

ESTUDIOS

E CONTENCIOSO PENAL Y ANALOGÍA EN LA ESPAÑA LIBERAL

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO

III ARANZADI

© Enrique Álvarez Cora, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

Acceso a Soporte: https://areacliente.aranzadilaley.es/solicitud_alta_area_cliente
<https://www.aranzadilaley.es>

Este trabajo de investigación pertenece al proyecto titulado *Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea*, referencia PID2020-113346GB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (MICIU/AEI/10.13039/501100011033).



Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-3014-2025

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1085-028-6

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-029-3

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
1. TRADICIÓN ABSOLUTISTA Y RECEPCIÓN LIBERAL DE LA ANALOGÍA	11
2. LA ANALOGÍA Y LA LAGUNA DE LA LEY PENAL.....	27
3. LA ANALOGÍA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.....	45
4. LA ANALOGÍA PENAL NORMATIVA.....	57
5. LA ANALOGÍA PENAL JURISPRUDENCIAL.....	65
6. LOS OBJETOS PENALES ANÁLOGOS.....	79
7. LAS CIRCUNSTANCIAS ANÁLOGAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	93

	<i>Página</i>
7.1. Las circunstancias análogas agravantes de la responsabilidad penal	105
7.2. Las circunstancias análogas atenuantes de la responsabilidad penal	118
8.	
LA ANALOGÍA PUNITIVA	243
BIBLIOGRAFÍA	257

La analogía penal jurisprudencial

José María Pantoja defendió la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostenida a propósito de la casación civil, en la órbita de la casación criminal, por analogía¹. Esta sería una aplicación o plasmación de la analogía demostrativa de su calidad de argumento ordenador e inherente a la completitud del sistema jurídico, y que podría interpretarse, contra su relación con la discrecionalidad judicial, como la más representativa cristalización de su significado instrumental de espíritu panimpregnador de unificación jurídica a partir del principio de legalidad.

Amén de esa función abstracta de la analogía, en su versatilidad de mecanismo regulador coagulado en el recurso de casación, fuente de la jurisprudencia firme, compartía escenario la analogía que se desarrollaba, con un muy frecuente uso, como razón del nexo en virtud del cual se articulaba una determinada línea jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo. De esta manera, una concreta sentencia del Tribunal Supremo incluía la referencia a una «jurisprudencia constante» que se sobreentendía como un campo espiritualmente acotado de sentencias supremas sobre «casos análogos»:

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de agosto de 1869: «Considerando que la lesión inferida por Antonio Nuñez al carabinero Andrés Morillas, según queda relacionado, de manera alguna puede calificarse como agresión á éste en actos propios del servicio de su instituto, cumpliendo el deber especial de evitar ó perseguir el contrabando, condicion precisa para que procediera al desafuero del procesado, según lo dispuesto en las expresadas resoluciones y la jurisprudencia constante de este Supremo Tribunal en casos análogos»².

1. PANTOJA, *Jurisprudencia criminal*, cit., I, p. XII.

2. En *Colección Legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo*, 1869, n.º 27, pp. 123-125 (competencia; lesiones).

Aunque para la configuración de esta jurisprudencia constante de casos análogos pudiera ser suficiente una sola sentencia anterior tomada como referencia (lo que otorgaba a la argumentación analógica una densidad cualitativa sobre cuantitativa)³, lo habitual era que recibiera el refuerzo expresivo de la «repetición», al cabo de la resolución por parte del Tribunal Supremo ora de cuestiones de competencia, ora del recurso de casación por infracción de ley.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1876: «Considerando que, aun cuando se tratase de tener en cuenta la condicion del suicida, resulta que si bien pertenecia á un cuerpo de fuerza armada, esta no era permanente, ni reunia las condiciones prevenidas por el art. 348 de la precitada ley, como así se ha declarado con repeticion por este Tribunal Supremo en casos análogos»⁴.

3. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1923, en *Jurisprudencia Criminal*, 109, n.º 149, pp. 342-343 (casación por infracción de ley: no ha lugar; abusos deshonestos): «Resultando que, a nombre del procesado, se ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en el núm. 3.º del art. 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal, citando como infringidos: Primero. El párrafo tercero del art. 3.º del Código penal, por inaplicación, porque, dado el texto del art. 454 del Código penal, para que tenga congruente aplicación es preciso que se lleve a efecto cierto acto sexual, cierta manifestación de la lujuria, que se satisfaga sin ayuntamiento carnal normal, lo que no pudo ocurrir en el presente caso, por causa o accidente independiente de la voluntad del procesado, y por ello ha debido condenársele, como autor de un delito de abusos deshonestos en grado de tentativa, a la pena de dos meses y un día de arresto, siendo de tener en cuenta, por analogía, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1904». Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1925, en *Jurisprudencia Criminal*, 112, n.º 254, pp. 393-394 (casación por infracción de ley: ha lugar; injurias): «Resultando [...] Unico. Los artículos 471, 472 y 473 del Código penal, por aplicación indebida, toda vez que, si bien las palabras dirigidas por la recurrente a la querellante pudieran ser tenidas por injuriosas y ofensivas atendida su significación gramatical, su carácter delictivo queda por completo desvirtuado al conocer la sentencia recurrida, que la procesada fué impulsada a proferir esas palabras por los malos tratos que de su marido recibía, y que habiéndose traducido en la demanda de divorcio que contra el mismo formuló, creía eran debidos a hallarse su marido en relaciones íntimas con la querellante, creencia tanto más fundada cuanto que la querellante continuaba frecuentándose con su expresado marido y hasta con la familia de éste, profiriendo, por tanto, tales palabras exaltada y fuera de sí, razones todas tan poderosas que inducen a suponer que faltó toda intención de injuriar ni ofender, y que al pronunciarlas lo hizo en desagravio o represalia por la ofensa anterior que creyó haber recibido dada la obsesión o estado pasional en que en dicho momento se encontraba, por la que el hecho no es constitutivo de delito, según doctrina, por analogía, del Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de Marzo de 1921».
4. En PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, XV, n.º 3448, pp. 115-117 (competencia entre el juzgado de Guerra de la Capitanía general de Navarra y el juzgado de primera instancia de Pamplona; suicidio de un guardia foral). A continuación, más ejemplos de cuestiones de competencia. Real decreto de 15 de diciembre de 1872, en *Colección*

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1871: «Considerando que siendo más beneficiosa á los autores del delito de que se trata la penalidad del mencionado art. 516, su aplicacion ha de tener por fundamento exclusivo del criterio racional consignado en el art. 12 de la ley de 18 de junio anterior, que reformó el procedimiento criminal para armonizarlo con el recurso de casacion nuevamente introducido, sin que pueda tener lugar al mismo tiempo la regla 45 de la antigua ley provisional, aplicable únicamente cuando haya de imponerse una pena de las señaladas en el Código de 1850, segun así lo tiene declarado este Supremo Tribunal en repetidos casos análogos»⁵.

Legislativa de España, 109, n.º 19, pp. 46-47 (competencia negativa; abusos en el monte de Pereroles, término de Morella): «Considerando: / 1.º Que segun repetidas veces se ha declarado en casos análogos, siempre que los daños inferidos en un monte hayan sido medio necesario para perpetrar un delito, cualquiera que sea la cuantía ó importancia del daño, corresponde conocer á los Tribunales ordinarios». Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1876, en PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, XV, n.º 3546, pp. 350-354 (competencia entre el juzgado de primera instancia de Medinaceli y el juzgado de guerra de la Capitanía general de Burgos; robos en cuadrilla que cometieron varios malhechores, aparentando formar partidas carlistas): «Resultando [...] que así se declaró reiteradamente por este Tribunal Supremo en várias decisiones de competencias, dictadas en casos análogos: que tampoco eran aplicables la Real órden de 17 de Enero de 1873 y art. 28 de la ley de Orden público de 28 de Abril de 1870, pues los malhechores aprehendidos, ni por su organizacion ni por el medio de fingirse carlistas, ni por la manera como cometian los robos podian bajo ningun concepto considerarse comprendidos en aquellas disposiciones, ni sus hechos revestir el carácter de rebelion militar, ni por consecuencia hallarse sujetos á la jurisdiccion de este fuero». Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1877, en PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, XVI, n.º 4004, pp. 668-670 (competencia entre el juzgado de primera instancia de Estella y el juzgado de guerra de la Capitanía general de Navarra; asesinato): «Resultando que el Juzgado ordinario se declaró incompetente y devolvió la causa al militar, fundándose en que el país se hallaba en estado de guerra, en que la Audiencia y la jurisdiccion militar tienen declarado en otras causas análogas que á los malhechores que ejecutan el hecho formando parte de fuerzas carlistas organizadas militarmente con Jefes militares, es la jurisdiccion de Guerra la competente para juzgarlos, y que en la Real órden de 15 de Marzo del corriente año que se cita no ha derogado la ley de 17 de Abril de 1821, declarada en vigor por la Real órden de 12 de Marzo de 1873, citando además el artículo 3.º de la ley de Orden público de 1870 y el 347 de la orgánica del Poder judicial, toda vez que se reconoce carácter militar á los rebeldes».

5. En PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, III, n.º 410, pp. 25-27 (casación por infracción de ley: ha lugar; robo en cuadrilla). A continuación, más ejemplos de casación por infracción de ley. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1884, en PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, XXXI, n.º 7853, pp. 622-624 (casación por infracción de ley contra sentencia de muerte: no ha lugar; asesinato): «1.º *Que aun cuando la circunstancia de la alevosía sea cualificativa del asesinato, esto no obsta para que pueda apreciarse como agravante genérica, si ha concurrido también alguna de las otras enumeradas en el art. 418 del Código penal, que por ser de naturaleza distinta no puede confundirse con ella; pues desde que por la existencia de cualquiera de dichas circunstancias haya que calificar como asesinato la muerte voluntaria inferida á alguna persona, no existe fundamento ninguno legal ni racional*

Unido a esa inspiración jurisprudencial seriada análoga, el Tribunal Supremo interpretaba, en sus considerandos, la relevancia y el encuadre jurídico de los hechos, no obstante el respeto de su determinación probatoria por parte de los órganos inferiores de justicia, y además procedía notablemente al esclarecimiento de la significación técnica del contenido de la normativa penal en vigor y de la inteligencia de sus conceptos jurídicos, de la tipicidad delictiva o la cualificación de la culpabilidad:

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1885: «3.º Considerando que la circunstancia de haber sido descubierto después el paradero de los

*para dejar de apreciar como agravantes genéricas las demás que concurran en el hecho punible, al tenor de lo dispuesto en el art. 10 del Código penal, en relación con el 78 y regla 3.ª del 82, según el Tribunal Supremo tiene declarado en casos análogo». Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1886, en *Jurisprudencia Criminal*, 36, n.º 368, pp. 692-694 (casación por infracción de ley: no ha lugar; injurias graves): «Considerando que la palabra repetidamente proferida contra la menor Teresa Caldesó por Juan Rosa Tarina hoy recurrente, según los hechos declarados probados en la sentencia reclamada envuelve la imputación de una falta de moralidad altamente perjudicial á la fama y crédito de la expresada menor, y que constituye, sin género de duda, una injuria grave, atendido al referido concepto legal y la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo en casos análogos». Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1890, en *Jurisprudencia Criminal*, 44, n.º 84, pp. 159-161 (casación por infracción de ley: ha lugar; disparo de arma de fuego): «Resultando [...] 1.º El art. 423, pues al aplicarle dos veces se infringió una, según se tiene declarado por este Tribunal Supremo en caso análogo». Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1892, en *Jurisprudencia Criminal*, 48, n.º 46, pp. 96-102 (casación por infracción de ley: ha lugar; malversación, falsedad y otros delitos): «Considerando que el art. 405 del Código penal, que castiga la malversación de caudales públicos cometida por funcionarios públicos que los tengan á su cargo, exige como condición esencial de esta figura de delito, que el sujeto *activo* del mismo los sustraiga; por lo cual, cuando no se declara probada esta condición, no puede aplicarse al caso de un desfalco ó alcance de aquellos fondos el citado art. 405, según tiene declarado reiterada y recientemente esta Sala en casos análogos al presente». Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1892, en *Jurisprudencia Criminal*, 48, n.º 212, pp. 430-434 (casación en asunto de ultramar: no ha lugar; coacción electoral): «Considerando que el segundo motivo tampoco es procedente, porque según tiene declarado esta Sala en casos análogos, debe entenderse que la pena de prisión correccional ha sustituido á la de prisión menor para los delitos castigados por la ley Electoral citada de [30 de agosto de] 1870 con esta pena, no sólo porque la duración de ambas penas es la misma, sino porque la correccional es más favorable á los penados, por ser de naturaleza menos grave que lo era la de prisión menor». Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1896, en *Jurisprudencia Criminal*, 57, n.º 282, pp. 506-507 (casación por infracción de ley: no ha lugar; estafa): «Considerando que el hecho que con declaración de probado atribuye la sentencia á Ricardo González González de haber recibido de Josefa Cano varias alhajas con encargo de que las vendiera, entregándola seguidamente su importe, ó se las devolviera si no encontraba desde luego comprador y en vez de hacerlo así, haber dispuesto de aquéllas en beneficio propio,*

géneros ocultos en nada afecta á la índole del delito realizado é integridad de sus condiciones y elementos esenciales tanto morales como legales, siendo como es dicha circunstancia independiente de la consumación anterior del acto punible, porque según jurisprudencia constante de este Tribunal en casos análogos, el elemento del perjuicio que el Código requiere para la constitución de ciertos delitos, se ha de apreciar en el momento de ejecutar el delincuente la acción criminal, prescindiendo del resultado favorable ó adverso que obtenga, y que si la Sala sentenciadora ha tenido en cuenta dicha circunstancia para calificar el delito como frustrado no cabe consiguientemente rebajar aún más su calificación hasta la tentativa»⁶.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1911; «Considerando que habiendo sido condenado anteriormente Luis de los Santos cinco veces por hurto, al cometer una nueva sustracción inferior á 10 pesetas, se hizo reo del delito de hurto previsto en el número 5.º del art. 531, en relación con el 3.º del 533; pues aunque de los hurtos anteriores no excediese ninguno de 10 pesetas, el tercero y los sucesivos serían ya delitos con arreglo al núm. 5.º del art. 531 citado, y cualificarían el hurto que se persigue conforme el núm. 3.º del 533 antes dicho, como en casos análogos lo ha resuelto este Tribunal Supremo; siendo errónea la apreciación de la Sala de que de esa manera una misma circunstancia vendría á producir dos distintos efectos, agravando la situación del culpable, porque no es una misma circunstancia, sino la repeti-

perjudicando á la Cano en la suma de 370 pesetas, constituye sin duda alguna el delito de estafa, comprendido en la sanción del núm. 5.º del artículo 548 del Código penal, como lo ha calificado y penado acertadamente el Tribunal sentenciador, toda vez que, lejos de cumplir con la obligación que le imponía la comisión libremente aceptada de entregar á su dueña el importe de los efectos vendidos, ó devolvérselos si no los vendiera, se apropió ó distrajo el uno ó los otros, con notorio perjuicio de aquélla, no siendo aplicable por analogía la sentencia de esta Sala de 10 de Febrero de 1885 que por vía de razonamiento se invoca, toda vez que en el caso procesal en ella resuelto se desconocía la naturaleza y condición del contrato incumplido, lo cual no acontece en el que motiva este recurso». Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1920, en *Jurisprudencia Criminal*, 105, n.º 61, pp. 146-148 (casación por infracción de ley: no ha lugar; desacato): «Considerando que para graduar debidamente la mayor o menor intensidad del agravio u ofensa que con las frases o palabras pronunciadas se supongan inferidas es preciso se tengan en cuenta, como elementos importantes del juicio, según reiteradamente tiene declarado esta Sala en casos análogos, aparte de la acepción gramatical de aquéllas, los motivos, ocasión y circunstancias en que se hubiesen producido, a fin de conocer y apreciar con acierto cuál fué la verdadera intención y propósito del culpable al proferirlas, y si la motivó el propósito deliberado de deshonar, desacreditar o menospreciar a la persona a quien se dirigían o, por el contrario, a un momento irreflexivo y sin el propósito aludido».

6. En *Jurisprudencia Criminal*, 35, n.º 107, pp. 224-229 (casación por infracción de ley: no ha lugar; alzamiento de bienes).

ción de los hechos la que determina una mayor responsabilidad, por lo cual es procedente el recurso interpuesto por el Ministerio fiscal»⁷.

El mismo esclarecimiento irradiado por la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Por un lado, de las circunstancias atenuantes:

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1905: «Considerando que apreciada esa circunstancia atenuante, carece de base la que se pretende en el tercer motivo del recurso, porque había de derivarse del mismo hecho que no puede dar lugar á la vez á dos motivos de atenuación, según en casos análogos lo tiene repetidamente declarado esta Sala»⁸.

Y por otro lado, con profusión sobresaliente, de las circunstancias agravantes:

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1886: «Considerando que siendo hechos igualmente declarados probados que los dos repetidos procesados Juan Martín del Río y Fausto García Pacho, éste hijo político de Benita Arribas, penetraron en la casa por escalamiento y cometieron el delito con ofensa del sexo de la agraviada en su domicilio, y con abuso de superioridad, es indiscutible que han sido bien estimadas esas circunstancias agravantes, ninguna de las cuales es inherente al delito complejo de autos, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo en casos análogos, y por tanto, que no se han infringido los demás artículos del citado Código, que en ese respecto se suponen con notorio error en el mencionado recurso de fondo»⁹.

-
7. En *Jurisprudencia Criminal*, 86, n.º 256, pp. 569-571 (casación por infracción de ley: ha lugar; hurto).
 8. En *Jurisprudencia Criminal*, 74, n.º 17, pp. 39-41 (casación por infracción de ley: ha lugar; disparo de arma de fuego y lesiones). Asimismo, sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1912, en *Jurisprudencia Criminal*, 89, n.º 105, pp. 251-252 (casación por infracción de ley: no ha lugar; disparo): «Considerando que por las afirmaciones que se hacen en la sentencia recurrida no aparecen elementos suficientes para poder apreciar la circunstancia atenuante de arrebato y obcecación, porque ni se conocen el origen y fundamento de los resentimientos que el procesado pudiera tener con su rival, ni cuál fué el motivo de la denuncia que el último presentó contra el primero, para saber de parte de quién estaba la razón, y si podría ó no producir en el ánimo del agente los estímulos productores del arrebato, y ante esta carencia de antecedentes tiene reiterado esta Sala en casos análogos que no cabe fundar ningún motivo que justifique la existencia de aquella circunstancia atenuante, siendo por ello improcedente el recurso».
 9. En *Jurisprudencia Criminal*, 37, n.º 23, pp. 46-50 (casación por infracción de ley contra sentencia de muerte: no ha lugar; robo y homicidio). Asimismo, sentencia del Tribunal Supremo de 4 de agosto de 1887, en *Jurisprudencia Criminal*, 39, n.º 146, pp. 316-320 (casación por infracción de ley contra sentencia de muerte: no ha lugar; robo y homicidio): «Que aun cuando no sea apreciable la circunstancia agravante de nocturnidad, procede

En tal actividad interpretativa se condensaba la que, lógicamente y como *síncopa*, se denominaba «*jurisprudencia análoga*»:

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1876: «Resultando [...] 2.^a La doctrina legal establecida en las sentencias de 7 de Octubre de 1871, según la que las circunstancias de *alevosía* y demás cualificativas, para ser estimadas deben estar demostradas de una manera evidente y directa,

apreciar, si existe, la de cometerse el delito en despoblado, porque disyuntivamente con aquélla la señala en su núm. 15 del art. 10 del Código penal y la ha apreciado siempre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en casos análogos [...] Considerando que también se sostiene en éste que no ha debido estimarse como circunstancia agravante concurrente en el delito antes definido, la de haberse cometido de noche, aprovechada exprofeso para su ejecución, y aunque por la indeterminación que se observa en el fallo recurrido respecto á la hora fija en que tuvo lugar, puede y debe prescindirse de la misma, siempre queda para sustituirla otra más patente y justificada, como es el despoblado, en que según consta se hallaba la caseta, y de que salieron los culpables para cometer más fácilmente el crimen y lograr su impunidad, y que de igual modo señala disyuntivamente el art. 10 del Código en su núm. 15, y ha apreciado siempre la jurisprudencia de esta Sala en casos análogos». Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1894, en *Jurisprudencia Criminal*, 52, n.º 353, pp. 794-796 (casación por infracción de ley: no ha lugar; disparo): «Considerando que si bien la circunstancia 1.^a del art. 10 del Código penal la tomarán en consideración los Tribunales para apreciarla como agravante ó atenuante, según la naturaleza y efectos del delito, estando éste clasificado en el presente caso entre los que se dirigen contra las personas, y no habiendo concurrido en su realización ningún motivo especial que en justicia y equidad aconsejen como atenuante la circunstancia del parentesco, al apreciarla como agravante la Sala sentenciadora, atemperándose á la doctrina de este Supremo Tribunal en casos análogos, no ha infringido las disposiciones del Código ni cometido el error de derecho que en el recurso se cita como fundamento del mismo». Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1896, en *Jurisprudencia Criminal*, 56, n.º 418, pp. 792-794 (casación por infracción de ley: no ha lugar; lesiones): «Considerando que, según el núm. 1.º del art. 10 del Código penal, la circunstancia de parentesco que media entre el ofendido y ofensor ha de estimarse, ya como atenuante ó bien como agravante, según la naturaleza y los efectos del delito, y como el que se persigue consiste en lesiones menos graves, inferidas por una hermana á otra al encontrarse casualmente en una de las calles de la población, dicha circunstancia está bien apreciada como agravante, según en casos análogos ha declarado esta Sala, porque la culpable demostró mayor malicia al no respetar los deberes fraternales y los sentimientos que debió inspirarla el estrecho vínculo que la unía á la lesionada». Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1899, en *Jurisprudencia Criminal*, 62, n.º 104, pp. 223-224 (casación por infracción de ley: no ha lugar; disparo y lesiones): «Considerando que el hecho de ir los dos procesados armados y de disparar sus armas de fuego contra uno inerme é indefenso, que de noche huía de su persecución, según repetidamente en casos análogos ha declarado esta Sala, determina la circunstancia agravante de abuso de superioridad á que se refiere el núm. 9.º del art. 10 del Código penal, bien aplicada al recurrente, como lo ha sido también la del núm. 15 de dicho artículo, ó sea la de haber aprovechado la noche para cometer más fácilmente el

la de 15 de Diciembre del mismo año, que declaró que cuando no hay dato que justifique el modo con que se ejecutó el crimen no puede sostenerse que medió alevosía ni otra de aquellas circunstancias; la de 19 de Marzo de 1872, que estableció que aquellas han de justificarse tan cumplidamente como el mismo hecho del homicidio; y la de 21 de Mayo de 1874, que fijó una jurisprudencia análoga»¹⁰.

Una jurisprudencia análoga identificada con el acervo de resoluciones del recurso de casación que constituía una «doctrina legal» del Tribunal Supremo y devenía fundamento de una jurisprudencia ulterior:

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1876: «Resultando [...] que por tanto, estaba probado que el procesado no tenía intención de matar á su contrario, ni la demostró de modo alguno, *ántes* por el contrario, habiendo dejado de cargar el arma que usó con el proyectil necesario para dar la muerte, denotó que su intento se reducía tan sólo á dispararle dicha arma y causarle lesiones; y que esta doctrina se fundaba en la establecida en un caso análogo por sentencia de 26 de Mayo de 1872»¹¹.

delito y lograr la impunidad, exigiendo una y otra que la pena impuesta haya sido en su grado máximo; sin que en el fallo se haya infringido la ley, ni cometido el error de derecho invocado». Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1904, en *Jurisprudencia Criminal*, 73, n.º 215, pp. 436-437 (casación en beneficio del reo: no ha lugar; asesinato): «Resultando que elevada la causa á este Tribunal Supremo, la defensa nombrada al procesado ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, autorizado por el núm. 5.º del art. 849 de la de Enjuiciamiento criminal, citando como infringido el núm. 20 del art. 10, en relación con el 418 del Código penal, por indebida aplicación, porque si bien la circunstancia que dicho número designa está comprendida en el Código, no es menos cierto que el espíritu del mismo la rechaza, así como la justicia y equidad la repugnan, teniendo establecido la jurisprudencia de esta Sala repetidamente, que en hechos análogos y siendo el móvil del delito los celos, no debe apreciarse la agravante de ejecutar el hecho en la morada de la ofendida».

10. En PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, XIV, n.º 3188, pp. 223-228 (casación por infracción de ley: no ha lugar; asesinato).

11. En PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, XV, n.º 3561, pp. 389-392 (casación por infracción de ley: no ha lugar; homicidio frustrado). A continuación, otros ejemplos. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1877, en PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, XVI, n.º 3935, pp. 512-515 (casación por infracción de ley: ha lugar; homicidio): «Resultando [...] que esta doctrina se fundaba en varias resoluciones que citó de este Supremo Tribunal dadas en casos análogos, y que por todo ello procedía que se declarase al recurrente exento de responsabilidad criminal por haber concurrido en su defensa todos los requisitos que la ley exige; cuyo recurso fué admitido». Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1879, en PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, XX, n.º 5000, pp. 408-412 (casación por infracción de ley: no ha lugar; parricidio): «Considerando que la circunstancia agravante de la noche, que es la 15 del art. 10, ha de tomarse en consideración por los Tribunales, según la naturaleza y accidentes del delito, cuyo precepto legal impone el deber de que se estime en el caso presente, según preten-

Esto no quitaba que, por extensión, la corriente jurisprudencial de casos análogos se nutriera no solo de las resoluciones del alto Tribunal, sino también eventualmente de las resoluciones de los juzgados y tribunales en el orden jerárquico y territorial de su propia competencia jurisdiccional¹².

La serie analógica a la que pertenecía la jurisprudencia del Tribunal Supremo podía ampliarse, con la adición de legislación antigua y actual, congruentemente si aquella jurisprudencia fungía de doctrina legal por cuanto interpretaba y aplicaba la ley penal. Pero así como este manantial complementario de jurisprudencia y ley tenía que circular por la ruta de la apreciación de una praxis judicial (sentencia conforme a alegaciones y pruebas), a su vez quedaba expuesto al cruce con principios «erigidos en jurisprudencia» que se promovían y consolidaban desde la vía interpretativa de la casación, como sucedía con el principio de interpretación favorable al reo, o con el de la inimputabilidad por caso fortuito o circunstancias no propiamente típicas («no inherentes y de inmediata consecuencia») del delito.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1884: «Resultando [...] 3.^a La jurisprudencia establecida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1878, que declara que las leyes penales no pueden ni deben interpretarse desfavorablemente á los procesados, dando más extensión á sus palabras que aquella que significan, infringida por la Audiencia al declarar

de el Ministerio fiscal en el recurso que á su vez ha interpuesto; porque Almirall se aprovechó de ella para ejecutar el hecho más cómoda y fácilmente, hallándose esta doctrina en conformidad con la que tiene este Tribunal establecida en casos análogos». Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1913, en *Jurisprudencia Criminal*, 90, n.º 256, pp. 606-608 (casación por infracción de ley: no ha lugar; desacato a la autoridad): «Considerando que reiteradamente tiene declarado esta Sala como doctrina aplicable á casos análogos al que es objeto del presente recurso la de que para graduar debidamente la mayor ó menor intensidad del agravio ú ofensa que con la palabra se cause, se entienden y tengan en cuenta como elementos importantes de juicio, aparte de la acepción gramatical de aquélla, los motivos, ocasión y circunstancias en que se hubieren pronunciado, para conocer y apreciar con acierto cuál ha sido la verdadera intención ó propósito del culpable al proferirla».

12. Decisión del Consejo Real de 10 de junio de 1857, en *Colección Legislativa de España*, 72, n.º 55, pp. LXIV-LXV (competencia entre el Gobernador de Zaragoza y el juez de primera instancia del distrito de San Pablo de Zaragoza; extracción de leña de un monte): «Que el Juez, oído el Promotor fiscal, se negó á inhibirse, fundándose por su parte en que está encargado de castigar todos los delitos comprendidos en el Código penal, y el cometido por el vecino de Pipaon lo está en su art. 437, razon por la que se ha procedido del mismo modo que ahora en cuantos casos análogos han ocurrido en el territorio que aquel Juzgado comprende».

inaplicable el art. 590 dándole una interpretación perjudicial para la procesada»¹³.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1872: «Resultando que contra esta sentencia se interpuso á nombre del procesado recurso de casacion por infraccion de ley, fundándolo en el caso 3.º del art. 4.º de la provisional que los establece, y citando como infringidos el art. 431, caso 4.º, del Código penal; las leyes de Partida relativas á la manera de dictar las sentencias, y por analogía lo establecido por este Supremo Tribunal respecto á que aquellas deben sujetarse á lo alegado y probado; el principio jurídico, erigido ya en jurisprudencia, de que en caso de duda debe dictarse resolucion en el sentido más favorable al reo, y la doctrina generalmente admitida de que no es imputable á éste el mal producido por la casualidad ó circunstancias no inherentes y de inmediata consecuencia del hecho perpetrado»¹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Supremo enseñaba, respecto de las sentencias invocadas como precedentes análogos, por una parte que la analogía guardaba un sesgo de aplicación no inmediata sino subsidiaria (lo que se colegía expresivamente de la sentencia dicha no aplicada «ni por analogía»), y por otra parte que la analogía (luego el vínculo jurisprudencial) resultaba inviable cuando sus extremos aludían «a casos concretos diferentes» o a «casos de diversas circunstancias».

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1873: «Y 4.º que aun *prescindiendo de que las sentencias del Supremo Tribunal que se invoquen en apoyo de un recurso sean aplicables ó no por analogía al caso en cuestion, porque se refieran á casos concretos diferentes del de que se trate, no pueden fundarse en ellas los recursos de casacion, porque no lo consienten las disposiciones legales vigentes, muy claras y terminantes*. [...] Considerando que las sentencias de este Supremo Tribunal que los recurrentes invocan en apoyo de su pretension, no son aplicables ni por analogía, porque se refieren á casos concretos diferentes del que ahora se trata, ni de ningun modo, porque no hay necesidad de ello ni lo consienten las disposiciones legales posteriores muy claras y terminantes, que como vigentes hoy en la materia se han citado anteriormente»¹⁵.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1876: «Considerando que no son para citarse como motivos de casacion las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo, y las que se invocan en el recurso, se refieren á casos de diversas circunstancias del que ha sido objeto de la presente causa, y en

-
13. En PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, XXXI, n.º 7626, pp. 123-125 (casación por infracción de ley: no ha lugar; uso de nombre supuesto).
 14. En PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, VII, n.º 1271, pp. 383-385 (casación por infracción de ley: no ha lugar; homicidio).
 15. En PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, VIII, n.º 1490, pp. 81-86 (casación por quebrantamiento de forma: no ha lugar; falsificación de un testamento).

todas se ha ajustado á la ley y á la doctrina que se aplica en los anteriores considerandos»¹⁶.

En definitiva, se trataba de la presentación del caso análogo frente al caso diferente o diverso¹⁷, una disyuntiva que revivía la distinción histórica, en la teoría moderna de la analogía, entre la *ratio identitatis* y la *ratio diversitatis*, quizá con una terminología ahora más próxima al lenguaje común o de menor complejidad técnica, lo que acaso repercutiese, de forma nada sorprendente, en la proximidad a una formulación de la analogía como mera interpretación extensiva¹⁸.

16. En PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, XV, n.º. 3561, pp. 389-392 (casación por infracción de ley: no ha lugar; homicidio frustrado).
17. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1873, en PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, VIII, n.º 1685, pp. 494-495 (casación por infracción de ley: no ha lugar; disparo de arma de fuego y lesiones): «3.º Resultando que por parte del Saavedra se ha interpuesto recurso de casacion contra la sentencia anterior, apoyado en el caso 1.º del art. 4.º de la ley de 18 de Junio de 1870, y citando como infringidos el art. 12 de la reforma del procedimiento, y el 1.º y 423 del Código provisional, puesto que no se halla probada cumplidamente la delincuencia del recurrente como autor del disparo de arma, ni éste merecía tampoco la calificación de delito, porque la forma y accidentes de su ejecución demostraban que el tiro no se dirigía contra su adversario Manso, ni contra otra persona determinada; habiéndose además resuelto en igual sentido un caso análogo al presente por sentencia de este Supremo Tribunal de 30 de Setiembre de 1871. [...] 1.º Considerando que, conforme al art. 7.º de la ley sobre casacion criminal, este Tribunal Supremo tiene que aceptar los hechos cual vengan consignados en la sentencia impugnada, y en la que dá origen al presente recurso se establece como probado que el recurrente disparó el arma determinadamente contra su adversario, que es el caso concreto á que se refiere el art. 423 del Código, diverso en un todo al alegado como análogo en la sentencia de este Supremo Tribunal que se cita, cuyas decisiones por otra parte no son motivo de casacion criminal, si bien lo sean en materia civil».
18. Véanse las «cláusulas de analogía» que analiza como ejemplos de «expansión no semántica de la norma» («los nuevos elementos se incorporan porque son similares en cuanto a la razón práctica de la regulación», con enumeraciones legales no exhaustivas, sino indicativas) RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, «La interpretación extensiva», cit., pp. 83-86. No obstante, si esta analogía de cláusula tiende a la interpretación extensiva, no hay por qué excluir lo contrario, *ibidem*, p. 86: «cuando la ley se aplica a casos que no cabe identificar con los que regula expresamente (incluyendo los casos amparados por cláusulas de analogía o similares), pero que son asimilables a ellos por sus semejanzas relevantes, se está empleando la analogía aunque se presente como interpretación extensiva». Pero esta última posibilidad hay que ponerla en entredicho si no se cumple con el presupuesto de la analogía: una razón de identidad como vínculo entre extremos que parten de posiciones paralelas inconexas, y no de la bifurcación que nace de un solo punto (con su significado técnico-jurídico) hacia un significado dilatado, de forma lineal, en la interpretación extensiva. Esto es, el «elemento novedoso» incorporado en la analogía que «carece de descripción alguna en la norma», aunque el autor citado vuelve a fracturar la claridad, a modo de heredero del pensamiento liberal, al aceptar

La utilización del término concreto de analogía propiciaría que pudiera hacerse valer una rectificación jurisprudencial de la doctrina legal del Tribunal Supremo cuando la ausencia de una razón de identidad permitiera sustraer al ámbito de los casos análogos el que hubiera presentado características no solo particulares (insuficientes para vencer la analogía) sino además disímiles. Quedaría sin resolver no obstante si la oposición entre caso análogo y caso diferente o diverso no implicaría una ampliación conceptual de la analogía que, en vez de exigir la razón de identidad, conforme a su esencia rigurosa en la especulación de la doctrina moderna, pudiera asentarse tan solo en una razón de similitud o semejanza, a pesar de que la conservación de su naturaleza genuina era sin duda la que preservaba mejor la seguridad jurídica y la legalidad rigurosa que se predicaba de su exacto funcionamiento.

Además, si vibraba como razón problemática la que oscilaba entre los extremos de la analogía, a saber, el extremo del caso que ha brotado y topa con la laguna legal, y el extremo de aquella norma que se descubrirá bajo la misma identidad de la ley revisitada (puesto que no se trataba de una analogía que se activase desde la ley con laguna, por líquida inexistente, sino desde la aparición de un problema que en la ley no encontraba extremo hasta que esta era interpretada espiritualmente desde su razón de identidad), la identidad podía considerarse prefijada a modo de cierta característica común localizable en los extremos que experimentaban la atracción analógica. Así sucedía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando se prohibían competencias criminales o se equiparaba el régimen jurídico delictivo de instituciones gubernativas, administrativas o militares que, solo por y en esta razón, se consideraban análogas¹⁹.

después que «otras veces la analogía se oculta tras un aparente anclaje semántico»: *ibidem*, p. 88. Otro camino de disolución de la diferencia entre interpretación extensiva e interpretación analógica puede proceder de la desaparición de la interpretación extensiva a partir de la consideración de que no hay una interpretación literal previa de la que partir sino una interpretación siempre «intrínsecamente» imprecisa, más una *intensio* («o sentido o connotación», como el que resulta propio de la razón de la analogía) que diferencia aun ante la coincidencia literal: *ibidem*, pp. 93-95.

19. Real decreto de 10 de enero de 1871, en *Colección Legislativa de España*, 106, n.º 1, pp. 3-4 (competencia, consultado el Consejo de Estado, entre el juzgado de primera instancia de Amurrio y la Diputación general de Álava; incendio en los montes de Basasar y Vela en el valle de Oquendo): «Que sustanciado este incidente de competencia, el Juez declaró tenerla para entender en el asunto, toda vez que se trataba de un delito, y á los Gobernadores y por analogía á las Diputaciones provinciales les estaba prohibido suscitar contienda de competencia en materia criminal». Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1871, en PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, III, n.º 407, pp. 19-20 (competencia entre el juzgado de guerra de la Capitanía general de las Provincias

La nube de la analogía descargaba su lluvia siempre en la ley, pero había propagado su propia experiencia gaseosa desde otro espacio, en las arenas movedizas de la facticidad prejurídica y en los solecismos y lagunas de la juridicidad, y fue esta emancipación provisional de la analogía, como venida de otro mundo a romper fronteras y multiplicar espejos, la que provocó la ilusión tanto del rigor de su salto lógico, como de su frecuente ligereza volátil en la conexión de extremos.

Vascongadas y Navarra y el juzgado de primera instancia de Bilbao; insulto y atropello a un carabnero): «2.º Considerando que el servicio que se hallaba prestando el individuo de dicho Cuerpo Félix Martín Barrios cuando fué insultado, atropellado y desarmado por los procesados Nicanor Saez y consortes es análogo y semejante al del centinela y vigilante á que se refiere la citada disposición legal y aplicable por lo tanto al caso presente». Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1888, en *Jurisprudencia Criminal*, 40, n.º 423, pp. 888-890 (competencia entre la Audiencia de Calatayud y la jurisdicción de Guerra; insulto a centinelas): «*Que según lo dispuesto en el párrafo quinto del art. 13 de la ley de Enjuiciamiento militar, es de la exclusiva competencia de los Tribunales de guerra, cualquiera que sea la persona acusada, el conocimiento de las causas que se instruyan por los delitos de espionaje, insulto á centinelas, salvaguardias ó fuerza armada, entendiéndose por tal los individuos de la Guardia civil y Carabineros ó de cualquier otro instituto análogo, estando con sus armas y uniformes en actos de servicio que tengan obligación de prestar ó con ocasión de él.*»

ESTUDIOS

Las transformaciones que experimenta el derecho penal en el Estado constitucional liberal de la España del siglo XIX, tanto en su dimensión orgánica y procesal, en el seno de la configuración del poder judicial bajo el dogma de la división de poderes, cuanto en su vertiente sustantiva, en lo que afectaba a la naturaleza de los delitos y las penas, no pudieron sustraerse a la persistencia de argumentos e instrumentos jurídicos que habían formado parte consolidada de la historia moderna de la técnica de la elaboración de las disposiciones normativas y seguirán influyendo en la interpretación jurídica desarrollada por la doctrina especializada y también por los jueces o tribunales, en particular desde el impulso procurado por la regulación del recurso de casación para la formación de una doctrina legal del Tribunal Supremo. En este orden de cosas, la analogía constituyó uno de los criterios jurídicos interpretativos de mayor importancia, proyectado al código penal y las sentencias judiciales, por razón de su funcionalidad a la hora de colmar las lagunas de la ley penal y por su virtud de preservación del principio de legalidad penal. Este libro estudia estos aspectos de la analogía, además de las concretas formulaciones analógicas del derecho penal liberal desde la perspectiva del principio de legalidad penal, los objetos penales, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y las penas.

El precio de esta obra incluye la publicación en formato DÚO sin coste adicional (papel + libro electrónico)

ACCEDE A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA SIGUIENDO LAS INDICACIONES DEL INTERIOR DEL LIBRO

ISBN: 978-84-1085-028-6

