quintero Olivares, en el momento en el que esas leyes «*se aplican a un caso concreto*», de modo que la misión de la jurisprudencia (en abstracto) es, pues, «*la de configurar finalmente la decisión de la norma en relación con un caso y un sujeto concreto*», lo que viene exigido por la propia estructura de las leyes, que no pueden ser, dada la variedad de supuestos que caen dentro de su potencial ámbito, completas y cerradas<sup>33</sup>.

### 3. Los límites de la interpretación en el Derecho Penal: interpretación y prohibición de la analogía

#### 3.1. La interpretación y la analogía como actos de creación del Derecho

No es posible, como hemos visto, aplicar una norma, en nuestro caso una norma o ley penal, sin interpretarla. No era éste, sin embargo, como ya he adelantado, el pensamiento propio de la Ilustración.

La prohibición de la interpretación, sugerida por Beccaria en su obra *Tratado de los delitos y las penas*, tuvo traducción legal, por ejemplo, en el Código Penal bávaro de 1813. Beccaria, seguramente, como apunta Roxin<sup>34</sup>, el penalista más influyente de la Ilustración, consideraba que «*en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto*»<sup>35</sup>. El Juez, dicho de otro modo, debía actuar, según el pensamiento propio de su época, como un *autómata de la subsunción*, limitándose, como decía Montesquieu, a ser *la boca que pronuncia las palabras de ley*<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, «Doctrina y jurisdicción ante el nuevo Código Penal español», ob. cit., pág. 4.

<sup>34</sup> Vid. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid 1997, pág. 147.

<sup>35</sup> Vid. BECCARIA, *Tratado de los delitos y las penas*, editorial Heliasta, Buenos Aires 1993, pág. 63.

<sup>36</sup> «Los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor». Vid. MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, Tomo I, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1906, pág. 237.

Según Atria, la interpretación tradicional del pensamiento de Montesquieu debe considerarse, al menos en cierta medida, equivocada. En efecto, subraya este autor que el principio de separación de poderes estaba sujeto, según Montesquieu, a excepciones, «y es en el curso de la enumeración de estas excepciones» cuando, «aparentemente sin conciencia de la importancia que la frase tendría para el desarrollo de la ciencia jurídica continental, formula su caracterización del rol del juez»<sup>37</sup>.

Una de esas excepciones, la segunda concretamente, trataba del problema, explica Atria, de lo que hoy en teoría del derecho sería llamado *la derrotabilidad* de las reglas jurídicas, «que se refiere al hecho de que “podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, fuera, en ciertos casos, demasiado rigurosa”»<sup>38</sup>. Los casos a los que Montesquieu hace referencia, sigue diciendo aquel autor, son casos en los que la ley debe ser moderada no porque moderarla sería más justo, «sino casos en los que la ley debe ser moderada “por la ley misma”»<sup>39</sup>. Como de lo que se trataba era de corregir la ley que no limitaba su aplicación del modo que debía, «el que debía corregirla era el que tenía autoridad para hacerla y modificarla, y por eso Montesquieu aquí recomendaba (en un consejo que fue seguido, con escaso éxito, por los revolucionarios franceses) la creación de una comisión parlamentaria a la que el juez, cuando se encontrara con estos casos, remitiera el asunto suspendiendo el procedimiento»<sup>40</sup>.

El propio Atria, tras las afirmaciones precedentes, reconoce, sin embargo, que Montesquieu no desarrolla en *El Espíritu de las Leyes* «esta idea de la ley que debe ser moderada por la ley misma», si bien considera que «para avanzar en esta cuestión podemos recurrir a uno de los más grandes juristas del siglo XIX cuyas ideas sobre esta materia en algún sentido están muy cerca de las de Montesquieu», esto es, a «F. K. von Savigny, y a su obra más impactante, *el Sistema del Derecho Romano*».

Ello no obstante, estima Atria que es injusto asociar con Montesquieu la idea de aplicación mecánica de la ley y ello «porque supone que el cas particular que sea sometido al juez será resuelto sin atender a él; el caso en tanto tal no sería visible para el juez, que sólo vería un conjunto de propiedades que de acuerdo a la formulación literal de las normas del sistema son relevantes»<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Vid. ATRIA, «Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo», *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, 5, 2004, págs. 124 y 125.

<sup>38</sup> Vid. ATRIA, «Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo», ob. cit., pág. 125.

<sup>39</sup> Vid. ATRIA, «Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo», ob. cit., pág. 126.

<sup>40</sup> Vid. ATRIA, «Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo», ob. cit., pág. 126.

<sup>41</sup> Vid. ATRIA, «Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo», ob. cit., pág. 140.

Aunque comparto la conclusión alcanzada por ATRIA de que «*la idea de que el juez media entre la universalidad de la ley, que nos hemos dictado en ejercicio de nuestra facultad de autogobierno, y el caso particular al cual esa ley ha de ser aplicado, único e irrepetible*» e, incluso, que «*esa idea contiene la promesa más admirable del derecho: que podemos gobernarlos a nosotros mismos y al mismo tiempo tratarnos como fines, no como medios*», considero excesivamente arriesgado afirmar que esta concepción era la misma que la sostenida por Montesquieu, a quien toda la ciencia jurídica habría interpretado mal, y cuya más conocida frase habría sido escrita no ya sin conciencia de su posterior trascendencia jurídica, sino sin querer manifestar lo que en realidad manifiesta.

Quizá sirva para aclarar la cuestión la posición sostenida por Ortiz de Urbina Gimeno. Tras denunciar la ridiculización a la que fue sometido el sistema ilustrado de interpretación, afirma este autor que el modelo del juez autómatas propio de la Ilustración, fundamentalmente identificado con la referida frase de Montesquieu, es *ucrónico*, pues jamás existió como tal<sup>42</sup>. Como resumidamente explica Montiel, de la obra de a que autor *La excusa del positivismo* surge que aquel modelo ilustrado no habría sido tan ingenuo como se pretende mostrar, sino que en realidad se defendía una hipótesis prescriptiva de la función judicial más que una descripción de ésta<sup>43</sup>.

Lo que no se puede negar es que sí existió una *pretensión ilustrada*, legalmente traducida en algunos casos, de *sujetar* a los jueces e impedir por su parte la actividad interpretativa. Circunstancia distinta es la imposibilidad práctica de alcanzar dicha pretensión.

Como observa Ferrajoli, todo el esquema epistemológico de la cultura ilustrada tiene el fundamental defecto de corresponder a un modelo límite, en amplia medida ideal, porque de hecho «*nunca ha sido realizado ni nunca será realizable. El juez no es una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella. La idea de un perfecto silogismo judicial que permita la verificación absoluta de los hechos legalmente punibles corresponde (..) a una ilusión metafísica*»<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo. La presunta superación del «positivismo» y el «formalismo» por la dogmática penal contemporánea*, Madrid 2007, págs. 38 y ss.

<sup>43</sup> MONTIEL, «Cazando el mito del positivismo diabólico y del formalismo ingenuo en el Derecho Penal», Recensión a Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, *La excusa del positivismo. La presunta superación del «positivismo» y el «formalismo» por la dogmática penal contemporánea*, *InDret* 1/2011, Barcelona, Enero de 2011, pág. 4.

<sup>44</sup> Vid. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid 1995, pág. 38.



El motivo de todo ello es claro: según Beccaria, «*tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores*»<sup>45</sup>. Y es que «*no hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones*»<sup>46</sup>.

La ilusión *ilustrada* de impedir la interpretación de las leyes por parte del juez devino, como es conocido, inmediatamente irrealizable. «*Actualmente hay un acuerdo unánime en el sentido de que esa concepción mecanicista del juez es impracticable. Todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo en los conceptos normativos, es decir, que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual, como v.gr. «injuria», sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir, que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de «hombre» (ser humano)*»<sup>47</sup>.

Aclarado que no es posible aplicar la ley sin interpretarla, ni siquiera, como observan Jescheck/Weigend, cuando las cosas *parecen claras*<sup>48</sup> (por lo que debe rechazarse que sea cierto el aforismo *in claris non fit interpretatio*<sup>49</sup>), y que *interpretar* es una operación no de extracción del contenido de la norma, sino de atribución a ésta de significado, esto es, una actividad no meramente mecánica y neutral sino *subjetiva y creadora*, se hace preciso fijar los límites de este acto

<sup>45</sup> Vid. BECCARIA, *Tratado de los delitos y las penas*, ob. cit., pág. 63.

<sup>46</sup> Vid. BECCARIA, *Tratado de los delitos y las penas*, ob. cit., pág. 63.

<sup>47</sup> Vid. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., pág. 148.

<sup>48</sup> «*Toda norma jurídica requiere interpretación. Esto es válido también para el supuesto de un «tenor literal claro» puesto que el sentido jurídico de una disposición legal puede ser distinto a aquel que se deriva de la comprensión natural de un tenor literal aparentemente diáfano*». Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada 2002, pág. 164.

<sup>49</sup> Vid., no obstante, RIGGI, *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Barcelona 2010, págs. 311 y ss. Este autor parte precisamente de un concepto restringido de interpretación jurídica «*que se puede abreviar en la máxima latina «in claris non fit interpretatio»: «de ello, se sigue la tesis de que la actividad interpretativa únicamente tiene lugar frente a la oscuridad de los textos normativos. En consecuencia, no podrá hablarse de interpretación cuando el texto legal, dada su claridad, no arroje ningún tipo de dudas sobre su racional aplicación —o no— a un caso concreto*» (pág. 311). Posteriormente aclara este autor qué debe entenderse por *casos fáciles* a fin de evitar que su postura reciba la tacha de *simplicista*: «*la denominación de casos fáciles puede malinterpretarse, si se piensa que, para llegar a éstos, no se debería necesitar ningún tipo de esfuerzo intelectual. Esta ardua tarea le compete exclusivamente al ciudadano, que debe poder encontrar en el texto legal un caso claro —razonable—, conforme a los valores del entorno jurídico-social en el que vive*».

*de creación del Derecho*, pues, como sabemos, si bien es cierto que no está prohibido, ni podría estarlo, *interpretar*, si está prohibida la analogía, actividad, por definición, creadora del Derecho.

La interpretación, pese a su carácter *creador*, es una operación intelectual por la que se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la Ley para decidir los supuestos contenidos en ella y, consecuentemente, su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea al intérprete<sup>50</sup>. En el ámbito del Derecho Penal esta labor interpretativa es, como dice Muñoz Conde/García Arán, «*especialmente importante habida cuenta del rigor con el que el principio de legalidad opera en esta materia*»<sup>51</sup>.

El artículo 4.1 del Código Penal establece que «*las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*» o, dicho de otro modo, prohíbe la analogía, que consiste, como explica aquel autor, en aplicar una ley a supuestos no contemplados en ella pero muy similares (análogos) a los que la ley describe<sup>52</sup>.

Aplicar una Ley analógicamente implica, en realidad, crear una nueva norma, pues la que se afirma aplicada no contempla el supuesto de hecho al que se impone la consecuencia jurídica en ella prevista. Si la Ley 1 dispone que si se da el supuesto de hecho A deberá imponerse la consecuencia C, aplicar esta al supuesto CasiA supone crear una nueva norma cuyo supuesto es este último, CasiA, y la consecuencia la misma que la que impone la Ley 1.

Ley 1:	Supuesto de hecho A	—	Consecuencia jurídica C
Norma 2:	Supuesto de hecho CasiA	—	Consecuencia jurídica C

La analogía encierra, por tanto, una creación judicial de normas jurídicas. O, como indican Quintero Olivares/Morales Prats, «*una sustitución del monopolio legislativo*»<sup>53</sup>. Como dice De Vicente Martínez, «*si el juez pudiera castigar como delito una determinada conducta no incriminada por la ley penal, amparándose en la semejanza existente entre dicha conducta y otra u otras sí tipificadas, se convertiría en legis-*

<sup>50</sup> Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pág. 119.

<sup>51</sup> Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 119.

<sup>52</sup> Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 120.

<sup>53</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, «Comentario al artículo 4 CP», en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, director Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 79.

lador, invadiendo sus competencias y el ciudadano quedaría inerme ante el poder judicial»<sup>54</sup>.

En suma, la analogía no es una *forma de interpretación de la ley*, sino, según Muñoz Conde/García Arán, una *forma de aplicación de la ley* («*de lo que se trata en la analogía es de que, una vez interpretada la ley —es decir, una vez establecidos los supuestos que contiene—, se extienden sus consecuencias —se aplican— a otros supuestos no contenidos, pero similares o análogos*»)<sup>55</sup> o, según acabo de explicar, **una forma de creación de una norma** por parte de jueces y tribunales.

Antes de concluir este apartado es preciso destacar, como hace De Vicente Martínez, que quienes idearon el principio de legalidad en la época de la Ilustración no se percataron del problema que la analogía representaba, puesto que partían, como hemos visto, «*de la base de que el juez no tiene nada que “interpretar”, sino que sólo tiene que “aplicar” el inequívoco tenor literal de la ley*»<sup>56</sup>. Tras recordar esta autora el célebre aforismo de Montesquieu, observa que percatados más tarde aquéllos «*del problema que suponía la analogía, las primeras manifestaciones legislativas del principio de legalidad en Europa harían referencia, sobre todo, a la prohibición de la analogía, por los peligros que ésta conlleva de cara a la libertad de los ciudadanos y a la posible tergiversación que de la voluntad del legislador hicieran los jueces*»<sup>57</sup>.

¿Cómo es posible diferenciar estos dos actos de *creación del Derecho*, esto es, la interpretación de la analogía?

### 3.2. *El artículo 3.1 CC como referencia normativa en materia de interpretación*

Los criterios generales para la interpretación de las normas jurídicas los establece el artículo 3.1 del Código Civil, cuyo tenor literal es el siguiente:

*«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».*

<sup>54</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia 2004, Tol511.845.

<sup>55</sup> Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 120

<sup>56</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia 2004, Tol511.845.

<sup>57</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia 2004, Tol511.845.

El carácter universal (aplicabilidad a la totalidad de las normas de nuestro ordenamiento) de dicho artículo ha sido subrayado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como por la del Tribunal Constitucional.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de mayo de 1991 (RJ 1991/1390) destaca la «*universalidad de la norma invocada*» (artículo 3.1 CC), que «*prácticamente tiñe todo el campo operacional del Juzgador*». También la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.<sup>a</sup>) del Tribunal Supremo recalca dicho carácter universal cuando, en su Sentencia de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10174), afirma que cuando de cuestiones interpretativas se trata «*se debe acudir a los criterios suministrados por el Ordenamiento Jurídico, siendo determinante en tal sentido el artículo 3.1 del Código Civil*». De nuevo el Tribunal Supremo, concretamente su Sala de lo Penal, acentúa la mentada vocación universal del artículo 3.1 CC. Así, en su Sentencia de 5 de abril de 1989 (RJ 1989/3023), afirma que el artículo 4.3 del CC «(*«Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes»*) «*consagra la función del Título Preliminar como “regulación esencial y básica de nuestro Derecho positivo”, como el “prólogo a todo nuestro ordenamiento jurídico” según se ha dicho por autorizada doctrina iuspublicista. Y no podía ser de otra manera, ya que más que pórtico del ordenamiento civil constituye un precipitado normativo de lo que doctrinalmente se reputa de manera tradicional como constitutivo de una teoría general del derecho*».

También el Tribunal Constitucional, como he adelantado, se expresa en el sentido referido. Así lo hace, por ejemplo, en su Sentencia núm. 253/1988, de 20 de diciembre, en la que se apoya en las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3.1 del Código Civil para sostener la necesidad de realizar una interpretación conforme a la Constitución: «*las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3.º del Código Civil, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el texto constitucional se convierte en el «contexto» al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales. Y esa acomodación ha de ser observada no sólo en los casos en que sea preciso llevar a cabo una interpretación declarativa de las disposiciones legales, sino también en la denominada “interpretación integradora”, cuando, como ocurre en el presente supuesto, la adecuación a un determinado precepto constitucional así pudiera exigirlo*».

En la doctrina subrayó tempranamente la existencia de una conexión material entre los preceptos del Título Preliminar del Código

Civil y la Constitución de 1978 Lucas Verdú, pues aquel expresa, «*aunque sea en una ley ordinaria*», los modos de producción, modificación, derogación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. «*Esta conexión afecta a la Constitución en sentido material, a la Constitución sustancial, a la fórmula política de la Constitución, fórmulas equivalentes, ya que el techo ideológico, la organización jurídica y la estructura socioeconómica que la componen dependen estrechamente del modo de producción, modificación, derogación, e interpretación de las normas, que junto con las instituciones, configuran y articulan el ordenamiento jurídico*», radicando la razón de ello «*en que si se viera obligada a albergar las normas sobre la interpretación, así como otras normas conexas con materias fundamentales, la Constitución debería tener una amplitud desmesurada; además, teniendo en cuenta la rigidez constitucional, ello comportaría una cuasipetrificación de la misma que choca con la vertiente dinámica de la misma Constitución sustancial*»<sup>58</sup>.

Ya en 1974, antes, por tanto, de la aprobación de la Constitución, había defendido Herrero de Miñón el carácter constitucional del Título Preliminar del Código Civil, que era considerado una ley ambiental en el sentido de que establecía las pautas para la interpretación y aplicación de todas las normas del ordenamiento jurídico, incluidas las constitucionales. «*Se trata en este caso de una norma no ya de fundamentación, sino de "introducción" al ordenamiento en la que se establecen las condiciones de posibilidad para la aplicación del derecho todo*». Así, el Título Preliminar del Código Civil, al sentar las bases para la plenitud, univocidad y coherencia de nuestro sistema jurídico, contiene unas normas que, «*sín ser formalmente una Constitución, poseen aspectos constitucionales*»<sup>59</sup>.

En cualquier caso, el artículo 3.1 CC, cuyo objetivo es orientar la labor interpretativa con el fin de conseguir una uniformidad en ciertos aspectos, no debe ser entendido de modo distinto, como señala Pérez Álvarez, según se le contemple antes o después de la Constitución<sup>60</sup>.

En definitiva, quizá por conservar el Derecho Civil todavía vestigios de su antiguo carácter de Derecho Común, el Título Preliminar

<sup>58</sup> Vid. LUCAS VERDÚ, «Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales», en *Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978*, núm. monográfico 2 de la RFDUC, 1979, pág. 21.

<sup>59</sup> Vid. HERRERO DE MIÑÓN, «Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código Civil», en *REP*, 1974, núm. 198, pág. 105.

<sup>60</sup> Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, «Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil», Pamplona 1994, págs. 65 y 66.

del Código Civil desempeña en nuestro ordenamiento jurídico, como ponen de manifiesto Cobo del Rosal/Vives Antón, una *función cuasi-constitucional*, esto es, *constitucional por el contenido aunque no por el rango, lo que hace que sus disposiciones sean aplicables a todas las ramas del Derecho*<sup>61</sup>.

### 3.3. Interpretación teleológica e interpretación gramatical

El artículo 3.1 CC, cuyo fin, como hemos visto, es establecer los criterios generales que deben guiar la interpretación de las normas jurídicas, establece que es preciso atender siempre al *espíritu y finalidad de aquéllas*, espíritu y finalidad cuya aprehensión es, por tanto, como señala Pérez Álvarez, el objeto de toda actividad interpretativa de una norma<sup>62</sup>.

Sin embargo, la exigencia de sujeción a la letra de la ley impuesta por el principio de legalidad penal provoca que cuando el resultado de aquella aprehensión vaya más allá de lo que permita una interpretación gramatical, deba prevalecer esta última. Dicho de otro modo, la atención al espíritu y finalidad de las leyes debe compatibilizarse con la necesidad de que se respete el marco trazado por la letra de la Ley. En cambio, en materia civil *«la preferencia que se asigna al espíritu de la ley supone, ya de entrada, relegar el valor atribuible al canon gramatical. Por este cauce, el artículo 3.1 del Código Civil habilita al juez a aplicar la norma conforme al sentido que resulta de lo que es su ratio, razón de ser, o fundamento, y le libera de cualquier servilismo a la letra de la ley»*<sup>63</sup>.

En este sentido se expresa igualmente Sánchez Ferro, según la cual se puede entender que los razonamientos analógicos se mueven dentro de las reglas del juego del imperio de la ley, dentro de la necesidad de que las soluciones sean universales y de que se trate igual lo que es igual y diferente lo que es diferente. *«En base a este principio el aplicador del derecho toma el supuesto de hecho Fx como si éste incluyera también los casos F sim.x. En este sentido se está realizando ciertamente una labor creativa, pero es una labor que se mueve dentro del ámbito que el propio legislador establece al delimitar el conjunto de referencia al que debe atenerse quien tiene la misión de aplicar el Dere-*

<sup>61</sup> Vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, Valencia 1990, pág. 33.

<sup>62</sup> Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, *«Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil»*, ob. cit., pág. 69.

<sup>63</sup> Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, *«Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil»*, ob. cit., pág. 71.

cho. Y, en muchas ocasiones, la sociedad misma es la que demanda que a esos casos no incluidos en el supuesto de hecho, porque, por ejemplo, son producto del avance de los tiempos, se les reconozcan los mismos efectos». Advierte acto seguido esta autora, no obstante, que es necesario dejar claro que existen determinados campos del ordenamiento jurídico que el legislador ha excluido expresamente del juego de la analogía<sup>64</sup>.

De todo ello no se deriva, pese a todo, que la interpretación gramatical sea la decisoria. Dicha interpretación se limita a fijar los límites negativos de una interpretación teleológica que, en virtud del artículo 3.1 del Código Civil, es, como acabamos de ver, el objeto de toda labor hermenéutica. El resultado de una interpretación gramatical debe adjetivarse, por tanto, como *provisional*, sujeto siempre al resultado que se derive de la mentada interpretación teleológica, esto es, atenta al espíritu y finalidad de la ley<sup>65</sup>.

Debe concluirse, en consecuencia, que el principio de legalidad, pese a esta nueva forma de entender la aplicación judicial del Derecho, no está superado, «sino que parte de la base de que el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez. A ese respecto, el marco es delimitado por el sentido posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)»<sup>66</sup>.

### 3.4. Interpretación extensiva y analogía

Desde la óptica de su resultado, la interpretación puede clasificarse en *restrictiva*, *declarativa* y *extensiva*. La aplicación judicial del Derecho dejará, sin embargo, de considerarse interpretación cuando se realice al margen del mentado marco establecido por la ley (*praeter legem*), es decir, cuando dicha aplicación judicial «ya no esté cubierta por el sentido literal posible de un precepto penal»: se producirá

<sup>64</sup> Vid. SÁNCHEZ FERRO, «Analogía e imperio de la ley», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pág. 668.

<sup>65</sup> Vid. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal español*, ob. cit., pág. 319.

<sup>66</sup> Vid. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., pág. 148.

entonces, como advierte Roxin, una inadmisibile e ilegal analogía fundamentadora de la pena<sup>67</sup>.

De las tres clases de interpretación referidas la más próxima a la analogía y, por ello, la más problemática, es la denominada interpretación extensiva, que implica atribuir a un término legal un elevado número, sino el máximo, de acepciones permitidas por su tenor literal, que, y es preciso insistir en ello, no puede ser rebasado en ningún caso.

Aunque suele identificarse la interpretación extensiva como la comprensión más amplia posible del texto legal (*«puesto que los textos legales pueden entenderse en un sentido más amplio o más restringido cabría afirmar que los tipos legales tendrían un contenido mínimo y un contenido máximo, dando lugar a diversas clases de interpretaciones y entre ellas a la interpretación extensiva que sería la que diera al texto legal el contenido máximo de casos»*)<sup>68</sup>, lo cierto es que es posible graduarla y que arroje una comprensión ciertamente amplia del texto legal pero no necesariamente coincidente con su contenido máximo.

Entendida de esta forma, la interpretación extensiva puede considerarse, como indican Muñoz Conde/García Arán, respetuosa con el principio de legalidad y, por tanto, aceptable<sup>69</sup>. Plenamente coincidente con Roxin, afirman Muñoz Conde/García Arán que *«en cambio, si la interpretación extiende el sentido de la norma más allá de las acepciones posibles del término legal (su sentido literal), está permitiendo su aplicación a supuestos no contenidos en el precepto y, por tanto, incurriendo en analogía prohibida»*<sup>70</sup>. Como afirma Zugaldía Espinar, la interpretación extensiva de las leyes penales es perfectamente lícita y compatible con el principio de legalidad penal, ya que implica asumir la aplicación más amplia posible de la ley, *«pero hasta dónde lo consiente y lo permite todavía un sentido literal posible del texto legal»*<sup>71</sup>.

También destaca la necesidad de diferenciar entre analogía e interpretación Quintero Olivares. Según este autor, es común incluir la referencia a la analogía al hablar de la interpretación, *«lo cual obliga a alertar de una posible equivocación: la de creer que la analogía*

---

<sup>67</sup> Vid. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., pág. 148.

<sup>68</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia 2004, TOL511.845.

<sup>69</sup> Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 126.

<sup>70</sup> Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 126.

<sup>71</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, Valencia 1993, pág. 299.



*es una modalidad de interpretación, cuando no es así»: «la interpretación, incluso cuando se trata de una interpretación de las llamadas extensivas, se hace sobre una norma. La analogía se practica precisamente en «ausencia de norma»»<sup>72</sup>.*

Advierte Quintero Olivares que cuestión distinta es «*que a veces se pretende calificar de simple “interpretación extensiva” lo que es pura analogía a causa de que el intérprete se ha alejado tanto de la norma analizada que lo que pretende sostener es algo que ya no puede caber en esa norma»*<sup>73</sup>.

Igualmente alerta sobre la necesidad de distinguir entre interpretación y analogía Gómez Tomillo, quien afirma que «*probablemente, esta técnica (la analogía) deba diferenciarse de la interpretación extensiva. Aun cuando ambos conceptos son sumamente debatidos, no se encuentran claramente deslindados. Se ha sostenido, y aquí suscribimos tal opinión, que la interpretación extensiva es aquella que supone una intelección amplia de la norma, dando cobertura dentro de ella al máximo número de supuestos de hecho posibles, pero siempre dentro del marco trazado por su tenor literal, de modo que si se desborda éste se incide en la analogía. Implicaría, en definitiva, seleccionar entre las diversas opciones aplicativas aquella que supone dar una mayor cabida a la norma»*<sup>74</sup>.

La confusión existente al respecto se hace evidente cuando, ante la introducción del artículo 183 bis en el Código Penal (*child grooming*), se plantea Cugat Mauri si «*existía vacío de punibilidad*», «*y a ello hay que responder afirmativamente, salvo quien entienda que se podía resolver la cuestión mediante prohibidas interpretaciones extensivas contra reo»*<sup>75</sup>.

Afirma Bacigalupo Zapater que buscar los casos que se suponen comprendidos en el supuesto de hecho de la norma de acuerdo con el método teleológico resulta impracticable para establecer el límite máximo de la interpretación permitida frente a la analogía prohibida, por lo que la solución debe ser «*la exclusión de toda interpretación extensiva en el derecho penal*»: «*la extensión de la ley penal por encima de la interpretación que permita fijar un número mínimo de casos comprendidos en su texto es violatoria de la función de garantía de la ley pe-*

<sup>72</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, Pamplona 201, pág. 127.

<sup>73</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., págs. 127-128.

<sup>74</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, «Comentario al artículo 4 CP», en *Comentarios al Código Penal*, director Manuel Gómez Tomillo, Valladolid 2010, pág. 57.

<sup>75</sup> Vid. CUGAT MAURI, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant on line, Epígrafe núm. 26, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Tol 1.951.674.

nal», de modo que no es el «sentido posible del texto» lo que dará el límite de la interpretación, «sino el “sentido más restringido del texto”»<sup>76</sup>.

Según De Vicente Martínez, «siguiendo los dictados de la analogía, la doctrina mayoritariamente sostiene que queda prohibida la interpretación extensiva en perjuicio del reo mientras que dicha prohibición deja de tener sentido cuando beneficie al reo»<sup>77</sup>.

La mentada confusión es especialmente patente en la Jurisprudencia, pues son numerosas las afirmaciones en el sentido expresado por Bacigalupo o por Cugat Mauri, lo cual no ha impedido en la práctica realizar frecuentemente interpretaciones extensivas e, incluso, analogía.

### 3.5. *La confusión judicial entre interpretación extensiva y analogía, «ambas prohibidas»*

En la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 10/1996, de 12 de enero, se afirma que es cierto «que los tipos penales no pueden aplicarse arbitrariamente ni por analogía ni tampoco mediante una interpretación extensiva, rigurosa e inconstitucional, más allá de lo previsto por el propio legislador».

Más recientemente, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 657/2013, de 15 de julio, afirma este Tribunal, con remisión a la doctrina del Tribunal Constitucional, que en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, los órganos judiciales tienen vedada «la interpretación y la analogía in malam partem».

El Tribunal Constitucional ha realizado declaraciones de dicho tenor en diversas sentencias, entre las cuales destacaré la Sentencia núm. 126/2001, de 4 de junio. En dicha sentencia afirma que «la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (“lex certa”). Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situa-

<sup>76</sup> Vid. BACIGALUPO ZAPATER, «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el derecho penal», en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, 1983, págs. 13 y siguientes.

<sup>77</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia 2004, TOL511.845.

*ción de sujeción estricta a la ley y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía “in malam partem”* (SSTC 81/1995, de 5 de junio [ RTC 1995, 81 ], F. 5; 34/1996, de 11 de marzo [ RTC 1996, 34 ], F. 5; 64/2001, de 17 de marzo [ RTC 2001, 64 ], F. 4; AATC 3/1993, de 14 de enero [ RTC 1993, 3 AUTO ], F. 1; 72/1993, de 1 de marzo [ RJ 1993, 72 AUTO ], F. 1), **es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan.** *El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes* (SSTC 133/1987, de 21 de julio, F. 4; 137/1997, de 21 de julio, F. 6; 142/1999, de 22 de julio [ RTC 1999, 142 ], F. 3; AATC 263/1995, de 27 de septiembre; 282/1995, de 23 de octubre)»<sup>78</sup>.

También Gómez Tomillo refiere algunas sentencias del Tribunal Constitucional<sup>79</sup> que evidencian la referida confusión entre interpretación extensiva y analogía, afirmando, al respecto, que «en España, sin embargo, el TC no parece que diferencie entre ambas posibilidades»<sup>80</sup>.

En cualquier caso, pese a la referida confusión, cabe extraer la idea de las sentencias citadas de que lo que resulta intolerable,

<sup>78</sup> «Precisando nuestro canon de control de constitucionalidad, cabe hablar de aplicación analógica o extensiva “in malam partem”, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, F. 7; 151/1997, de 29 de septiembre, F. 4; 225/1997, de 15 de diciembre [ RTC 1997, 225 ], F. 4; 232/1997, de 16 de diciembre, F. 2; 236/1997, de 22 de diciembre [ RTC 1997, 236 ], F. 4; 56/1998, de 16 de marzo ( RTC 1998, 56 ), F. 8; 189/1998, de 28 de septiembre ( RTC 1998, 189 ), F. 7; 25/1999, de 8 de marzo [ RTC 1999, 25 ], F. 3; 42/1999, de 22 de marzo [ RTC 1999, 42 ], F. 4; 142/1999, de 22 de julio [ RTC 1999, 142 ], F. 4; 174/2000, de 26 de junio [ RTC 2000, 174 ], F. 2; 185/2000, de 10 de julio [ RTC 2000, 185 ], F. 4; 195/2000, de 24 de julio [ RTC 2000, 195 ], F. 4; 278/2000, de 27 de noviembre [ RTC 2000, 278 ], F. 11).

A ello hay que añadir que «aunque en alguna medida pudiera considerarse que toda interpretación y aplicación incorrecta de un tipo sancionador puede equivaler a una sanción de conductas situadas fuera de los supuestos previstos en la norma» lo primero que debe advertirse es que resulta «ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última de los tipos sancionadores» ( SSTC 137/1997 [ RTC 1997, 137 ], F. 7, y 151/1997 [ RTC 1997, 151 ], F. 4)». Vid. STC núm. 126/2001, de 4 de junio.

<sup>79</sup> SSTC núm. 229/2003, de 18 de diciembre, y núm. 283/2006, de 9 de octubre.

<sup>80</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 57.

en tanto prohibido por el principio de legalidad penal, es que el órgano judicial abandone el marco delimitado por el tenor literal de la ley e invada competencias propias del legislador aplicando (o creando) una norma penal más allá de lo por ella gramaticalmente autorizado.

La diferencia, en fin, entre interpretación y analogía es teóricamente nítida: como afirma Mir Puig, «*mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su sentido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal*»<sup>81</sup>.

La interpretación, sigue explicando dicho autor, es lícita aunque resulte extensiva de delitos o penas<sup>82</sup>, pues no sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque *toda* interpretación admisible se mueve dentro de este límite (el *sentido literal posible*)<sup>83</sup>.

También Jescheck/Weigend se pronuncian contundentemente en este sentido: a pesar que a veces se mantiene la visión de que en el Derecho Penal resulta inadmisibles la interpretación extensiva y que, por el contrario, resulta forzosa la de naturaleza restrictiva («*para ello se aduce que el Derecho Penal está integrado por normas jurídicas gravosas —odiosa sunt restringenda— y que posee asimismo un carácter excepcional —singularia non sunt extendenda—*»), actualmente es defendida de forma mayoritaria la interpretación extensiva de normas penales. «*Equivocada sería, en cualquier caso, la aceptación de que la interpretación en Derecho Penal tuviera que dirigirse de forma puramente externa de acuerdo con el sentido natural de las palabras, pues tampoco una vinculación rigurosa al tenor literal permite garantizar la seguridad jurídica. Lo decisivo es que el aplicador de la Ley se esfuerce en indagar el sentido razonable de aquélla. “En realidad, bajo este punto de vista no hay una interpretación extensiva sino tan sólo una interpretación correcta”*»<sup>84</sup>.

Si bien en relación con los hechos se acepta que las dudas deben resolverse a favor del reo (*in dubio pro reo*), para las cuestiones jurídicas, como destacan Jescheck/Weigend, no existe una regla de inter-

<sup>81</sup> Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 2002, pág. 120.

<sup>82</sup> «*Salvo que se aparte de los modelos de interpretación aceptados o de las pautas valorativas constitucionales, en cuyo caso el Tribunal Constitucional la rechaza (así SSTC 141/1999, 127/2001, entre otras)*». Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 120.

<sup>83</sup> Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 120-121.

<sup>84</sup> Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 168-169.

pretación que de algún modo obligue al Juez a elegir, de entre varias posibilidades interpretativas de la Ley, la más beneficiosa al acusado (*in dubio pro libertate*): «en caso de duda sobre la interpretación de las normas jurídicas, el Tribunal no tiene que escoger la que resulte más beneficiosa para el acusado, sino sólo la más correcta»<sup>85</sup>.

### 3.6. Analogía, cláusulas legales de analogía e interpretación analógica

Conceptuada la analogía como la aplicación de una ley a supuestos no contemplados por ella pero muy similares, o, dicho de otro modo, como un acto de creación de una nueva norma que implica la sustitución del monopolio legislativo, se hace preciso distinguir de ella las *cláusulas legales de analogía*. Así denominan Muñoz Conde/García Arán las expresiones destinadas a extender el sentido de los términos legales a supuestos similares, como ocurre, por ejemplo, con la circunstancia atenuante séptima del artículo 21 del Código Penal: «cuando los tribunales aplican esta circunstancia, denominada «análoga», no realizan una aplicación analógica de la ley sino que aplican la propia ley dotándola previamente de contenido a través de la interpretación. Tal interpretación consiste en identificar determinadas situaciones que tienen el mismo fundamento que las atenuantes previstas en los restantes números del artículo 21 CP (STS de 9 de marzo de 1991)»<sup>86</sup>.

La interpretación podrá adjetivarse como *analógica* cuando, respetando el marco diseñado por el tenor literal de la ley, pretende atribuir un significado a ésta apoyándose en otras normas que, por utilizar los mismos términos legales, o por presentar una regulación más completa que la que es objeto de interpretación, constituyen referencias legales válidas desde las que se obtiene, por analogía, un razonamiento que permite concluir el abstracto/general mandato legal.

Veámoslo mediante sendos ejemplos. Los artículos 244 y 455 CP prevén el castigo, respectivamente, de la sustracción o utilización sin la debida autorización de un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, sin ánimo de apropiárselo, y del empleo, actuando fuera de las vías legales, de violencia, intimidación o *fuerza en las cosas*. La primera

<sup>85</sup> «También se puede tomar por base una comprensión amplia de los elementos del tipo pero se debe, no obstante, observar la prohibición de la analogía». Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 165.

<sup>86</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 120.

de dichas conductas se agravará, por otra parte, si el hecho se ejecuta empleando *fuerza en las cosas*. ¿Qué significa en estos preceptos *fuerza en las cosas*? Como sabemos, el artículo 238 CP establece un concepto normativo de fuerza en las cosas, disponiendo literalmente que «*son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias*» que acto seguido se enumeran. Dicho artículo 238 se contiene en el Capítulo II (De los robos) del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico) del CP, mientras los citados artículos 244 y 455 se contienen, el primero, en el Capítulo IV (Del robo y hurto de uso de vehículos) del mismo Título XIII y, el segundo, en el Capítulo IV (De la realización arbitraria del propio derecho) del Título XX (Delitos contra la administración de justicia). ¿Debe atribuirse el mismo significado al concepto *fuerza en las cosas* empleado en los delitos de robo y hurto de uso de vehículos y realización arbitraria del propio derecho que el establecido en el citado artículo 238? Si se estima que los supuestos regulados en los artículos 244 y 455 presentan un evidente parentesco con el regulado en el artículo 237 la respuesta podrá ser afirmativa. En cualquier caso, como fácilmente puede apreciarse, nos hallamos ante un supuesto de interpretación de unos términos típicos (*fuerza en las cosas*) cuya concreción de significado puede hacerse atendiendo a otras normas que emplean también dichos términos típicos pero que carecen de una *interpretación auténtica*, esto es, realizada por el propio legislador. La interpretación puede adjetivarse como analógica o quizá, más correctamente, como sistemática.

El segundo supuesto al que me referiré toma como base el artículo 129 CP, en el que se regulan determinadas *consecuencias accesorias* (Título VI, Libro I, CP) aplicables a entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no están comprendidas en el artículo 31 bis del CP, en el que se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicho artículo 129 faculta al Juez o Tribunal para imponer motivadamente a dichas entidades o agrupaciones «*una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7*», pudiendo también «*acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita*». La regulación legal de estas consecuencias accesorias se completa con lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 129:

«**2.** Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los

delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.»

La escueta regulación legal de estas medidas deja sin respuesta múltiples preguntas a las que jueces y tribunales *necesariamente* deberán dar respuesta. ¿Prescriben estas *consecuencias accesorias*? ¿Cuál es el órgano encargado de su ejecución? ¿Es posible decretar su cese, sustitución o suspensión?

Contestar a cualquiera de estas preguntas es necesario, si bien el juez o tribunal carecen de una referencia normativa que se ocupe de ellas. Si se estableciera el fundamento y función de estas medidas quizá pudiera establecerse su proximidad a las medidas de seguridad personales o, incluso, a las penas, pudiéndose concluir igualmente que se trata de nuevas consecuencias penales absolutamente distintas de las tradicionales. En alguno de los dos primeros casos, esto es, si su fundamento y función fueran similares a los de las medidas de seguridad o a los de las penas, podría extenderse analógicamente el régimen jurídico de unas u otras. Es preciso dejar claro, sin embargo, que no se trataría de introducir una prohibida analogía, sino de colmar una laguna jurídica, de completar una deficitaria, por insuficiente, regulación. Este desarrollo continuador del Derecho «*praeter legem*»<sup>87</sup> permitiría dar respuesta a las referidas preguntas e, incluso, someter las medidas del artículo 129 a la disciplina de los principios que disciplinan bien las medidas de seguridad bien las penas.

Esta segunda *interpretación analógica* va más allá que la mencionada en primer lugar, pues ahora debe ser adjetiva como *integradora*, aproximándose peligrosamente (pese a que acabo de decir que no se trata de ella) a la *analogía prohibida*. La diferencia es que en esta última se crea una nueva norma que aplica idéntica consecuencia a la prevista por otra para un supuesto similar, mientras en el caso de las medidas del artículo 129 es preciso decidir si prescriben y quien

---

<sup>87</sup> Vid., sobre el desarrollo continuador del Derecho, BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, ed. J.M. Silva Sánchez, Barcelona 1997, pág. 363.

las ejecuta (entre otras cosas), decisiones que no ha adoptado, pese a introducirlas, el legislador. ¿Cuál debe ser la decisión? La existencia de otras normas que regulan consecuencias con parecidos o idénticos fundamentos y/o funciones nos puede servir para concluir el mandato normativo.

En cualquier caso, como explica Zafaronni, siguiendo a Kaufmann, en la interpretación o razonamiento analógico el operador jurídico se centra en una determinada norma cuyo sentido literal posible es respetado. En esa medida dicha interpretación es posible y ofrece como ejemplo la determinación del concepto de violencia contenido en el artículo 164 del CP argentino tomando como referencia normativa el artículo 280 del mismo cuerpo legal, esto es, el concepto de violencia en supuestos de evasión de la detención legal<sup>88</sup>.

### 3.7. *Algunos supuestos de interpretación extensiva y analogía en la práctica judicial*

#### 3.7.1. El concepto penal de morada: interpretación extensiva permitida

En su Sentencia núm. 809/2012, de 25 de octubre, afirma el Tribunal Supremo que, «*como señalaba la ya veterana STS de 15 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1178), luego reiterados los criterios allí expuestos en otras numerosas resoluciones, teniendo en cuenta que el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio está muy ligado al de la protección de la intimidad ( artículo 18.1 y 2, de la Constitución (RCL 1978, 2836), la doctrina de este Tribunal Supremo ha concebido el domicilio de manera muy amplia, llegándose a definir, con carácter general, como “cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, aún ocupada temporal o accidentalmente”*».

La interpretación amplia o extensiva del concepto morada, superior al significado atribuido en el lenguaje ordinario a este término, viene impuesta, según el Tribunal Supremo, por la necesidad de dar efectiva protección penal al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, estrechamente ligada a aquél. Una interpretación declarativa o restrictiva impediría, dicho de otro modo, una adecuada protección del bien jurídico protegido por el delito de allanamiento de morada.

<sup>88</sup> Vid. ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires 2003, pág. 303.



Interesantes resultan, al respecto, las reflexiones que siguen, en la misma sentencia citada, a las trascritas, cuyos aspectos más destacados subrayaré:

*«Por otra parte, y como ha sido puesto de relieve por la doctrina, la casuística en esta materia es innumerable, «ya que la casación ha obligado al citado tribunal a enfrentarse a los conceptos más variopintos de domicilio», aunque, eso sí, **partiendo casi siempre de la base de su utilización como “morada” en el sentido amplio de la palabra**, con independencia de “su sencillez o modestia, estado de conservación y número de enseres que en él se encuentren”. Esa casuística nos enseña que por domicilio puede entenderse desde la vivienda habitual o esporádica (lo que se ha dado en llamar segunda vivienda), pasando por una habitación con puerta independiente y sólo dotada de un televisor y una caja para sentarse, **o una simple chabola habitada, hasta llegar a una tienda de campaña, una “roulotte”, o una habitación de hotel.** (Sentencias, entre otras, de 26 de junio (RJ 1993, 5253) y 17 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6705), 18 de febrero, 23 de mayo (RJ 1994, 6701), 15 de octubre y 15 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10153)). Por el contrario, y en general, no tienen ese concepto los locales comerciales y de esparcimiento o los almacenes, a no ser que unos u otros sean anexos a la vivienda.*

*Por eso, el Tribunal Constitucional ya declaró en su sentencia 22/84 (RTC 1984, 22) que el derecho a la inviolabilidad de domicilio se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad ( artículo 10.1 de la CE). Consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad. **De ellos se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad.** En este sentido se ha dicho en la STC 22/84 (F.º J.º 5) que el derecho a la inviolabilidad del domicilio «constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente —continúa la STC—, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello —concluye—, a través de este derecho no sólo es objeto de protec-*

*ción el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella».*

*Y por eso también esta Sala ha establecido de manera específica que, «por el contrario, no integra el concepto de vivienda, el local comercial o de esparcimiento (bares, tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, locales de exposición, almacenes, etc.) (Cfr. SS. de 11 de junio de 1991 (RJ 1991, 4594), 19 de junio (RJ 1992, 5794) y 5 de octubre de 1992, y la de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994, 6603) ), sencillamente porque no lo son al estar esencialmente destinados a estar abiertos al público y esto es así porque el derecho fundamental proclamado en el artículo 18.2 de la Constitución, protege como antes se dijo, la “intimidad” como valor esencialísimo, que para nada se proyecta sobre bienes materiales en sí ni en defensa de su propiedad».*

También la doctrina se muestra favorable a una interpretación extensiva, propiciada por necesidades de tutela del bien jurídico, del concepto morada. Así lo destaca, por ejemplo, Morales Prats, quien afirma que *la mayor parte de la Doctrina propone la extensión del concepto morada a habitaciones de hotel, despachos, remolques etc*<sup>89</sup>.

El supuesto que nos ocupa puede considerarse expresión, en efecto, de una interpretación extensiva y no de una analogía invasora de competencias legislativas y, por consiguiente, lesiva del principio de legalidad.

El Diccionario de la Real Academia define la morada como «*estancia de asiento o residencia algo continuada en un lugar*» o como un «*lugar donde se habita*». Según aquella primera acepción se requiere una estancia *algo continuada*, mientras la segunda se conforma con exigir que se habite en el lugar. No es preciso que ello se haga, por tanto, de forma *algo continuada*.

En el lenguaje común difícilmente se atribuirá la condición de morada a una habitación de hotel en la que se pasa una o pocas noches o a una tienda de campaña, pero no puede afirmarse que sobrepase el tenor literal que acepta el concepto morada.

### 3.7.2. El cuchillo de cocina como arma prohibida: analogía prohibida

La Audiencia Provincial de Almería (Sección Segunda) dictó sentencia en fecha 5 de julio de 2010 por la que condenaba a los acusa-

<sup>89</sup> Vid. MORALES PRATS, «Comentario al artículo 202 CP», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 2011, pág. 513.

dos como autores, entre otras infracciones, de un delito de tenencia y porte de armas. En dicha Sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

*«Único.—Se declara probado que, sobre las 21:00 horas del día 4 de septiembre de 2.008, los acusados Isaac, mayor de edad y cuyos antecedentes penales se desconocen, y Cesareo, también mayor de edad y cuyos antecedentes penales igualmente se desconocen, se encontraban en la carretera de Alicún, término municipal de Roquetas de Mar (Almería), cuando vieron pasar el vehículo marca Opel, modelo Tigra, matrícula.....—BMG, conducido por Carlos María, al que hicieron indicaciones para que se detuviera, parándose éste en el arcén, a pesar de no conocerlos de nada, pensando que querían preguntar algo, momento que aprovecharon los acusados para subirse en el vehículo y, esgrimiendo uno de ellos un cuchillo de 24,4 centímetros de largo, le obligaron contra su voluntad a dirigirse a un piso situado en la NUM000 planta de un edificio de la CALLE000 de la BARRIADA000 de la localidad de Roquetas, propiedad de Lina, en el que figura empadronado el acusado Isaac, y una vez en su interior, le arrebataron por la fuerza una cadena de oro, un anillo, el teléfono móvil, las llaves del vehículo y una cartera que contenía 40 €, documentación personal y una tarjeta de crédito de la Caja de Ahorros de Granada, al tiempo que le manifestaban que si no les decía el «PIN» de la referida tarjeta, lo matarían. Sobre las 01:00 horas del día 5 de septiembre de 2008, Carlos María, en un momento de descuido de sus captores, huyó del lugar saltando al vacío por una de las ventanas del edificio, que da a la calle, refugiándose en un bar cercano, donde solicitó la presencia de la Guardia Civil, **personándose agentes de la misma en el piso donde se produjeron los hechos, encontrándose sobre la mesa del salón un cuchillo de cocina de grandes dimensiones, con mango negro y hoja de, aproximadamente, 20 centímetros y una navaja no automática de 15 centímetros de hoja, consideradas como prohibidas por el párrafo 2.º del número 3 del artículos 5 del Reglamento de Armas.***

*Ante la presencia de la Guardia Civil, el acusado Cesáreo saltó por la ventana de la vivienda y emprendió la huida por la calle, arrojando al suelo la billetera, el teléfono móvil y la cadena sustraídas a la víctima, en cuyo momento fue detenido ocupándosele la llave del vehículo matrícula.....—BMG.*

*Carlos María, como consecuencia de la huida, resultó con lesiones consistentes en fractura de la muñeca izquierda, precisando para su sanidad de tratamiento médico y quirúrgico, habiendo tardado 70 días en curar, con incapacidad.*

*Carlos María recuperó el anillo, la cadena, el teléfono móvil y las llaves del vehículo, no recuperándolos demás objetos sustraídos.»*

Interpuestos contra dicha sentencia sendos recursos de casación, el Tribunal Supremo, mediante Sentencia núm. 1124/2011, de 27 de octubre, declaró haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por el primer acusado, y estimó el recurso de casación interpuesto por el segundo acusado, revocando la sentencia recurrida en el sentido expuesto en el fundamento tercero y cuarto de su resolución.

En relación con el delito de tenencia y porte de armas recuerda el Tribunal Supremo que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 24/2004, de 24 de febrero, con motivo de examinar la constitucionalidad del artículo 563 del C. Penal, estableció una interpretación restrictiva del precepto con el fin de ajustarlo a los cánones constitucionales que impone el principio de legalidad penal en su vertiente material (artículo 25.1 Constitución). *«Y afirmó al respecto que la interpretación constitucionalmente conforme ha de partir de que el artículo 563 CP en su primer inciso no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas».*

*«Tal reducción del tipo —prosigue diciendo el TC— se alcanza, en primer lugar, en el plano de la interpretación literal o gramatical, a partir del concepto de armas, excluyendo del ámbito de lo punible todos aquellos instrumentos u objetos que no lo sean (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida) y que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto. Y, según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos “instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse”, por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo.»*

Atendiendo a las pautas hermenéuticas restrictivas del tipo penal que establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, explica la sentencia objeto de comentario, *«ha de convenirse que los instrumentos intervenidos en la vivienda a donde fue trasladado el denunciante no pueden incardinarse dentro del concepto de armas».*

«En primer lugar, y en lo que respecta al cuchillo, aunque tiene unas notables dimensiones (de 20 a 24 centímetros de hoja), lo cierto es que en la sentencia se especifica que se trata de un “cuchillo de cocina”. Ello significa, utilizando las expresiones que se recogen en la referida sentencia del supremo intérprete de la Constitución, que no aparece configurado como un instrumento de ataque o defensa sino que ha sido fabricado o confeccionado con un uso o función específicamente doméstica: servir como utensilio para las labores culinarias desarrolladas en la vida diaria.

Es cierto que en el caso concreto ha sido utilizado para intimidar a la víctima y generarle una sensación de peligro para su integridad física, operando así como un eficaz instrumento conminatorio dadas sus dimensiones y su capacidad lesiva. Ahora bien, ello no modifica o altera su naturaleza ni su función consustancial ni lo reconvierte en un arma de las que pretende prohibir la norma penal, ya que, de ser así, todos los domicilios contendrían armas prohibidas y sus titulares podrían incurrir, cuando menos formalmente, en la conducta prevista en el artículo 563 del C. Penal. Y si bien es verdad que en el curso de la ejecución de la actividad delictiva el cuchillo cumplió las funciones de un arma y exacerbó el peligro para la integridad física de la víctima, ese incremento del grado de ilicitud de la conducta del acusado ya ha sido apreciado y computado por el Tribunal de instancia al aplicar el subtipo agravado del artículo 242.2 del C. Penal.»

«Y en la misma dirección», sigue explicando el Tribunal Supremo, «hemos de definirnos sobre la navaja no automática de quince centímetros de hoja cuya tenencia también se les atribuye a los acusados. Tampoco en este caso puede hablarse de que estemos ante el concepto de arma en sentido estricto. A lo que ha de sumarse que ni siquiera consta en los hechos probados de la sentencia que hubiera sido utilizada por los acusados contra la víctima como instrumento conminatorio. Y es que en las declaraciones sumariales del denunciante (folios 13 y 59) no se hace referencia al uso de la navaja».

En suma, el Tribunal Supremo estima inadmisibles las condenas por delito de tenencia y porte de armas dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería por considerar que supone una extensión analógica de la ley penal, cuyo tenor literal no permite dar cabida como *armas* a los cuchillos de cocina y a navajas no automáticas, pues no son, como exige el Diccionario de la Real Academia, *instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse*, sino a actividades domésticas, con independencia de que en un caso concreto sean utilizados como medio intimidatorio, ajeno, por tanto, a su destino doméstico.

### 3.7.3. El concepto penal de función pública: interpretación extensiva permitida

El artículo 24.2 del Código Penal establece que *«se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas»*.

¿Qué significa función pública? Aunque la doctrina subraya que existe una *«configuración de requisitos precisos para aceptar que estamos ante una función pública»*, esto es, *«que se esté realizando dentro de ente público comprendido en cualquiera de las Administraciones (estatal, autonómica, local, institucional), que se realicen actos sometidos al derecho público, y que se persigan fines públicos»*<sup>90</sup>, debe asumirse que determinar cuál es el concepto de función pública que maneja el Código penal *«no es una tarea fácil»*<sup>91</sup>: *«al no suministrar el mismo una fórmula —no tanto sobre lo que debe reputarse función pública sino dónde comienza y dónde termina ésta—, su integración mediante el recurso a normas extra-penales proporciona un concepto muy vasto del mismo. Y si, por el contrario, permanecemos en el ámbito interno, tampoco el tenor literal de los tipos, ni de los mismos intereses jurídicamente protegidos a los que aquellos responden —cualquiera que sea la formulación que estos adopten—, obtenemos pautas definitivas al respecto»*<sup>92</sup>.

Como indican Cobo del Rosal/Quintanar Díez, el concepto penal de funcionario público se encuentra íntimamente ligado al concepto de función pública, *«y éste sí excede, con mucho, lo que la Ciencia del Derecho Penal puede “per se” definir de forma autónoma, resultando que este último dependerá de factores ni siquiera circunscritos al ámbito del Derecho administrativo, sino mucho más genéricamente, a factores de índole política, que explican el concepto de función pública siempre que éste se conecte, a su vez, a los “fines del Estado”»*<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, «Comentario al artículo 24 CP», en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, director Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 321.

<sup>91</sup> Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997, pág. 478.

<sup>92</sup> Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”», ob. cit., págs. 478-479.

<sup>93</sup> Vid. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, «Comentario al artículo 24 CP», en *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Artículos 24 a 94*, director Manuel Cobo del Rosal, Madrid 2000, pág. 49.

El concepto de función pública, en fin, presenta hoy en día, como observa Javato Martín, *una alta problemática*, pues el paulatino intervencionismo del Estado en todos los órdenes de la vida, en especial en el económico, unido a la implementación creciente de un proceso de signo inverso, esto es, la privatización de servicios públicos, ha conducido a un creciente oscurecimiento y difuminación de los límites entre actividad pública y actividad privada<sup>94</sup>. Según indica este mismo autor, *«actualmente se defienden por la doctrina penal cuatro concepciones divergentes de función pública: la teleológica, o con más precisiones teleológica-subjetiva, la objetiva, la subjetiva y la mixta o ecléctica»*<sup>95</sup>.

También en la jurisprudencia, no podía ser de otro modo, el concepto *función pública* adquiere unos extensos, casi ilimitados, perfiles. En su Sentencia núm. 68/2003, de 27 de enero, el Tribunal Supremo, al referirse al requisito de la *participación en el ejercicio de funciones públicas*, destaca que éstas pueden ser tanto las propias del Estado, de entidades locales y comunidades autónomas, *«como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública»*<sup>96</sup>. En relación con el concreto caso que ocupaba al Tribunal Supremo en esta sentencia, destacó éste que *«si tenemos en cuenta que en el caso presente nos encontramos ante un empleado que desempeñaba importantes funciones, como eran las de calcular lo que cada trabajador tenía que cobrar y proponer la cuantía concreta a la oficina de Bilbao que le enviaba los talones del dinero a percibir por cada trabajador, queda más patente aún la cualidad pública de tal trabajo»*. En cualquier caso, sigue afirmando dicha sentencia, *«para evitar confusiones conviene añadir aquí que también la doctrina de esta sala viene reconociendo tal cualidad de funcionario público en los casos en que se trate de trabajos de menor cualificación, incluso con relación a trabajos de carácter subalterno»*<sup>97</sup>.

Particularmente interesante resulta, a este respecto, la STS núm. 186/2012, de 14 de marzo. Con relación al concepto *función pública*, tras observar que la doctrina ha utilizado diversos criterios para su

<sup>94</sup> Vid. JAVATO MARTÍN, «Comentario al artículo 24 CP», en *Comentarios al Código Penal*, director Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, Valladolid 2010, pág. 226.

<sup>95</sup> Vid. JAVATO MARTÍN, «Comentario al artículo 24 CP», ob. cit., pág. 226.

<sup>96</sup> Vid. STS núm. 68/2003, de 27 de enero, Fundamento de Derecho Segundo.

<sup>97</sup> Vid. STS núm. 68/2003, de 27 de enero, cit., Fundamento de Derecho Segundo.

identificación («Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público; teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos»), afirma que «la jurisprudencia ha empleado un **criterio de gran amplitud** y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos»<sup>98</sup>.

Ejemplos de esta amplia comprensión del concepto *función pública* son, entre otras, las siguientes sentencias (todas ellas referidas por la anterior): STS núm. 1292/2000, en la que se dice que «lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública»; STS núm. 68/2003, la cual, tras referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que «cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública»; STS núm. 866 /2003, de 16 de junio, según la cual, «lo verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos»; o la STS núm. 876/2006, de 6 de noviembre, que afirma que «la jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existencia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común. Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio. Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el

<sup>98</sup> Vid. STS núm. 186/2012, de 14 de marzo, Fundamento de Derecho Primero.



*que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas».*

Los ejemplos expuestos evidencian que la interpretación del concepto función pública, sobre el cual descansa el de funcionario público a efectos penales, es realmente extensiva, lo cual, sin embargo, no autoriza considerarla prohibida ni invasora de competencias legislativas, pues no desborda el tenor literal posible de dicho concepto.

### 3.7.4. El concepto de violencia en el delito de coacciones: interpretación extensiva permitida y analogía prohibida

El artículo 172.1 CP dispone que será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados, *el que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto.*

Como podemos observar, la coacción presenta dos modalidades: impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe, o compelerle u obligarle a efectuar lo que no desea, fuere justo o injusto. Fundamental resulta en ambos casos el empleo de **violencia**.

Definidas de este modo, las diferencias entre coacciones y amenazas son evidentes: en las primeras se lesiona de forma inmediata y actual la libertad de obrar o, como ha apuntado la doctrina, la libertad de ejecutar las decisiones tomadas. En efecto, en ellas un sujeto (o varios) obligan a otro (u otros) a hacer algo o le impiden hacerlo, acudiendo, para ello, a la violencia. En las amenazas y, más concretamente, en las condicionales, no se obliga o impide al sujeto actuar en uno u otro sentido, sino que se le intimida a fin de que decida realizar lo que pretende el agresor.

Dado que el artículo 172 exige únicamente el empleo de **violencia**, surge la duda de si ésta debe ser física o puede ser también de tipo psíquico, esto es, de carácter intimidatorio. Si se admitiese esto último se desdibujarían las diferencias entre coacciones y amenazas condicionales, en las que, como hemos visto, se produce el anuncio de un mal, concurriendo, por tanto, una intimidación<sup>99</sup>. A mi juicio,

---

<sup>99</sup> A juicio de ORTS BERENGUER (*Derecho penal. Parte Especial*, Valencia 2010, pág. 246), «las coacciones y las amenazas, como regla general, se refunden en la intimidación, por lo que no son punibles por separado».

las coacciones admiten ser cometidas tanto por medio de violencia física como a través de violencia psíquica o intimidación, si bien para diferenciar entre coacciones y amenazas considero necesario introducir la siguiente distinción:

— cuando un sujeto anuncia a otro la ejecución de un mal inmediato («o sales del vehículo o te mato», dice el agresor mientras empuña un arma), en realidad no le está amenazando, pues la víctima no tiene un plazo de tiempo para sopesar su decisión: el agresor le está coaccionando, esto es, obligando a hacer algo.

— cuando, en cambio, el mal que se anuncia tiene carácter futuro («o mañana me traes los papeles o te mato»), la víctima no se ve actualmente compelida a hacer algo, pues dispone de un margen para actuar: es su libertad de decidir la que se ve lesionada, y no su capacidad actual de obrar.

En supuestos de amenaza no condicional, dado que el agresor se limita a asustar a la víctima, es indiferente que el mal presente carácter actual o futuro.

Como indica Díez Ripollés, comúnmente se incluyen dentro del término *violencia* algunos supuestos de *vis* compulsiva o psíquica, concretamente la intimidación en la que se conmina al sujeto con un mal inmediato<sup>100</sup>, reservándose para las amenazas los supuestos de conminación con males futuros.

El término *violencia* empleado por el artículo 172.1 CP comprende, por tanto, según un consolidado criterio jurisprudencial, tanto supuestos de violencia física como psíquica, pero también supuestos, como

---

<sup>100</sup> Esta interpretación se produce, como advierte Díez Ripollés (*Comentarios al Código Penal. Parte Especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, coords. José Luis Díez Ripollés y Luis Gracia Martín, Valencia 1997, pág. 821), a los pocos años de la existencia del Tribunal Supremo, y está en la actualidad plenamente consolidada en la jurisprudencia, oponiéndose a ella, no obstante, un sector mayoritario de la doctrina.

En este último sentido opina, por ejemplo, CERVELLÓ DONDERIS (*El delito de coacciones en el Código Penal de 1995*, Valencia 1999, págs. 35 y ss.), según la cual la nítida distinción entre los bienes jurídicos respectivamente protegidos por los delitos de amenazas y coacciones constituye un argumento a favor de la exclusión de la intimidación del ámbito de las coacciones. A juicio de dicha autora, configurada la libertad de actuación como bien tutelado por éstas, es preciso descartar «*la intimidación como medio comisivo ya que al tratar de alterar la fase de motivación no se produce necesariamente el resultado que requiere el tipo —de coacciones— para la consumación consistente en la realización de un comportamiento no deseado, porque para esto no es apta una influencia psíquica sino una intervención externa y física sobre la actuación del individuo*».

veremos acto seguido, de *fuerza en las cosas*, esto es, supuestos en los que la violencia física se proyecta sobre objetos y no sobre personas.

Una vez más, se realiza, en suma, una interpretación extensiva de un término penal, nuclear, por otra parte, en el delito de coacciones. En su virtud, este delito amplía sensiblemente su ámbito de aplicación, lo cual, sin embargo, no se revela contrario al tenor literal del precepto, pues el término violencia no aparece adjetivado de manera alguna, por lo que es posible esta extensa comprensión. Según el Diccionario de la Real Academia, la violencia es la *cualidad de violento*, y violento significa obrar con *ímpetu y fuerza*, sin que se requiera, por tanto, que se proyecte tal acción sobre personas.

Ahora bien, se trate de violencia física, bien sobre personas, bien sobre cosas, o de violencia psíquica o intimidatoria, su concurrencia, impuesta por la ley, es frecuentemente obviada por jueces y tribunales, que consideran constitutivos de coacción comportamientos no violentos pero mediante los cuales se alcanza el resultado que la ley desea prevenir, esto es, *impedir hacer lo que la ley no prohíbe o compeler a hacer lo que no se desea, sea justo o injusto*.

Son múltiples, como digo, los ejemplos que cabe encontrar, representativos, todos ellos, no de una interpretación extensiva del término violencia o del precepto penal en su conjunto, sino, esta vez sí, de una prohibida analogía.

Sirva de botón de muestra la Sentencia de la Audiencia de Murcia (Sección 4.<sup>a</sup>), de 13 de octubre de 1999, que condenó al acusado como autor de un delito de coacciones por la comisión de los siguientes hechos:

*«Consta probado y así se declara que el acusado, Manuel R. A., mayor de edad y sin antecedentes penales, como legal representante de la mercantil MRA Invernaderos, SL, domiciliada en Avilese (Murcia) mantuvo relaciones comerciales con la también mercantil Cartonajes Bernabeu, SA, de Ontinyent, a partir del año 1994, sirviéndole esta empresa varias partidas de cajas, con las que le entregaba en concepto de depósito unas máquinas adecuadas para la manipulación de tal mercancía en sus dependencias comerciales, encontrándose en su poder a tales fines y en el verano de 1.997 en 6.000.000 ptas., y una rampa, tiempo en el que, tras la recepción de un pedido sobre el que hubo problemas con el precio, se interrumpieron aquellas relaciones, a partir de cuya fecha el referido acusado **retuvo en su empresa** la referenciada máquina, no devolviéndola a su titular pese a los varios requerimientos de Cartonajes Bernabeu, uno de ellos por carta certificada 16-9-1997, hasta el 15-5-1998 había al menos 9.000 cajas sin montar en las de-*

*pendencias de MRA Invernaderos, SA, y que dicha empresa utilizaba ya en esa época cajas servidas por otros fabricantes.»*

En el relato de Hechos Probados no aparece referencia alguna al empleo de violencia por parte del acusado, el cual, eso sí, **retuvo en su empresa** la referenciada máquina e impidió a su titular recuperarla y, por tanto, a usarla.

Pese a la ausencia de toda violencia, el Tribunal Supremo, mediante Sentencia núm. 1380/2001, de 11 de julio, confirma la condena<sup>101</sup> tras recordar los elementos precisos para la existencia del delito de coacciones, mencionando en segunda lugar, tras referirse a la necesaria concurrencia de *«una dinámica comisiva encaminada a un resultado que puede ser de doble carácter: impedir a alguien hacer lo que la Ley no prohíbe o compelerle a hacer lo que no quiera, sea justo o injusto»*, una actividad que *«se plasme en una conducta de violencia, cuya clase ha ido ampliándose en el tiempo para incluir no sólo una “vis physica” sino también la intimidación o «vis compulsiva» e incluso la fuerza en las cosas o “vis in rebus”»*.

En relación con el caso sometido a su enjuiciamiento, estima el Tribunal Supremo que *«se observa que la acción realizada por el acusado se encaminó a impedir a la persona titular de la empresa dueña de la máquina que se tardó inmoderadamente en devolver, el uso de la misma y tal vez le compelió a valerse de otra, aunque como dice el recurrente, no haya quedado plenamente probado que para ello hubiera de comprarse una nueva. El agente del hecho es patente que obró con el propósito de menguar la libertad de obrar de otra persona impidiéndola la utilización de un instrumento que utilizaba en su empresa. También es claro que no estaba el agente legítimamente autorizado para retenerla porque, si inicialmente pudo necesitar la máquina para preparar y acondicionar cartonajes que de la misma empresa titular de la máquina había recibido, es claro que, transcurrido cierto tiempo, no tenía ninguna justificación retenerla en su poder. La naturaleza de la violencia empleada está en este caso muy relacionada con el grado de intensidad de la conducta realizada. La violencia sobre la persona se actuó mediante fuerza en las cosas, la menos fuerte de las que pueden actuar, pero, ello no obstante, fueron de notable intensidad los medios empleados, así como el resultado obtenido que determinó un impedimento ilegítimo y de bastante duración, ya que esa retención se extendió desde el verano de 1997 en momento no*

---

<sup>101</sup> Aunque declara haber lugar al recurso y dicta segunda Sentencia suprimiendo la indemnización por daño moral.

*concretado, pero que al menos dio lugar a un requerimiento escrito de devolución en septiembre de ese año, hasta el 15 de mayo de 1998 en que fue desmontada y devuelta en buen estado, constando en los hechos probados que ya cuatro meses antes, a mediados de enero precedente, el acusado utilizaba cajas de cartón servidas por otros proveedores. La intensidad de la coacción y de sus resultados fue sin duda superior a la apropiada para la estimación de una mera falta. El motivo ha de ser desestimado».*

¿Dónde se aprecia el ejercicio de violencia? En el relato de Hechos Probados, como he comentado, no aparece mención alguna a ella, afirmando el Tribunal Supremo, pese a todo, que *la violencia sobre la persona se actuó mediante fuerza en las cosas*. Sin duda, como sucede en muchas otras ocasiones, tienen presente jueces y tribunales que el comportamiento observado por el acusado es ilícito y que, además, ha lesionado la libertad de obrar de la *víctima* en el sentido expresado por el precepto: impidiéndole hacer lo que desea, y no está prohibido, o conminándole a hacer lo que no desea, fuere justo o injusto.

La condena en casos como el expuesto implica, sin duda, una prohibida analogía, pues se castiga un supuesto que no tiene cabida en el tenor literal de la ley pero que resulta similar o próximo al descrito en ella. La similitud entre ambos reside en la efectiva lesión del bien protegido causando precisamente el resultado descrito en el texto legal. La aplicación del artículo 172 se realiza, sin embargo, obviando la exigencia del empleo de violencia mediante una pretendida interpretación extensiva que en realidad no es tal pues, como he dicho, *encubre* una intolerable analogía.

Esta práctica no es, en relación con el delito de coacciones, excepcional. Como afirma la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2.<sup>a</sup>) en su Sentencia núm. 450/2000, de 26 de septiembre, *«es reiterada la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del propio Tribunal Supremo, referente al supuesto enjuiciado de “cambio de cerraduras” como infracción criminal, puesto que el concepto de violencia, se entiende como fuerza sobre la voluntad o enfrentamiento contra la libertad de actuación de otra persona, que va más allá del resultado meramente descriptivo de impedir algo a otro, caben perfectamente los casos de resistencia pasiva, o de fuerza material en las cosas, siempre que la misma, en una dimensión o exigencia tanto cualitativa como cuantitativa del elemento normativo examinado, con independencia de la forma en que se manifieste, sea ejercida como medio o instrumento de coacción frente a una persona y tenga entidad suficiente y adecuada para impedir o hacer prácticamente imposible que el sujeto pasivo actúe según su voluntad».*

Quien decide cambiar la cerradura de su casa por haber perdido las llaves o para colocar otra más segura no se comporta violentamente, y tampoco lo hace quien observa idéntica conducta pero impulsado por un ánimo distinto, como el de impedir a un tercero realizar lo que desea, fuere o no para realizar (arbitrariamente o fuera de las vías legales) un derecho propio.

Jueces y tribunales consideran repetidamente constitutivos de delito o falta de coacciones comportamientos en los que no concurre violencia alguna, en los cuales, sin embargo, obviada dicha ausencia, sí cabe apreciar una evidente similitud atendidos los restantes elementos del delito de coacciones. Así sucede, por ejemplo, en la Sentencia núm. 267/2007, de 27 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Primera), que, aceptado los hechos probados de la sentencia de instancia, condena a la acusada como autora de una falta de coacciones por estacionar un vehículo delante de la puerta de un local que constituía la única vía de acceso rodado a una zona de aparcamiento obstaculizando de esta forma el eventual paso de vehículos a dicha zona. En esta sentencia afirma expresamente la Audiencia Provincial de Jaén que *«el no sufrir los denunciadores violencia alguna por parte de la denunciada en nada modifica el relato de hechos probados, ni la calificación jurídica de los mismos»*.

La Audiencia Provincial de Burgos (Sección Primera), en su sentencia núm. 279/2012, de 12 de junio, consideró constitutiva de falta de coacciones la conducta del acusado consistente en cortar la luz de un piso que tenía arrendado dadas ciertas desavenencias con los arrendatarios. Explica la Audiencia Provincial de Burgos que como consecuencia de ello *«la vivienda se vio privada del suministro de luz (motivando que los inquilinos se marchasen de la vivienda), y aún cuando no ha quedado probado el concreto mecanismo o procedimiento que se empleó para ello, si cabe afirmar que fue por voluntad y decisión del denunciado. Lo que lleva, a confirmar la falta de coacciones por la que éste resulta condenado en la sentencia recurrida»*. Lo decisivo, una vez más, no es el empleo de violencia, sino el resultado efectivamente producido.

Con relación también a un supuesto de corte de suministro eléctrico, estima sin embargo la Audiencia Provincial de Baleares (Sección Primera) en su sentencia 277/2013, de 30 de octubre, que dicho comportamiento debe considerarse penalmente atípico.

Explica dicha sentencia, al respecto, que ciertamente se ha producido una ***extensión jurisprudencial del concepto de violencia***, *«que a menudo ha abarcado no sólo la “vis absoluta” sino también la “vis compulsiva”, hablándose modernamente de violencia física y vio-*

lencia moral o intimidación», si bien «es discutible que pueda llegar (**pese a que no faltan decisiones judiciales en ese sentido**, y pese a que se ha incorporado la agravación de la coacción cuando tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda) hasta la ausencia total del elemento típico de la violencia, si ya no sobre la persona o la cosa, al menos semejante en algo a la intimidación o amenaza, a la “vis compulsiva”. **En el presente caso, esa ausencia es patente.** Ni siquiera por aproximación al concepto de amenaza se puede encuadrar la conducta en la tipificada en el artículo 172, ni tampoco en la falta, que sólo habla de una coacción de carácter leve, para lo cual, antes bien, ha de reunir los elementos típicos de la coacción. Y, siguiendo con el análisis del elemento típico de la violencia, ni siquiera se adivina la causación futura de un mal físico en el hecho de interrumpir un suministro eléctrico».

El corte de suministro eléctrico, sigue explicando la sentencia, es «un hecho que genera, indudablemente, considerables perjuicios y molestias, pero que camina más bien, al entender del que suscribe, en la esfera de las tareas del orden jurisdiccional civil. Y en el presente caso, además, no sólo no existe violencia o intimidación en las personas, sino que existen algunas dificultades para considerar que exista una verdadera fuerza en las cosas. Todo esto, teniendo presente que el requisito de la fuerza en las cosas ni siquiera pertenece al tipo de coacciones, sino —todo lo más— al de realización arbitraria del propio derecho ( artículo 455 del CP), que no tiene un equivalente exacto en el libro III del Código Penal.

Sostener que la falta de coacciones no requiere el elemento típico de la violencia (bastando con una interpretación laxa de la fuerza en las cosas) supone a mi modo de ver, por mucho que este criterio se apoye en decisiones jurisprudenciales de consolidada competencia, **una interpretación extensiva de los artículos aquí citados** y, por lo mismo, una quiebra del principio de legalidad penal, consagrado, entre otros, en los artículos 9.3, y 25.1 de la CE, así como 1.1 y 10 del CP».

La evidencia de que no existió violencia y de que los hechos, por tanto, son penalmente atípicos no se traduce, sin embargo, en una absolución del condenado, pues, explica la sentencia, el apelante no mencionó en su recurso, siquiera de forma implícita, la falta de dicho elemento típico, por lo que no resulta admisible una revocación de la sentencia apelada<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> «Las particularidades del recurso de apelación, la reducción del objeto del mismo a las cuestiones suscitadas por el apelante y contestadas por los apelados

Obsérvese, en fin, que esta última sentencia se refiere, como resulta habitual hacerlo, a una **interpretación extensiva, contraria al principio de legalidad penal, del artículo 172 CP**, y no, como sería procedente, a una prohibida analogía.

## 4. Reflexiones finales

### 1. La analogía está prohibida en el seno del Derecho Penal.

El artículo 4.1 del Código Penal dispone que «*las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos en ellas*», prohibiendo, así, la analogía, sin distinguir, por cierto, entre supuestos de analogía *in bonam partem* e *in malam partem*. La prohibición de la analogía es característica de esta rama del Derecho, pues el artículo 4.1 del Código Civil dispone precisamente lo contrario: «*Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*».

Pese a la claridad del tenor literal del artículo 4.1 del Código Penal, diversos autores siguen opinando que es posible en determinadas ocasiones aplicar analógicamente normas penales beneficiosas para el reo. Sobre todo ello se pronuncia, extensamente, Montiel<sup>103</sup>.

---

—*tantum appellatum quantum devolutum*—, evitando así la posible indefensión que podría causarse al otorgar la tutela por causas que no son exactamente las sostenidas y debatidas por las partes (incongruencia por *extra petitum*) provocan la imposibilidad de estimar en este punto la pretensión del apelante, no obstante todo lo expuesto acerca de la apreciación de la atipicidad de la conducta, puesto que este extremo no fue planteado por el apelante en los términos descritos, ni expresamente, ni tampoco de modo implícito.

Puede discutirse la aplicación de los principios mentados a un aspecto de orden público como el aquí abordado; recuérdese, empero, que la cuestión sobre la atipicidad de este tipo de pretendidas coacciones dista de ser pacífica; no parece, pues, que se pueda hablar de *ius cogens* sin matizar notablemente lo relativo de dicha calificación o la conveniente prudencia a la hora de extraer las consecuencias jurídicas inherentes, cuando la postura sostenida por el que suscribe es más bien minoritaria, y cuando la posición contraria es respaldada por el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (artículo 123 CE; salvo en materia de garantías constitucionales, claro).

Por todo lo anterior, valorando de modo global las circunstancias expuestas, no considero que se deba concluir la atipicidad en base a la falta del elemento típico de la violencia, ya que la alegación del recurrente —y sobre la que existió el debate procesal— discurría por la vía de la falta de disfrute legítimo».

<sup>103</sup> Vid. *Analogía favorable al reo*, Madrid 2009; «Regulaciones de excepción y prohibición de la analogía», en *InDret* 3/2003, Barcelona julio 2013.



2. Pese a que la jurisprudencia sigue refiriéndose a ellas conjuntamente afirmando que ambas están prohibidas, la interpretación extensiva contra reo y la analogía *in malam partem* no deben confundirse: la primera, por ser interpretación, es perfectamente admisible aunque sea *contra reo* si, respetando el tenor literal posible, es aconsejada por una interpretación teleológica del precepto, esto es, atenta al espíritu y finalidad de éste.

Tampoco son infrecuentes las posiciones doctrinales contrarias a la interpretación extensiva contra reo, advirtiéndose en ellas una confusión con la analogía.

No obstante su licitud, interpretar de forma extensiva contra reo será la excepción: procederá cuando el fin de protección de la norma lo aconseje, pero no debe olvidarse que el Derecho Penal en su conjunto está informado por el principio de mínima intervención, que apunta precisamente en sentido contrario.

3. Tanto la analogía como la interpretación son actos o actividades de *creación del derecho*. No sólo, por tanto, la primera, que implica, eso sí, la *creación judicial de una norma*: la analogía implica por parte del juez, la asunción de competencias legislativas, asunción lícita por delegación legal en el caso del artículo 4.1 del Código Civil pero expresamente prohibida, como hemos visto, por el artículo 4.1 del Código Penal.

La interpretación, pese al modelo ideal propio de la Ilustración, no es, nunca fue, un simple silogismo, sino que encierra, siempre, una actividad creativa: a través de ella el juez concluye el programa normativo al que da inicio el legislador.

Dado que en un caso el juez *crea una norma* y en el otro *acaba una norma* o *atribuye significado a la norma creada por el legislador* (o *poder ejecutivo si son normas de rango inferior*), ambas actividades son teóricamente diferenciables.

4. Distintas de la analogía son las cláusulas legales de analogía, cuyo ejemplo paradigmático es el artículo 21.7 del Código Penal, y la interpretación analógica, que sólo merecerá dicho nombre en la medida en que esté dirigida a *concluir una norma creada por el órgano competente y siempre con respeto de su tenor literal*.

5. Con el pretexto de extender la protección penal de bienes jurídicos o de no dejar impunes determinados comportamientos juzgados graves, jueces y tribunales rebasan con cierta frecuencia (aquí sólo han sido objeto de análisis algunos casos), en el curso

de su actividad creadora, los límites propios de la interpretación y usurpan poderes legislativos.

Al margen de los casos anteriormente mencionados, cabe resaltar el referido por De Vicente Martínez. Afirma esta autora, de acuerdo con lo aquí denunciado, que el reconocimiento legal expreso de la prohibición de la analogía no ha impedido que se haya infringido claramente en varias ocasiones, como por ejemplo sucedió «*cuando el Tribunal Supremo subsumía analógicamente la defraudación del fluido eléctrico en el delito de hurto cuando la electricidad no podía considerarse una “cosa mueble”*». *Situación que se remedió más tarde con una tipificación expresa de estas defraudaciones*»<sup>104</sup>.

6. Aunque modernamente se ha sometido a revisión el pensamiento penal de autores tan destacados como Montesquie, adjetivándose como ingenuas o monstruosas las interpretaciones de su más célebre frase, lo cierto es que era un ideal (aunque se haya mostrado *quimérico*) de la Ilustración sujetar la actividad judicial del juez y prohibir por su parte la interpretación de las normas. Con tal pretensión se dictaron normas que prohibían tal actividad, debiéndose subrayar, como destaca García Rivas, que cuando el Marqués De Beccaria demandaba al legislador claridad y simplicidad en la elaboración de las leyes pensaba, sobre todo, en impedir que los jueces operasen fuera del silogismo perfecto para *no abrir la puerta a la incertidumbre*<sup>105</sup>.

## 5. Bibliografía

- ALARCÓN CABRERA, *Prólogo de La letra y el espíritu de la Ley*, FROSINI, Ariel Derecho, Barcelona 1995.
- ATRIA, «Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo», *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, 5, 2004.
- BACIGALUPO ZAPATER, «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el derecho penal», en *Anuario de Derechos Humanos*», Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, ed. J. M. Silva Sánchez, Barcelona 1997.

<sup>104</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia 2004, Tol511.845.

<sup>105</sup> GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid 1992, pág. 26.

- BECCARIA, *Tratado de los delitos y las penas*, editorial Heliasta, Buenos Aires 1993.
- CARBONELL MATEU, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia 1996.
- CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones en el Código Penal de 1995*, Valencia 1999.
- COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, «Comentario al artículo 24 CP», en *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Artículos 24 a 94*, director Manuel Cobo del Rosal, Madrid 2000.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, Valencia 1990.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- CUGAT MAURI, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant on line, Epígrafe núm. 26, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.
- DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal español. Parte General*, Madrid 1976.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, coords. José Luis Díez Ripollés y Luis Gracia Martín, Valencia 1997.
- FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid 1995.
- FROSINI, *La letra y el espíritu de la Ley*, FROSINI, Ariel Derecho, Barcelona 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid 1994.
- GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid 1992.
- GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 1996.
- GÓMEZ TOMILLO, «Comentario al artículo 4 CP», en *Comentarios al Código Penal*, director Manuel Gómez Tomillo, Valladolid 2010.
- HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1984.

- HERRERO DE MIÑON, «Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código Civil», en *REP*, 1974, núm. 198.
- JAVATO MARTÍN, «Comentario al artículo 24 CP», en *Comentarios al Código Penal*, director Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, Valladolid 2010.
- JAVATO MARTÍN, «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 23, enero 2011.
- JESCHECHK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada 2002.
- LARENZ, *La metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona 1990.
- LUCAS VERDÚ, «Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales», en *Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978*, núm. monográfico 2 de la *RFDUC*, 1979.
- MEZGER, *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*, Edit. *Revista de Derecho privado*, traducción y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid 1935.
- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 2002.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, Tomo I, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1906.
- MONTIEL, «Cazando el mito del positivismo diabólico y del formalismo ingenuo en el Derecho Penal», Recensión a Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, *La excusa del positivismo. La presunta superación del «positivismo» y el «formalismo» por la dogmática penal contemporánea*, *INDRET* 1/2011, Barcelona, enero de 2011.
- MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, Madrid 2009.
- MONTIEL, «Regulaciones de excepción y prohibición de la analogía», en *INDRET* 3/2003, Barcelona julio de 2013.
- MORALES PRATS, «Comentario al artículo 202 CP», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 2011.
- MULLER, *Juristische Methodik*, sechste erw. Und neu bearb. Auflage, Duncker-Humblot, Berlín 1995.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo. La presunta superación del «positivismo» y el «formalismo» por la dogmática penal contemporánea*, Madrid 2007.
- ORTS BERENGUER, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia 2010.

- PÉREZ ÁLVAREZ, «Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil», Pamplona 1994.
- PRIETO SANCHÍS, «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, Mayo-Agosto 1991.
- QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 1996.
- QUINTERO OLIVARES, «Doctrina y jurisdicción ante el nuevo Código Penal español», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1996, 249 (06/06).
- QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, Pamplona 2010.
- QUINTERO OLIVARES, «Comentario al artículo 24 CP», en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, director Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona 2011.
- QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, «Comentario al artículo 4 CP», en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, director Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona 2011.
- RIGGI, *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Barcelona 2010.
- ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid 1997.
- SÁNCHEZ FERRO, «Analogía e imperio de la ley», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona 1992.
- VALEIJE ÁLVAREZ, «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997.
- ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires 2003.
- ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, Valencia 1993.

