

# Capítulo 1

## LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL; EN ESPECIAL, LOS PRINCIPIOS DE INTERVENCIÓN MÍNIMA, LEGALIDAD, DE CULPABILIDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. EL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”. LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO PENAL. LA ANALOGÍA

Sumario: I. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL. II. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA. III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 1. Concepto. 2. Las garantías penales. IV. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. V. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. VI. OTROS PRINCIPIOS. 1. El principio del hecho. 2. El principio del bien jurídico. 3. El principio de proporcionalidad. 4. El principio de resocialización. 5. El principio de dignidad de las personas y humanidad de las penas. VII. EL PRINCIPIO DE “NON BIS IN IDEM”. VIII. LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO PENAL. IX. LA ANALOGÍA.

### I. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL

Los principios informadores del Derecho Penal, también denominados principios limitadores como señala Mir Puig<sup>1</sup>, responden a la necesidad de establecer unos cauces legítimos dentro de los cuales el Estado pueda ejercer el “*Ius puniendi*” sin incurrir en abusos o atentados a la libertad, la igualdad y a la dignidad humana, al ser valores superiores del ordenamiento jurídico.

---

<sup>1</sup> Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.

Estos principios son, en su gran mayoría, comunes al sistema jurídico político europeo que encuentra su origen histórico en el movimiento de la Ilustración. Desde el punto de vista del Derecho positivo, acabaron reflejados en los textos constitucionales que surgen tras la revolución norteamericana y francesa, así como en el siglo XX en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás declaraciones internacionales en los que se reconocen los derechos fundamentales de las personas. Los Estados democráticos de Derecho que surgen en Europa después de la Segunda Guerra Mundial son indisolubles de un determinado tipo de Derecho Penal, que persigue cubrir las exigencias de control social y protección de los bienes jurídicos, así como de castigo y prevención, mediante un escrupuloso respeto de los derechos fundamentales, muchos de los cuales guardan relación directa con la materia penal<sup>2</sup>.

Todos ellos se estudian bajo la óptica de lo que se define como Derecho Penal subjetivo, es decir, la facultad que tiene el Estado para decidir lo que es delito y determinar e imponer las penas y las medidas de seguridad. Su desarrollo en España se encuentra íntimamente vinculado a lo proclamado en el **artículo 1 de la Constitución: *España se configura como un Estado Social y Democrático de Derecho***, pues es finalmente el modelo de Estado el que determina a su vez los límites dentro de los cuales pueden moverse sus poderes y el que garantiza un espacio adecuado de libertad y seguridad a todos los ciudadanos<sup>3</sup>.

## II. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

El Derecho Penal tiene entre sus notas definitorias presentar una naturaleza sancionadora, si bien no es la única rama del ordenamiento jurídico que tiene tal carácter, al existir otras que también participan de éste como, por ejemplo, el Derecho administrativo sancionador o derecho disciplinario.

Cuando se afirma esta naturaleza, hay que tener en cuenta que esta condición no puede ser ilimitada, por razones de justicia y de política criminal, debiendo determinarse cuáles son los contenidos que han de ser objeto de protección penal para asegurar la convivencia social o, como decía Jelli-

---

<sup>2</sup> Bernal de Castillo, Jesús, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Editorial Atelier, Barcelona, 2011. El autor afirma la “identidad penal europea”, que debe ser entendida como un sustrato de principios generales comunes que informan el Derecho Penal positivo de cada sistema y que constituyen un fundamento unificador, respetando la identidad de cada Estado.

<sup>3</sup> Mir Puig, S., *Estado, Pena y Delito*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

neck<sup>4</sup>, para mantener el respeto del “mínimo ético” que ha de presidir toda sociedad<sup>5</sup>. Del mismo modo, es preciso indicar en qué casos el Derecho Penal ha de intervenir para restablecer la paz social y cuáles son los criterios de selección de los contenidos penales.

El Derecho Penal, según García de Pablos (2006), no es la solución al problema del crimen y de la criminalidad como fenómeno global, al no ser posible su erradicación sino sólo su contención a límites “tolerables” y debe sujetarse a criterios de necesidad y oportunidad, desplegando toda su eficacia el principio de intervención mínima. Parece ser admitido que el Derecho Penal ha de conceptuarse como un mal menor que sólo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario para proteger los bienes jurídicos.

A efecto de asegurar este papel restringido del Derecho Penal, la doctrina ha reconocido la vigencia del principio de intervención mínima que presenta un doble carácter de subsidiariedad y fragmentariedad:

**El carácter subsidiario** significa que el Derecho Penal es la última ratio, es decir, que sólo intervendrá para proteger los bienes jurídicos cuando se manifiesten ineficaces los demás medios de tutela y sanción con los que cuenta un Estado de Derecho.

No será necesario el recurso al Derecho Penal cuando la sociedad pueda ser protegida por otros medios menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de un recurso extremo que tiene por finalidad garantizar la seguridad al menor coste posible para la libertad.

Cuando se acepta el carácter subsidiario, se reconoce que la pena es un mal irreversible y que sólo debe de acudir a ella en último lugar, como solución imperfecta, al existir otros modos de actuación preferentes de lucha contra el fenómeno delictivo. Como señala Mir Puig<sup>6</sup>, deberá priorizarse ante todo la utilización de medios desprovistos de carácter de sanción como es el recurso de los poderes públicos a una adecuada política social como medio de prevención de la criminalidad. Seguirán a continuación las sanciones no penales y administrativas. Únicamente cuando ninguno de los anteriores medios sea suficiente, estará legitimado el recurso a la pena o la medida de seguridad.

---

<sup>4</sup> Jellinek, Georg *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura económica, Madrid, 2012.

<sup>5</sup> San Agustín en el siglo V dijo: “La ley humana se propone castigar no más que lo que sea preciso y en la medida que sea preciso, a fin de mantener la paz entre los hombres y sólo en aquellos casos en que están al alcance de los hombres”.

<sup>6</sup> Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor. Barcelona, 2010.

**El carácter fragmentario** del Derecho penal supone que sólo se protegerán los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad y que estos bienes jurídicos tendrán que ser protegidos frente a los ataques más intensos, aquellos que resulten ser intolerables. Como señalaba Binding (1922), sólo se debe preocupar de una parte de los comportamientos antijurídicos y es indiferente a las cuestiones de la moralidad que permanecen al margen de lo punitivo.

El Tribunal Supremo, al abordar el principio de intervención mínima, ha venido a reconocer que se trata de un principio de política criminal, informador del Derecho Penal (STS 830/2004) que ha de ser tenido en cuenta por el legislador pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad, por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir mediante la fijación de los tipos y las penas cuáles deben de ser los límites de la intervención del Derecho Penal (STS 7/2002, 96/2002, 363/2006 y 2165/2013).

La observación de este principio permite adecuar el Derecho Penal a la realidad social del tiempo que le ha tocado vivir, obliga al legislador a despenalizar conductas que no se consideran dignas de represión penal y, al mismo tiempo, a sancionar nuevas formas de criminalidad que van apareciendo. En este sentido, son muy significativas muchas de las reformas que el Código Penal de 1973 sufrió hasta su derogación como ponen de manifiesto la breve Exposición de Motivos del Código Penal del 1995 y las más de 40 reformas posteriores de las que ha sido objeto, destacando la despenalización de las faltas que realiza la LO 1/2015.

En cualquier caso lo cierto es que desde hace relativamente poco se vive un progresivo fenómeno de expansión del Derecho Penal, por diversos motivos, a áreas hasta ahora ajenas a esta disciplina.

En este sentido, como señala Jesús María Silva Sánchez<sup>7</sup>, la lógica lleva a mantener un equilibrio entre una expansión “irrazonable” del Derecho Penal que nace de la sociedad de riesgos postindustrial y del Estado de la prevención, con una necesaria tutela por la aparición de nuevas formas graves de criminalidad que hacen preciso la creación de nuevos tipos penales así como la armonización de conductas penales en el espacio común europeo de libertad y justicia.

---

<sup>7</sup> Silva, Sánchez, Jesús, *La expansión del Derecho Penal*. Madrid, 2002. Editorial Civitas.

Por otra parte, Miguel Polaino Navarrete<sup>8</sup> mantiene que es un principio discutible que en puridad no es muy preciso, considera que la intervención del Derecho Penal no ha de ser en tanto mínima como necesaria y, a menudo, bajo la argumentación de la minimización del Derecho Penal se corre el peligro de descuidar la protección de ciertos bienes o valores dignos y merecedores de tutela penal. En consecuencia, el alcance del ámbito jurídico-penal no ha de moverse guiado por un criterio minimalista sin condición sino que ha de atender preferentemente a la necesidad de protección penal.

### III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

#### 1. Concepto

Este principio, consustancial al Estado de Derecho, consiste en la sumisión del Derecho Penal a la ley, de modo que nadie puede ser castigado sino por hechos definidos como delito o falta en una ley anterior a su perpetración, ni imponérsele penas distintas de las contenidas en dicha ley.

De acuerdo con éste, la única fuente de creación del Derecho Penal es la ley, existiendo por lo tanto una “reserva de ley” que se extiende tanto a la definición de los delitos como a la imposición de penas.

Los orígenes remotos del principio de legalidad penal se encuentran en la “Magna Charta Leonesa” de 1188, en la “Magna Charta” inglesa de 1215 y en la “Constitutio Criminalis Carolina” de 1532, aunque, como señala Mir Puig (2011), el principio de legalidad no tiene un carácter general en ellas sino más bien limitado. Su origen más inmediato se vislumbra en el movimiento legalista de finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX en la escuela clásica alemana, en la influencia ideológica del pensamiento político y filosófico de la Ilustración del siglo XVIII. Anselm von Feuerbach (1775-1833), redactor del Código Penal de Baviera en 1813, tiene el mérito de haberlo formulado, expresándolo a través de las máximas “nulla poena sine lege”, “nulla poena sine crimen” y “nullum crimen sine poena legali”, resumidas a su vez en el apogtema “Nullum crimen, nulla poena sine lege”.

En el ámbito internacional, el principio de legalidad fue reconocido ya en el siglo XVIII en Estados Unidos en las Constituciones de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776) y, posteriormente, en la Declaración de Derechos del Hombre de Francia en 1789. Más recientemente, lo consagran la Declaración de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de la ONU de 1948, y el Estatuto

---

<sup>8</sup> Polaino Navarrete, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Tecnos, 2013.

de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado en el año 1998 en sus artículos 22 y 23. En cambio, su negación más contundente tiene lugar en los regímenes totalitarios de la Unión Soviética y la Alemania Nacionalsocialista.

En España fue proclamado por la Constitución del 1812 y después en las Constituciones de 1837, 1869 y 1931. También fue recogido por el Fuero de los Españoles y más recientemente por la Constitución de 1978. En nuestros Códigos penales, el principio de legalidad ha sido regulado por todos los textos desde el de 1822.

La **Constitución de 1978** le dedica dos artículos: el **9.3**, que recoge de una forma general que la Constitución **garantiza el principio de legalidad**, y el **artículo 25.1**, que establece que: *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*

El Tribunal Constitucional en la STC 16/81 recuerda que también lo consagran los pactos internacionales que, por haber sido ratificados por España, sirven de medio de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas proclamadas en la Constitución, según el artículo 10.2. Tales tratados son el Pacto de Nueva York de 1966 (Pacto Internacional de derechos civiles y políticos) y el Convenio de Roma de 1950 (Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales).

## 2. Las garantías penales

Del principio de legalidad se derivan cuatro garantías individuales: las criminales, las jurisdiccionales, las penales y las de ejecución. Todas estas serán aplicables tanto a los delitos como a las medidas de seguridad, permitiendo asegurar la libertad de los ciudadanos, la objetividad del enjuiciamiento y evitar la arbitrariedad por parte del Estado en el ejercicio del poder punitivo.

### a) Garantía criminal

Esta garantía exige que el delito (crimen) se halle determinado por la ley (“*nullum crimen sine lege*”).

El **artículo 10** del **Código Penal** consagra este principio disponiendo que: *Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*, y el **artículo 1.1** del **Código Penal** establece que: *No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración.*

Además, el artículo 4 del CP, dice: *1. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal.*

*2. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debieron serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.*

A su vez, el artículo 1.2 prevé que: *Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la ley.*

A través de esta garantía se dota al ciudadano de la posibilidad de poder distinguir los hechos prohibidos de los hechos permitidos y así poder ajustar su comportamiento a lo marcado por la ley, que es lo que se denomina fundamento tutelar del ciudadano frente al poder del Estado<sup>9</sup>.

### **b) Garantía penal**

Esta garantía requiere que la ley señale la pena que corresponde al hecho (“nulla poena sine lege”). Se deduce del artículo 4 y se establece en el artículo 2.1, en el que se ha extendido tal garantía a las medidas de seguridad al disponer que: *No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.*

Del anterior precepto se deriva a su vez el principio de irretroactividad cuya efectividad real va unida a la proclamación del principio de legalidad, reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución. También en su artículo 9.3 en el que se establece que: *La Constitución garantiza el principio de legalidad..., la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...* y tiene la excepción de la nueva ley más favorable que “a sensu contrario” se desprende del citado artículo 9.3 de la Constitución y recoge el artículo 2.2 del Código Penal:

---

<sup>9</sup> De Vicente Martínez, Rosario. *El principio de legalidad penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

***No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la norma más favorable será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley Temporal serán juzgados, sin embargo conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.***

La irretroactividad penal es un principio básico de los Estados Democráticos (aparece incluido tanto en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre artículo 11.2 como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15 y en el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007). Su fundamento se encuentra tanto en la necesidad de reconocer la seguridad jurídica como criterio que debe presidir todo ordenamiento que es un valor innato a la consideración de un Estado como Estado de Derecho, así como en la garantía de asegurar un juicio de culpabilidad, y la posibilidad de conocer el contenido de la norma.

Este principio de irretroactividad no constituye una regla absoluta pues es posible que la propia ley se atribuya a sí misma un efecto retroactivo (artículo 2.3 del Código Civil). No obstante, en materia penal esta posibilidad de que la ley tenga efecto retroactivo queda en gran parte limitada debido a que la Constitución garantiza expresamente la irretroactividad de la ley penal desfavorable (artículo 9.3 de la Constitución).

### **c) Garantía jurisdiccional**

Esta garantía exige que la declaración de la existencia del delito y la imposición de una pena sea realizada por el juez o Tribunal a través de una sentencia y según un proceso legalmente establecido.

Se contiene en los **artículos 24 y 117.3 de la Constitución**. Este último proclama que: ***El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.***

También se refieren a esta garantía los siguientes artículos:

**Artículo 3.1 del Código Penal:** ***No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.***

**Artículo 1 de la LECrim.:** ***No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales en virtud de sentencia dictada por juez competente.***

**Artículo 9.1 de la LOPJ:** *Los juzgados y los tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuidos por ésta u otra ley.*

#### **d) Garantía de ejecución**

Esta garantía asegura que el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad sólo se realizará en el modo en que aparecen reguladas en la ley.

Según el **artículo 3.2 del Código Penal:** *Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y los reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y los tribunales competentes*” y el **artículo 2 de la LOGP** establece que *“La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales.*

## **IV. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**

El reconocimiento de este principio supone afirmar que sólo se puede castigar a alguien por lo que hace en el ejercicio normal de su autonomía personal, es decir, para que un individuo pueda ser castigado con una pena, es necesario que el hecho injusto le sea personalmente reprochable, partiendo de la premisa de que el ser humano es responsable de sus actos<sup>10</sup>.

Este principio, además de ser un elemento más del delito, es un principio jurídico troncal del Derecho Penal que la cultura moderna defiende firmemente y es consecuencia de una larga evolución histórica. El Tribunal Constitucional ha manifestado de manera reiterada (SSTS 150/1991 y 59/2008) que la Constitución consagra este principio “como estructural básico a todo el Derecho Penal” como una derivación de la dignidad de la persona y ello comporta que la responsabilidad penal es individual, por los hechos, y subjetiva, que sólo cabe imponer la pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal.

La culpabilidad no tiene que ver hoy en día con la moral o religión, ha de ser entendido exclusivamente en un sentido jurídico, como expresión del **artículo 10 de la Constitución que reconoce “la dignidad de la persona”**.

---

<sup>10</sup> Zárata Conde, A., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial La Ley, Madrid, 2015.

El Código Penal recoge este principio en el **artículo 5** al establecer que: *No hay pena sin dolo o imprudencia*, y en el **artículo 10** mantiene que: *Son delitos las acciones y omisiones dolosas o impudentes penadas por la ley*.

Este principio comprende a su vez:

- 1) La exigencia de la responsabilidad subjetiva por dolo o imprudencia. No hay pena sin dolo o imprudencia, como reconoce nuestro Código en su artículo 5, lo que excluye la responsabilidad objetiva por resultado. Esto supone que no podrán castigarse aquellos hechos que se produzcan por mero caso fortuito o de fuerza mayor.
- 2) La exigencia de responsabilidad sólo puede ser aplicada a personas individuales, que deberán responder de su acción siempre que sea típicamente antijurídica y culpable, y consecuentemente deberán sufrir sus consecuencias jurídicas, civiles y penales. Sólo puede exigirse a personas individuales y por hechos propios, sin que se admita la responsabilidad colectiva en la que la pena trasciende al grupo familiar o social. Es más, para exigir la responsabilidad es preciso que el sujeto hubiera conocido o hubiese podido conocer el carácter ilícito de su conducta y le hubiera sido exigible actuar conforme a esa comprensión. Es preciso que la persona sea imputable y tenga las condiciones psíquicas necesarias para dominar la conducta o comprender el sentido o las consecuencias de la misma. No obstante, el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha tenido como consecuencia que se haya tenido que buscar un principio propio de culpabilidad para los delitos que puedan cometer los entes morales.
- 3) La culpabilidad será además fundamento de la pena, puesto que esta sólo se podrá imponer al sujeto responsable (SSTC 22/1997 y 146/1994), y límite de ésta, puesto que la mayor o menor culpabilidad será tenida en cuenta en la graduación de la pena de modo que compense la culpabilidad y restablezca el ordenamiento jurídico vulnerado (STS 1395/2005).

## V. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El **art. 14 CE** establece que: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Este artículo recoge un elenco de circunstancias personales que no admiten diferencias de trato por las exigencias constitucionales. El precepto se refiere a situaciones que histórica y socialmente han abocado a individuos, grupos y sectores de la población a padecer minusvaloración, marginación y privación de derechos inconciliables con su dignidad como personas<sup>11</sup>.

No es una lista cerrada: las razones de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión, se amplían con la cláusula que apela a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, que ha servido a la doctrina constitucional para introducir otros posibles factores de discriminación como el género (STC 12/2008), la edad (STC 37/2004), el parentesco (STC 79/1991), el matrimonio (STC 45/1989) o la unión de hecho (STC 47/1993).

La prohibición de discriminación no implica la interdicción absoluta de establecer diferenciaciones jurídicas basadas en dichas condiciones o circunstancias personales, sino el deber de aplicar “un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato” pues “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ‘ex constitución’, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad” (STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5, y doctrina citada en ella).

Serían por ello constitucionalmente legítimas las diferenciaciones introducidas para promover la igualdad material de los grupos o sectores de la población en situación de marginación o desventaja al amparo del **art. 9.2 CE** que dice que: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

Existen, por lo demás, dos formas de discriminación constitucionalmente proscritas, la **discriminación directa**, que consiste en aplicar un trato peyorativo a las personas de un determinado grupo o condición, y la **discriminación indirecta**, en la que

---

<sup>11</sup> González Campo, E. y otros, *Derecho Constitucional*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2018, pp 90 y ss.

una norma aparentemente neutral, acaba produciendo efectos desfavorables mayoritariamente a las personas de un determinado grupo o condición, profundizando la situación de desventaja de la que parten. Este concepto se ha desarrollado preferentemente en relación con la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral.

En todo este contexto, el Derecho Penal se ha adaptado a estos mandatos constitucionales, a través de diversas reformas del Código entre otras la LO 1/2004 de protección integral contra la violencia de género, LO 5/2010 y LO 1/2015. De este modo se han establecido en la Parte General una agravante genérica en el artículo 22.4 del CP que recoge un largo listado de circunstancias discriminatorias, en la Parte Especial se incluyen numerosos tipos penales y subtipos agravados para luchar contra los ataques a los bienes jurídicos protegidos y las normas penales se deberán interpretar por los jueces y magistrados observando este principio de prohibición de discriminación. Todas estas cuestiones serán tratadas más detenidamente en los siguientes capítulos.

## VI. OTROS PRINCIPIOS

### 1. Principio del hecho

También denominado por algún autor como principio del acto, se encuentra íntimamente vinculado con el principio de culpabilidad, y supone que el Derecho Penal actuará cuando se haya realizado una acción u omisión por una persona. Como señala el Tribunal Constitucional (STC 70/1985), toda sanción se sustenta en un hecho visible y concreto, y no en meros pensamientos, deseos o tendencias.

El Derecho Penal excluye la fase interna de ideación, deliberación y resolución conforme al principio romano “*cogitationes nemo patitur*”. Es necesaria la exteriorización de la resolución delictiva mediante una acción para a partir de ese momento poder intervenir el Derecho Penal. El sujeto deviene relevante para el Derecho Penal no por ser pensante sino por ser actuante<sup>12</sup>.

Por otra parte, el principio de hecho supone que el delito no puede concebirse como un modo de ser, ya que al hombre se le castiga por lo que hace y no porque lo es, como dice Rodríguez Mourullo (2002). Es necesaria esta afirmación porque frente al Derecho Penal del hecho que dota de seguridad, nos encontramos el derecho penal de autor o de voluntad. Esta distinción, como dice Muñoz Conde (2010), no es sólo sistemática sino también política e ideológica. Sólo el Derecho Penal del hecho puede ser controlado y limitado demo-

---

<sup>12</sup> Polaino Navarrete, Miguel *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Madrid, Editorial Tecnos, 2011.

cráticamente<sup>13</sup>. El Tribunal Constitucional en STC 185/2014 de 6-11, con cita de su precedente STC 150/1991 ha recordado que “no sería constitucionalmente legítimo por ser contrario a aquel principio un derecho penal de autor que determinase la pena en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste según la comisión de hechos”.

Ahora bien el reconocimiento del principio del hecho no significa que no se tenga en cuenta la personalidad del sujeto en orden a su imputabilidad (eximentes o atenuantes), así como su conducta, antecedentes o peligrosidad (entre otros casos, en reincidencia según el artículo 22.8; aplicación de penas, art. 66; suspensión de su ejecución, art. 80 y ss.; libertad condicional art. 90 y ss.; reo habitual del artículo 94 bis y por supuesto aplicación de medidas de seguridad).

## 2. Principio del bien jurídico

El Derecho Penal protege determinados bienes jurídicos y sólo debe tipificarse como delito su lesión efectiva o potencial a través de una acción u omisión dolosa o culposa. Así pues, sólo pueden protegerse penalmente los bienes jurídicos que el legislador estime dignos de tal protección y con respeto al principio de intervención mínima, teniendo tal categoría los esenciales de las personas, de la sociedad, del Estado y de la Comunidad Internacional. El concepto de bien jurídico va a suponer límite al poder punitivo del Estado y su determinación implica una valoración que está condicionada históricamente.

De esta manera, el Derecho Penal ha de justificarse en tanto que es un sistema de protección de la sociedad, como señala Mir Puig (2011), considerando que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, sólo deben ampararse como bienes jurídicos aquellas condiciones fundamentales de la vida social, en la medida que afecten a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social. Así, un comportamiento inocuo o insignificante para la integridad o estabilidad presente y futura de un bien jurídico, como destaca Boldova Pasamar, no debe ser criminalizado.

## 3. Principio de proporcionalidad

Este principio no suele tener un reflejo en las Constituciones actuales pero si aparece en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1795<sup>14</sup> y también en la Octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

---

<sup>13</sup> Así por ejemplo es muy fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio o de un hurto pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un homicida o de un ladrón.

<sup>14</sup> El artículo 12 proclama que “la ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”.

Se convierte en un principio clave para asegurar el respeto al principio de intervención mínima y la protección de la libertad o autonomía personal a la que tienen derecho los ciudadanos. Por eso, han de ser proporcionadas las penas establecidas por la ley para cada delito en función de la gravedad de las distintas infracciones, lo cual depende de la naturaleza del bien jurídico protegido y de la conducta tipificada<sup>15</sup> por el legislador.

La exigencia de proporcionalidad entre la pena y el bien o bienes jurídicos afectados por el delito, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en SSTC 62/82 y 65/86, manteniendo que el juicio de proporcionalidad de la pena es competencia del legislativo, sin que del artículo 25.1 de la Constitución quepa deducir un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito<sup>16</sup>. Posteriormente, el Tribunal Constitucional en SSTC 55/1996, 161/1997 y 136/1999 ha analizado su intervención en el juicio de proporcionalidad, señalando que el único juicio prudente que se puede realizar es de mínimos y siempre que la norma afectada sea arbitraria y socave los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y el Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional, en la STC 169/2021 de 6 de octubre, se pronunció acerca de la prisión permanente revisable y consideró que la misma no era desproporcionada ni vulnera el derecho a la libertad personal del art. 17.1 de la Constitución, ni el de legalidad penal del art. 25.1 puesto que el cumplimiento en centro penitenciario mínimo de 25 años y de 28, 30 y 35 en casos especiales y de pluralidad de condenas, terrorismo y organización criminal, constituye una respuesta penal que no excede de manera manifiesta la prevista en otros supuestos de delincuencia grave.

La Sala Segunda reconoce que “está en principio dirigido al legislador” y estima que “los tribunales no lo pueden desatender totalmente en el momento de individualización de la pena, pues está dentro de las señaladas legalmente y no debe sobrepasar la medida de culpabilidad del sujeto por el hecho o los hechos cometidos” (SSTS 159/2007, 1088/1997, donde se afirmaba que dicho principio no solamente se dirige al legislador, sino también a interpretar las leyes”).

Por todo ello, si los tribunales consideran desproporcionada la pena resultante, la solución legal es acudir a lo estipulado en el artículo 4.3 del Código Penal.

El principio de proporcionalidad es también una exigencia fundamental de legitimación para las medidas de seguridad. Los parámetros del juicio de proporcionalidad son distintos para las normas penales que para las que prevén medidas de seguridad. Así es una exigencia de la proporcionalidad que la medida de seguridad no deba exce-

---

<sup>15</sup> Navarro Frias, Alejandra, *El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes o beneficios?* Indret-Penal, Barcelona, 2010.

<sup>16</sup> Esta posición no fue mantenida por el TC en la sentencia del pleno 20-7-1999, Caso Mesa de HB.

der el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor (artículo 6.1 del CP) pero no existe tal relación cuando no pueda resultar ni más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (artículo 6.2), regla que encuentra su fundamentación en principios diversos como el de la seguridad jurídica.

#### 4. Principio de resocialización

Se encuentra proclamado por el **artículo 25.2** de la **Constitución**, al decir que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad: *Estarán orientadas a la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*. Y el **artículo 1** de la **LOGP** dispone que: *Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad...* También la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 justifica la reforma de penas “de modo que permitan alcanzar los fines de resocialización que la Constitución le asigna”.

Tal principio ha de estar a su vez armonizado con los fines de las penas. En puridad, no nos encontramos ante un principio penal sino más bien ante un principio del derecho penitenciario que atiende a la ejecución de un determinado tipo de penas que según la jurisprudencia constitucional se trata de un mandato vinculante para el legislador penitenciario y la Administración acerca de cómo se deben configurar en la ejecución de las penas privativas de libertad. Como reconoce el Tribunal Constitucional (SSTC 18/1988, 28/1988 y 172/1989) no es el único fin admisible sin que se descarten otros fines válidos de la norma punitiva. El Tribunal Constitucional, en la STC 169/2021 de 6 de octubre, consideró que la prisión permanente revisable no vulnera los principios de reeducación y reinserción social proclamados como principios orientadores de la ejecución de las penas privativas de libertad en el art. 25.2 de la Constitución porque su cumplimiento se verifica de conformidad a los principios establecidos en la LOGP y su normativa de desarrollo, las cuales establecen un sistema individualizado en el que el tratamiento y el régimen penitenciario que se aplican al condenado se adaptan en todo momento a sus circunstancias personales y a su evolución personal.

#### 5. Principio de dignidad de las personas y humanidad de las penas

Este principio se basa en el respeto a la dignidad humana expresamente proclamado por nuestra Constitución en los artículos 10, 15 y 25 a la hora de la imposición y ejecución de la pena. El respeto a la dignidad de la persona constituye la principal garantía del ser humano frente a determinadas intromisiones y abusos estatales, con-

forme establece el artículo 10 “la dignidad es fundamento del orden político y de la paz social”.

Encuentra su origen histórico en la progresiva humanización del tratamiento del delincuente que se deriva del movimiento de la Ilustración y la obra del Marqués de Beccaria (1774): “De los delitos y las penas”, y en España de Manuel de Lardizábal y Uribe (1782): “Discurso sobre las Penas”.

Así, este principio cumple con el objetivo de que la pena impuesta no vulnere la dignidad humana, no se puede imponer pena que suponga un trato degradante, quedando abolidas las penas corporales y también la pena de muerte en el artículo 15 de la Constitución “salvo si la prevén en tiempo de guerra las leyes militares”.

Como señala Mir Puig (2011), la evolución del principio no se detiene en la Constitución de 1978, de manera que es apreciable la progresiva sustitución de las penas privativas de libertad por las penas de multa y trabajos en beneficio de la comunidad o por otras medidas como la suspensión del cumplimiento de las penas. Esta es la línea seguida por el Código Penal del 1995. La STC 169/2021 de 6 de octubre entendió que la prisión permanente revisable no vulnera el derecho fundamental a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes recogido en el art. 15 de la Constitución toda vez que la medida puede ser revisada tras el cumplimiento de un periodo mínimo de 25 años en centro penitenciario mediante la concesión al penado por el tribunal sentenciador de la libertad condicional, siempre que se cumplan las condiciones legales exigidas para ello.

## VII. PRINCIPIO DEL “NON BIS IN IDEM”

Es un principio por el que se prohíbe que un mismo hecho pueda ser sancionado más de una vez, evitando de este modo la duplicidad de sanciones.

La Constitución no lo regula expresamente sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional considere que su naturaleza deriva del principio de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el artículo 25.1 de la CE (SSTC 2/1981, 66/1986, 154/1990 y 204/1996), teniendo como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990 y 177/1999). Su contenido se ha construido a partir de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional.

Las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a su fundamento son variadas así el mantenimiento del principio de proporcionalidad, el de interdicción a la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la Constitución, en la exigencia de un proceso público con todas las garantías del artículo 24.2 y en la presunción de inocencia (SSTC 159/1985 y 21/1987). Lo cierto es que la imposición de dos o más

sanciones a un mismo sujeto por un mismo hecho o su doble enjuiciamiento implica, sin más, una desproporción y correlativa arbitrariedad que afecta al principio de seguridad jurídica que debe permitir a los ciudadanos prever las consecuencias jurídicas de sus actos y la forma de actuar de la Administración.

El Tribunal Constitucional ha establecido los requisitos de este principio en la STC 2/1981 de 30 de enero que asegura que no recaiga duplicidad de sanciones administrativas y penales en los casos en los que se apreciase **identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico**. Esta proscripción y estos mismos requisitos se extienden también a los supuestos en los que las sanciones corresponden al mismo orden sancionador (STC 154/1990).

La identidad de sujeto no plantea en principio problemas salvo en lo referente a la responsabilidad de la persona jurídica y la persona física que realizó el hecho en ejercicio de la actividad social y por cuenta y provecho de la sociedad. La identidad del hecho se entiende en un sentido material o normativo, como supuesto de hecho que, como elemento de la norma, puede dar lugar a la aplicación de la sanción (STC 204/1996). Por último, la identidad del fundamento concurre cuando las sanciones obedecen a la misma perspectiva de defensa social o a la protección del mismo interés o bien jurídico siendo la que mayores dudas plantea en la práctica<sup>17</sup>.

En el ámbito penal, en los casos en que concurren un mismo hecho cometido por un mismo sujeto que atente contra un bien jurídico con el que haya identidad, para evitar la doble sanción penal, se distingue entre el concurso aparente de normas del artículo 8 del CP y el artículo 67 CP, que establece que no serán tenidas en cuenta las circunstancias agravantes ya consideradas por la Ley al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal modo inherentes al delito que sin la concurrencia de las mismas no podría cometerse éste.

En los casos de que concurren normas sancionadoras administrativas, el artículo 31 de la Ley 40/2015 del régimen jurídico del sector público recoge el principio del “non bis in idem”, al señalar que “no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho o fundamento”. El único problema es que el derecho administrativo no establece criterios para saber cuál se ha de aplicar de forma preferente. Esta Ley en su Capítulo III recoge los principios de la potestad sancionadora, en otros art. 25 principio de legalidad, art. 26 irretroactividad, art. 27 tipicidad, art. 28 res-

---

<sup>17</sup> Pérez Mazano, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

ponsabilidad, art. 29 proporcionalidad, art. 30 prescripción y art. 31 concurrencia de sanciones anteriormente citado.

En los supuestos de concurrencia de normas e ilícitos penales y administrativos con anterioridad a la Ley 39/2015, el artículo 137.2 de la Ley 30/92 señalaba que “los hechos declarados probados por las resoluciones judiciales penales vincularán a las administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionatorios que se substancien”. A partir de la nueva entrada en vigor de la Ley 39/2015 que deroga la Ley 30/92 y el Real Decreto 1398/1993 para el ejercicio de la potestad sancionadora, sí se recoge la prevalencia de la vía penal en el art. 77 y además la nueva regulación contempla la suspensión del plazo para resolver por cuestión prejudicial del artículo 22.1.g y se pueda seguir aplicando los efectos de la prejudicialidad penal del artículo 40 de la LEC.

En cualquier caso, se observará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha reconocido la regla de preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionatoria en aquellos casos en los que los hechos sancionables puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito según el Código Penal.

Así, la STC 77/1983 de 3 de octubre reconoce los límites de la potestad sancionadora de la Administración (legalidad, interdicción de penas privativas de libertad y respeto al derecho de defensa) y proclama la subordinación de la Administración Pública a la hora de imponer sanciones a la autoridad judicial<sup>18</sup>. Esta sentencia establece una regla de prioridad del orden jurisdiccional penal sobre la actuación administrativa.

La STC 159/1985 consideró la posible no aplicación del principio del “non bis in idem” en supuestos de establecimiento de sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los complementen al estar en perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral), pero sí impide que se sancione repetidamente la misma conducta por autoridades del mismo orden y a través de procedimiento distintos.

Un cambio jurisprudencial tiene lugar con las SSTC 177/1999 y 152/2001 que llegan a una conclusión distinta, por un lado desplaza la regla de la atribución prioritaria

---

<sup>18</sup> Esta sentencia completa la anterior al reforzar la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración Pública a los Tribunales de Justicia, que no puede actuar ésta mientras los órganos penales no lo hayan hecho cuando se trate de conductas constitutivas de delito o falta y la actuación a posteriori de la Administración ha de respetar el planteamiento fáctico realizado por los penales.

ria a los órganos jurisdiccionales penales del enjuiciamiento de hechos aparentemente constitutivos de delito o falta, a pesar de reconocerse en la sentencia la exclusiva competencia del orden jurisdiccional penal para castigar y depurar conductas constitutivas de delito, y por otro lado, se supone la inviolabilidad de la protección reforzada que el legislador penal otorgó a los bienes jurídicos más relevantes. Habida cuenta de la mayor ligereza garantista de los sancionadores administrativos, el pronunciamiento de éste siempre sería anterior<sup>19</sup>.

Por último, la STC 2/2003 corrige las dos anteriores al considerar que el órgano jurisdiccional penal puede dictar una sentencia condenatoria posteriormente a la imposición de la sanción administrativa sin vulnerar por ello el principio del “non bis in idem”, porque la jurisdicción penal prevalece sobre la sancionadora-administrativa y no puede inhibirse de actuar, ni anularse una sanción penal so pretexto de la existencia de un pronunciamiento administrativo previo. Por otra parte, si recae una condena penal de la pena impuesta, habrán de deducirse las cantidades dinerarias y tiempo de privación de derechos sufridos en vía administrativa.

## VIII. LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO PENAL

La interpretación es una operación intelectual por la que se busca establecer el sentido de las expresiones descritas en la ley y su aplicación al supuesto del hecho concreto que se plantee al intérprete.

La labor interpretativa tiene como límites claros la exigencia de taxatividad y certeza que se desprenden del principio de legalidad<sup>20</sup>. Por todo ello, el objeto de la interpretación no será el descubrimiento de la voluntad del legislador o “mens legislatoris” (denominada interpretación subjetiva) sino el sentido de la misma Ley “la mens legis”, conforme lo establecido por el **artículo 3.1 del Código Civil** que recoge que se atenderá: *fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma* (interpretación objetiva).

Las clases de interpretación suelen ser ordenadas en atención a varios criterios: el intérprete o sujeto que la lleva a cabo, los métodos utilizados y los resultados obtenidos.

---

<sup>19</sup> En suma el Constitucional hace prevalecer el aspecto material o prohibición de la doble sanción con independencia de la prevalencia del pronunciamiento sancionador penal o sancionador administrativo que recaiga en primer lugar.

<sup>20</sup> Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, «especialmente importante habida cuenta del rigor con el que el principio de legalidad opera en esta materia”.

Los sujetos pueden ser tanto el legislador (interpretación auténtica) como el juez (interpretación judicial). Así, se tendrá que tener en cuenta, conforme al **artículo 1.6 del Código Civil: *La jurisprudencia complementará al ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho***, y los estudios del derecho (interpretación doctrinal, en la que pueden incluirse las Circulares y Consultas de la Fiscalía General del Estado por su alto contenido técnico, que sirven en ocasiones de orientación, aunque sólo sean vinculantes para los miembros de la Carrera Fiscal).

Los métodos utilizados de interpretación son: el gramatical (también denominado “literal”), el lógico, el histórico y el sistemático, identificados por Karl von Savigny (1779-1861). Estos métodos son estudiados por la Teoría General del Derecho con ligeras modificaciones y son de aplicación al Derecho Penal. También se habla de interpretación teleológica como aquella que atiende a la finalidad perseguida con la norma.

Desde la óptica del resultado, se habla también de interpretación declarativa, cuando el intérprete llega a la conclusión de que el sentido de la norma coincide plenamente con su tenor literal; restrictiva, cuando se limita el alcance de las palabras para adecuarlo a sus propios términos, y extensiva, que la doctrina procura distinguir de la analogía, cuando implica atribuir a un término legal un elevado número, sino el máximo, de acepciones permitidas por su tenor literal, que no puede ser rebasado en ningún caso<sup>21</sup>.

La interpretación extensiva, según entiende el Tribunal Constitucional (STC 129/2008), debe ser proscrita puesto que rebasa el significado literal de las palabras de la ley quebrantando el principio de legalidad. De igual forma se pronuncia el Tribunal Supremo (STS 657/2013, de 15 de julio). En todo caso, como señala José María Luzón (2011), nuestro Tribunal Supremo, pese a afirmar criterios de interpretación restrictiva, salvo que favorezca al reo, admite también una progresiva ampliación de interpretación de la que es muestra en los últimos tiempos la relativa a la responsabilidad civil subsidiaria.

---

<sup>21</sup> Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. 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.

## IX. LA ANALOGÍA

La analogía consiste en aplicar a un caso no regulado expresamente por la ley otro, que sí está previsto por ésta, con el que guarda una semejanza o identidad de razón. Este proceso puede producirse mediante el uso de una norma extraída de la propia ley (*analogía legis*) o de todo el ordenamiento jurídico (*analogía iuris*). La analogía no es otra cosa que un mecanismo de integración de los tipos legales que se diferencia de la interpretación porque en ésta última hay una norma y en la analogía ante la ausencia de norma se acude a ella.

En el campo del Derecho Penal, la ley no puede ser aplicada más que a los casos expresamente previstos en ella. Esto no es sino una obligada consecuencia del principio de legalidad, según el cual la ley ostenta el monopolio en la creación de los delitos y de las penas, pues la aplicación analógica atentaría contra el principio de irretroactividad de las leyes penales, de esta forma el juez al realizar la aplicación analógica lo hace “*ex post facto*”, no pudiendo ser conocida ni prevista por el reo; y afectaría a la propia esencia del principio de legalidad al permitir la creación judicial de normas jurídicas, como indican Quintero Olivares/Morales Prats, produciéndose una sustitución del monopolio legislativo.

El **Código Civil** dispone en el párrafo 1 del **artículo 4** que: *Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecien identidad de razón*. Y en el párrafo siguiente, se precisa diciendo: *Las leyes penales...no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*.

El **Código Penal** de 1995 ha incorporado la prohibición de la analogía en su **artículo 4.1**: *Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los contenidos expresamente en ellas*.

Dados los términos del párrafo primero del artículo 4, parecen excluirse tanto la analogía “in malam partem” como la “in bonam partem”. La prohibición de la analogía “in malam partem” es la otra cara del principio de legalidad penal, esta analogía consiste en hacer extensiva la validez de una incriminación penal a acciones no expresamente reguladas en el Código Penal, esto es, no comprendidas ni en su letra ni en su voluntad, pero que guardan similitud o semejanza con otras sí reguladas, de modo que puedan perjudicar al reo. Esta analogía es rechazada de plano por toda la doctrina por ser prohibida por los anteriores artículos e ir en contra el principio de legali-

dad. La doctrina también ha venido rechazando los casos en los que la analogía pueda beneficiar al reo “in bonam parte” al no encontrarse permitido por la ley.

No obstante hay autores que la aceptan invocando el principio in dubio pro reo, el de humanidad de las penas y la posibilidad de la elección punitiva, como Antolisei mantiene en el *Manual de Derecho Penal. Parte General*. En España, Miguel Polaino Navarrete (2013) se muestra favorable en tanto en cuanto no sea contraria a la ley. A igual conclusión llega Mir Puig (2011) que parece aceptarla cuando su situación sea análoga a la que motivó dicho beneficio.

Cuestión distinta a la anterior son los casos de “analogía legal”, en los que la prohibición del artículo 4.1 no lo alcanza porque la fórmula analógica es empleada por el legislador. Como ocurre con la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal: “cualquier otra circunstancia de análoga significación”.

El Tribunal Constitucional en SSTC 133/1987, 142/1999, 127/2001 y 126/2001 y el Tribunal Supremo en Sentencia 657/2013, de 15 de julio han rechazado la analogía como fuente creadora de delitos y penas, quedando de esta forma prohibida toda interpretación analógica o extensiva mediante la cual se haga viable incriminar conductas o comportamientos que no se hallen expresa, clara y previamente comprendidas en la descripción típica, sean cuales fueran las afinidades, analogías o parecidos contenidos en el tipo.