

LA APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL: CRITERIOS, LÍMITES Y EJEMPLOS

The application of analogy in criminal law: criteria, limits and illustrative examples

JOSÉ EDUARDO PRADO SORIANO*

Recibido: 14.AGO.2025

Aprobado: 06.MAR.2026

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición. 3. Fundamento. 4. Requisitos. 4.1. Vacío legal. 4.2. Semejanza. 4.3. Permisibilidad jurídica. 5. Analogía e interpretación analógica. 6. Analogía e interpretación extensiva. 7. Aplicación práctica. 7.1. Aparente analogía. 7.2. Analogía *in malam partem*. 7.3. Analogía *in bonam partem*. 8. Conclusión. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La analogía jurídica es un procedimiento de integración que, por el camino o vía del argumento de la semejanza, traslada una regla jurídica a otro caso que no tiene regulación alguna en la ley, pero que merece solucionarse. Es una herramienta consustancial al ordenamiento jurídico y se fundamenta en el principio general lógico *ubi eadem ratio, idem ius* (a igual razón, igual derecho), así como en la Constitución Política.

La analogía en el derecho penal es comprendida a partir del principio de legalidad. Está prohibida en la medida en que sirva para fundamentar el castigo de un comportamiento (*in malam partem*), por lo que la analogía que aprovecha los espacios de libertad entre una incriminación y otra para generar derecho (*in bonam partem*) es compatible con el referido principio.

Son tres los requisitos que deben concurrir para la aplicación de la analogía: el vacío legal, la razón de semejanza y la permisibilidad jurídica; aplicación que es mostrada con una serie de ejemplos basados en casos reales.

PALABRAS CLAVE: Vacío legal – semejanza, analogía *in bonam partem*, analogía *in malam partem*.

* Fiscal especializado en delitos de tráfico ilícito de drogas. Ex miembro de la Fiscalía Superior Coordinadora Especializada en Derechos Humanos y Terrorismo. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de maestría con mención en Ciencias Penales en la UNMSM. Miembro honorario del Taller de Ciencias Penales de la UNMSM. Correo electrónico: pradosoriano.jose@gmail.com. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-6160-4713>.

ABSTRACT: Legal analogy is an integration procedure that, through the path or argument of similarity, transfers a legal rule to another case that is not regulated by law but still deserves resolution. It is an inherent tool of the legal system and is based on the general logical principle *ubi eadem ratio, idem ius* (where there is the same reason, there is the same law), as well as the Political Constitution.

Analogy in criminal law is understood from the principle of legality. It is prohibited insofar as it serves to justify the punishment of behavior (*in malam partem*); therefore, the analogy that utilizes the spaces of freedom between one criminalization and another to generate law (*in bonam partem*) is compatible with the aforementioned principle.

There are three requirements that must be met for the application of analogy: the legal void, the reason for similarity, and legal permissibility, application that is shown with a series of examples based on real cases.

KEYWORDS: Legal void, similarity, *in bonam partem* analogy, *in malam partem* analogy.

1. INTRODUCCIÓN

En los cursos o manuales de Derecho Penal Parte General, la analogía es abordada como un punto dentro de un tema más amplio: el principio de legalidad. Allí aparece en sentido negativo (prohibición de analogía) cuando se desarrolla el subprincipio de *lege stricta* (ley estricta). El problema es que su tratamiento, casi siempre, se hace de forma somera, distinguiendo, a lo mucho, entre analogía *in malam partem* e *in bonam partem*, con un mensaje que se inclina por advertir a los estudiantes o lectores que eviten su aplicación; pues si se le da cierto protagonismo puede poner en entredicho al derecho democrático; lo que es equivocado, toda vez que en el Estado Constitucional de Derecho, su correcto uso debe ser promovido. Tampoco se estila en ofrecer casos prácticos o, por lo menos, de laboratorio que ayuden a comprender cómo funciona la analogía en el derecho penal o qué requisitos son necesarios para su empleo, entre otros aspectos sustanciales que son omitidos.

De ahí que apuntamos a colocar en la palestra a la analogía para mostrar su potencialidad a la hora de resolver situaciones conflictivas de índole penal, donde el legislador no ha dado una respuesta sobre lo que hay que hacer o decidir, pero la razón lógica y teleológica dictan que, de todos modos, deben atenderse y no ignorarse por la falta de regulación.

Por ello, en primer lugar, expondremos puntualmente acerca de la definición operativa y el fundamento de esta institución jurídica, lo que nos llevará a señalar cuáles son las condiciones que deben concurrir para su correcta aplicación. En segundo lugar, tocará diferenciar a la analogía con dos figuras cercanas a ella: la

interpretación analógica y la interpretación extensiva. Finalmente, con base en lo estudiado, formularemos a detalle ejemplos prácticos de cómo se construye o descarta argumentativamente una aplicación analógica de la ley penal; tarea que ocupará la mayor parte del texto por ser lo medular de la investigación.

2. DEFINICIÓN

El derecho, entendido como sistema, debe contar con las características de la unidad, coherencia y plenitud. Sin embargo, como el derecho también es un producto social donde entra en juego el dilema de las perspectivas y el sesgo de los que definen lo justo y lo conveniente, así como la imposibilidad del legislador de anticipar todos los pragmas conflictivos. Tales características, más que una cualidad, son realmente finalidades atribuidas al ordenamiento jurídico. Por ese motivo, el derecho se ha agenciado de mecanismos para superar los inconvenientes causados por la imperfección del ordenamiento.

Así, ante la carencia de plenitud “[...] la extrema ingeniosidad de los juristas ha elaborado un método de integración del ordenamiento [...]” (Carnelutti, 2006, p. 127), la cual, según Bobbio (2017, p. 225), es el procedimiento de la analogía que viene a llenar los vacíos de la ley tomando una o varias normas jurídicas y extrapolarlas a otros casos semejantes que debieron haberse regulado.

Esto sucede luego de que, vía interpretación, se constata que el caso no logra subsumirse en la fórmula legal que *prima facie* le sería aplicable, ni siquiera usando los cánones interpretativos (gramatical, sistemático, teleológico, etc.) sin exceder el significado posible del texto; agotado ese examen y delimitado el tenor literal, si el supuesto permanece fuera de dicho marco, se acude a la analogía como técnica de integración jurídica. Por ende, García Amado (2023, p. 179) con acierto sostiene que las lagunas [refiriéndose al “vacío legal”] depende grandemente de la interpretación que se haga de las normas existentes. A lo que nosotros agregamos que la analogía no compite con la interpretación ni la reemplaza, sino la presupone. Funciona como un paso posterior y excepcional que solo se activa cuando la interpretación, correctamente entendida, ya no puede ofrecer una solución sin desbordar la letra de la ley.

De esa manera, queda mejor comprendida la definición operativa de analogía jurídica dada por la Corte Suprema en la Casación n.º 461-97-Lima que precisa:

[...] la analogía consiste en la aplicación de una norma jurídica a un caso que, no hallándose comprendido en la letra de la ley, presenta una afinidad jurídica esencial con aquel que la ley contempla y se traduce en el aforismo *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio* y facilita la resolución adecuada de casos que el legislador no ha previsto o no ha querido indicar para no caer en excesos de la casuística, y es diferente de la

interpretación extensiva, ya que ésta atribuye a la ley el más amplio radio de acción posible, desde luego dentro de su sentido propio [...] (Corte Suprema de Justicia de la República, 1998, considerando 5).

En suma, la analogía jurídica es un procedimiento de integración que, por el camino o vía del argumento de la semejanza, traslada una regla jurídica a otro caso que no tiene regulación alguna en la ley, pero que merece solucionarse.

3. FUNDAMENTO

La analogía es una herramienta consustancial al ordenamiento jurídico, porque la ley no puede prever todas las formas de los conflictos humanos; es por ello que se tiene que emplear esta “técnica interpretativa-aplicativa” (Cano Martínez de Velasco, 2012, p. 20) para no desatender hechos no contenidos en un precepto legal que exigen un igual tratamiento a los que sí lo están: *ubi eadem ratio, idem ius* (a igual razón, igual derecho). En pocas palabras, “[e]l fundamento de la analogía está dado por la igualdad con que deben ser tratados los casos similares [...]” (Suárez, 2020, p. 231).

En esa línea, el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución Política establece que es un principio de la función jurisdiccional el “[p]rincipio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de ley”.

Queda claro que la labor legislativa nunca estará exenta de imperfecciones, las cuales se darán en circunstancias posteriores a la creación de las normas. “De allí que los sistemas jurídicos contemplen reglas de interpretación y reglas de integración” (Muro Rojo, 2005, p. 524), ubicándose en esta última a la analogía.

Ahora bien, en materia penal, resulta imperioso desarrollar el fundamento de la analogía jurídica a partir del principio de legalidad.

La legalidad es el principal principio de contención del ejercicio del poder punitivo: la constituye “[...] una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley” (Muñoz Conde & García Arán, 2004, p. 101), de modo que se trata de un límite propio de un Estado de Derecho.

Este principio es reconocido en el artículo 2, inciso 24, apartado d) de la Constitución Política: “*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa o inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena prevista en la ley*”. Como se puede observar, con dicho artículo se consagra el principio de legalidad en el ámbito penal sustantivo y adjetivo. También está contemplado en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal con el siguiente tenor: “*Nadie será sancionado por un*

acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. Por tanto, en nuestro ordenamiento el principio de legalidad tiene un sustento constitucional y legislativo.

Se acepta, de manera unánime, que este principio contiene cuatro manifestaciones que, a decir de Claus Roxin, se plasman en forma de prohibiciones (1997, p. 140):

- ***Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia***: es inadmisibles la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo si favorece al condenado.
- ***Nullum crimen, nulla poena sine lege certa***: “[i]mpone al legislador el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable” (García Caveró, 2019, p. 147).
- ***Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta***: la fuente de conocimiento del derecho penal son los preceptos con rango de ley (Ley, Decreto Legislativo o Decreto Ley) y no el derecho consuetudinario.
- ***Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta***: prohíbe el uso de la analogía en el derecho penal, toda vez que solo se castiga lo estrictamente previsto.

De las manifestaciones del principio de legalidad, el mandato de ley estricta (*lege stricta*) es el que nos interesa para el abordaje de la investigación, porque implica que el juez no puede interpretar la disposición penal rebasando su tenor literal. De ahí que la analogía emerja como técnica de integración jurídica cuando el caso no puede resolverse sin exceder el significado posible del texto –ni siquiera acudiendo a una interpretación extensiva–, aunque se den razones teleológicas que inviten a extender su alcance.

En relación con las bases y particularidades de la analogía en el derecho penal, la Constitución Política del Perú, en su artículo 139, inciso 9, expresa: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional [...] El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal de las normas que restrinjan derechos*”. Asimismo, el artículo III del Código Penal indica que: “*No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde*”. Por último, el tercer párrafo del artículo VII del Código Procesal Penal señala: “*La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos*”.

Se desprende de los preceptos legales citados que la analogía está prohibida en el derecho penal, pero solo en la medida en que se “emplee para fundamentar la

represión de un comportamiento mediante la creación de un nuevo tipo legal o la ampliación de uno existente. Por el contrario, el razonamiento analógico que restringe el poder punitivo está permitido” (Hurtado Pozo, 2011, p. 220).

Y aun si no fueran vigentes aquellos preceptos, de todos modos llegaríamos a la conclusión de que la analogía *in malam partem* es la única clase de analogía que está, en absoluto, proscrita en el derecho penal, toda vez que el principio de legalidad obliga al Estado a castigar las conductas que, en estricto, han sido definidas por la Ley como reprochables¹, por lo que, como la finalidad del mandato *lege stricta* es evitar extender la determinación del tipo delictivo, la declaración de un estado de peligrosidad, la pena, la medida de seguridad o la afectación de un derecho fundamental; *contrario sensu*, la analogía descriminalizadora, llamada *in bonam partem*, viene a ser compatible con el principio de legalidad al no contravenir ese mandato y, más bien, optimiza la libertad y el estado de inocencia del investigado o procesado conforme a las pretensiones de un Estado Constitucional de Derecho.

Por eso, no le falta razón a Rubio Correa cuando afirma que:

No habrá obstáculo para que la ley penal se aplique analógicamente en otros casos, que fundamentalmente son los que sirven para proteger al individuo. La protección del sospechoso es un principio de la Constitución que está sancionada en diversas normas pero las que mejor se aplican al caso que comentamos, son la norma del segundo párrafo del artículo 103 que permite la aplicación retroactiva de la ley penal cuando favorece al reo; la del literal e del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución que establece la presunción de inocencia; y, la de aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre las leyes [...] En realidad, lo que este último inciso autoriza es una forma de integración más favorable al reo que, en muchos casos, podrá ser analogía, particularmente en situaciones de duda (Rubio Correa, 1999, p. 107).

En definitiva, en los espacios de libertad entre una incriminación y otra, la analogía *in bonam partem* juega un papel importante como instrumento técnico y método de creación de normas para eliminar los “huecos” normativos.

1 Sobre la inadmisibilidad de aplicar la analogía *in malam partem* a raíz del principio de legalidad, Soler, S. sostiene que el Código Penal opera como un conjunto de tipos cerrados y exhaustivos: fuera de las descripciones legales no hay ilicitud penal “en general”, sino ámbitos de libertad entre incriminaciones que no pueden ser colmados por extensión analógica. Véase Soler (1940, p. 119).

4. REQUISITOS

Tomando como referencia a Sánchez Mercado (2007, pp. 31–36), la analogía es el resultado de la concurrencia de tres condiciones o requisitos indispensables: 1) vacío legal, 2) semejanza y 3) permisibilidad jurídica; de faltar uno de ellos, no sería posible hacer uso de esta herramienta de autointegración.

4.1 Vacío legal

En lugar de “vacío legal” o “vacío de la ley”, algunos tratadistas usan la expresión “laguna jurídica”; al respecto, Cano Martínez de Velasco (2012, p. 41) explica que, si se toma como referencia a la laguna para graficar la idea de los “huecos” del derecho, tal denominación no es acertada, ya que toda laguna está llena.

El “vacío” se declara después de que la interpretación de una norma o de un conjunto de normas no ofrece una salida compatible con el ordenamiento jurídico para el caso. Por lo tanto, el vacío legal no se identifica de manera inmediata por el operador, sino como la consecuencia de haber agotado la búsqueda de la norma aplicable, sin que sea posible subsumir el *factum* controvertido en el supuesto de hecho de los dispositivos legales interpretados.

Esta falta de solución por parte del derecho frente a un asunto en concreto puede darse de dos maneras: absoluta o relativa, las cuales se corresponden, respectivamente, con la clasificación tradicional que hace la doctrina: “laguna normativa” y “laguna axiológica”. En esa medida, ambas tipologías describen el mismo problema desde ángulos complementarios, solo que privilegiamos la nomenclatura “absoluto/relativo” por su utilidad para enfatizar, desde el inicio, la magnitud del déficit normativo.

Es absoluto por faltar en todo el derecho la norma (o normas) precisa para resolver el supuesto (Cano Martínez de Velasco, 2012, p. 53); es decir, no existe fórmula legal alguna que permita atender el caso (ausencia de regla). Por su parte, es relativo en situaciones en las que, de modo general, el sistema dice cómo atender el caso, pero su desenlace no es el más adecuado a la luz de pautas valorativas y finalidades reconocibles en el propio sistema, de suerte que debería contar con una regulación específica (hay regla, pero es insatisfactorio para el asunto).

Así pues, el test para verificar este primer requisito consiste en: i) identificar la disposición *prima facie* aplicable; ii) agotar la interpretación mediante los cánones admitidos, dentro del tenor literal y del significado posible del texto; y iii) si el hecho no encaja, declarar el vacío (absoluto o relativo).

4.2. Semejanza

La semejanza es el fundamento que dota de sentido aplicar la analogía a un hecho no reglado; para eso los casos que se comparan deben tener en común sus características esenciales y, además, compartir las razones (*ratio*) de la norma o las normas en cuestión. En palabras más simples, Véscovi manifiesta que:

La semejanza debe existir en la finalidad que tuvo el legislador para dictar la norma; no basta el parecido exterior de las dos situaciones –la prevista y la no prevista–; es necesario que cuando se aplica la norma legal al caso análogo, a la laguna, se esté cumpliendo con la misma finalidad (*ratio legis*) que tuvo el legislador al crear la norma o la misma finalidad que surge de la investigación del fundamento de la disposición existente (*ratio iuris*) (2006, p. 163).

De lo expresado se sabe que la relación de semejanza se da por una fuente de *ratio legis* o de *ratio iuris*, lo que deriva en la clasificación: analogía *legis* y analogía *iuris*, respectivamente.

Urquiza Olaechea los distingue rotundamente del modo que sigue:

La analogía *legis* se caracteriza por el hecho de que en ella se comienza en una disposición concreta de la ley, para, sobre la base de su *ratio essendi* o idea fundamental, aplicarla a casos idénticos en su esencia. Por el contrario, en la analogía *iuris* se arranca de una pluralidad de disposiciones singulares o particulares y se extraen de ellas, vía inductiva, principios más generales, los cuales se aplican a casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley, o sea, de varias disposiciones legales que enlazan igual consecuencia jurídica a supuestos de hecho diferentes se infiere, un principio único general, que se refiere o subsume tanto a los supuestos de hecho no regulados en la ley como a los supuestos de hechos regulados (2004, p. 76).

Siendo así, la comparación de la *analogía legis* parte de una proposición jurídica particular para arribar a otra particularidad, mientras que la analogía *iuris* parte de una pluralidad de disposiciones jurídicas, donde se esboza un fundamento general que será aplicado a un caso puntual.

El requisito de la semejanza es fundamental, porque define el razonamiento analógico al operar como un control metodológico, habida cuenta de que permite afirmar que no se crea subjetivamente una regla nueva, sino que se justifica racionalmente la extrapolación del sentido de la disposición de referencia a un evento no reglado. Entonces, se trata de un ejercicio de discrecionalidad que se verá reflejada motivadamente en la resolución, donde “[...] el juez ha de argumentar para convencernos de que no ha sido arbitraria su decisión” (García Amado, 2023, p. 178).

4.3. Permisibilidad jurídica

Si bien la figura de la analogía jurídica es consustancial al derecho, su aplicación está condicionada a la lógica interna de cada especialidad. Por ejemplo, la analogía en el derecho civil goza de una amplitud mayor (Fontán Balestra, 1957, pp. 135–137; Torres Vásquez, 2011, pp. 611–615, 622–624), no interesa quién de las partes termina beneficiada gracias a ello, con tal que con esta técnica se colme el derecho y el asunto sea resuelto.

En cambio, en el derecho penal sí importa la dirección de su empleo, pues como se ha expuesto líneas arriba, solo se admite como válida la analogía *in bonam partem*, esto es, la que “[...] favorece al procesado extendiéndole los beneficios, atenuantes o eximentes de responsabilidad” (Tribunal Constitucional del Perú, 2025, voto singular del magistrado Gutiérrez Ticse, fundamento 5). Mientras que la analogía *in malam partem*, la que es criminalizadora (crea o agrava la punibilidad), no se constituye en una analogía como tal, porque para la perspectiva de esta rama, dicho razonamiento analógico no tiene lugar.

5. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

Según lo visto hasta ahora, queda claro que el razonamiento analógico supone que “[...] el intérprete, como si fuera el legislador, elige una norma para llenar con ella una laguna, y, sacándola de su ámbito propio de cobertura, la aplica a un caso no previsto pero semejante a otro previsto en ella [...]” (Cano Martínez de Velasco, 2012, p. 63); de esa manera, el operador más que interpretar y establecer el sentido de la ley, lo que hace es completar el trabajo del legislador, a través de la creación de una nueva norma, y con ello lograr la integración del derecho.

Distinto ocurre cuando el legislador, en el momento de la tipificación, incorpora como parte del tenor de la ley, bajo la modalidad de un elemento del tipo, una fórmula analógica, a fin de cubrir las posibilidades de la comisión del delito en atención a cualidades previamente señaladas, por lo que el operador no crea ninguna norma, sino determina su contenido interpretando ese elemento normativo analógico con base en los otros elementos (descriptivos o normativos) que le sirven como criterio de semejanza (*ratio legis*), por eso se le llama “interpretación analógica”.

Como muestra de esto último pasamos a citar algunos artículos del Código Penal:

- **Homicidio calificado. Artículo 108, inciso 4:** “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: [...] Por fuego, explosión

o cualquier otro medio capaz de poner en peligro” (el resaltado es nuestro).

- **Violación de correspondencia. Artículo 161:** “*El que abre, indebidamente, una carta, un pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico u otro documento de naturaleza análoga [...]*” (el resaltado es nuestro).
- **Cohecho pasivo específico. Artículo 395:** “*El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo [...]*” (el resaltado es nuestro).

Conforme observamos, estos tipos penales se componen primero de medios particulares, seguido de un elemento analógico descrito con las expresiones: “otras semejantes”, “otro análogo”, “cualquier otro medio análogo”, etc.; por tanto, es “el propio tipo penal el que establece explícitamente los parámetros de la apertura analógica en la interpretación de la ley” (García Caveró, 2019, p. 174).

6. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

Este punto representa el momento cumbre de la distinción entre integración e interpretación jurídica; aunque, debido a los problemas de vaguedad² que se da con notoriedad en algunas palabras o expresiones, tal diferencia se hace tenue o de plano se desvanece.

La interpretación extensiva, como todo método de interpretación, se mueve dentro de los márgenes del texto legal, su particularidad radica en llevar hasta sus extremos límites el campo semántico de los términos que componen la ley, con el fin de abarcar situaciones que la *ratio legis* de la norma busca regular. Si se siguiera una interpretación literal, restrictiva o declarativa de la misma terminaría por excluir casos que claramente el precepto legal tuvo la intención de prever. En cambio, la analogía tiene lugar fuera del tenor de la ley; pues se aplica ante un vacío legal.

2 Un término resulta vago cuando no presenta un límite preciso de aplicabilidad, de modo que existen casos frontera en los que no es claro si corresponde o no su uso; esto suele apreciarse con especial nitidez en palabras graduales o polares (por ejemplo, frío/caliente, alto/bajo). (Pissinis, 1999, p. 236). En el lenguaje jurídico, la vaguedad se manifiesta cuando la ley emplea categorías con un núcleo claro, pero con bordes inciertos: por ejemplo, expresiones como “animales domésticos” pueden ser evidentes en casos paradigmáticos (perro, gato), pero dudosas en supuestos atípicos o marginales (*v. gr.*, moscas amaestradas guardadas en una caja o un sapo con el que un niño se divierte). (Nino, 1980, p. 267).

En ese sentido, a contramano de lo que opina un sector importante de la doctrina (Sánchez Mercado, 2007, pp. 48, 80–82)³, la interpretación extensiva es compatible con el principio de legalidad por aún comprenderse en la esfera del texto legal. Dicha compatibilidad no solo se da *in bonam partem*, es decir, cuando se emplea para maximizar el alcance de las circunstancias atenuantes o de las causales eximentes de responsabilidad penal como sería una interpretación amplia de la legítima defensa; sino, y aquí se distancia radicalmente de la analogía, también admite la vertiente *in malam partem* que consiste en la extensión del sentido de la prohibición (contenido máximo del tipo) con el objeto de formular, como destaca Jescheck/Weigend, una “interpretación correcta o razonable de la ley penal” (como se citó en Ramón Ribas, 2014, p. 138).

Un ejemplo de esto último lo vemos con la interpretación de “morada” en el delito de violación de domicilio (art. 159 del Código Penal). El significado nuclear de morada es el de aquel lugar donde se desarrollan actos vivenciales cotidianos, lo cual excluye al cuarto de un crucero u hotel que fue alquilado por unos días de vacaciones, una tienda de campaña o un auto que es usado por su dueño para dormir al haber sido desalojado de su casa. Sin embargo, este ilícito, más que referirse a la propiedad u otro derecho real, está ligado a la privacidad e intimidad de las personas⁴. De ahí que, a fin de garantizar una adecuada protección del bien jurídico y así evitar situaciones de manifiesta injusticia (trato desigual) en las que el derecho penal termine por castigar el allanamiento de una casa y no el ingreso al camarote de un trabajador de un buque de carga, cuando en ambos supuestos el espacio íntimo fue vulnerado por no mediar consentimiento. Resulta imperioso expandir el significado de “morada” a *recintos en los que se ejercen actos vivenciales de habitación, así solo sea temporal, ya que durante ese periodo, el lugar está destinado a la vivienda*. En consecuencia, las situaciones que, en un inicio bajo una definición ordinaria, fueron descartadas; ahora forman parte de la idea de “morada”.

No obstante, a modo de excepción, consideramos que se inadmite la interpretación extensiva de la ley penal sobre términos o expresiones equívocas (indeterminadas); debido a la afectación del principio de garantía de la función del tipo

3 También hay múltiples sentencias emitidas por el Tribunal Supremo Español que niegan la posibilidad de emplear la interpretación extensiva en el derecho penal, aun cuando su uso convenga. Por todos, Rodríguez-Toubes Muñoz (2019, pp. 80–81), quien comenta un ejemplo jurisprudencial previo a la reforma de 2003 del artículo 179 del Código Penal: el Tribunal Supremo de España entendió “objeto” en su sentido ordinario —excluyendo partes del cuerpo como dedos o lengua— y asumió que incluirlas implicaría una extensión interpretativa que, en materia penal, deviene en problemática por su cercanía con una interpretación extensiva prohibida.

4 Sobre el vínculo entre el concepto de morada y el derecho a la intimidad, véase las sentencias del tribunal constitucional: expedientes n.º 7455-2005-PHC/TC, n.º 3-2005- PT/TC y n.º 3691-2009-PHC/TC.

y al mandato de *lex certa* que representa este tipo de interpretación por la estrecha cercanía (o equivalencia) con la analogía.

Finalmente, anotamos que la interpretación extensiva en el derecho procesal penal está proscrita, conforme al inciso 3 del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal:

La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. **La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.** El resaltado es nuestro.

En síntesis, está permitida la interpretación extensiva en el derecho penal, a fin de maximizar derechos y libertades, así como para determinar una interpretación correcta de la ley; salvo que se esté ante expresiones vagas o por manifiesto impedimento legal como se da para el proceso.

7. APLICACIÓN PRÁCTICA

7.1 Aparente analogía

7.1.1 *De la Inidoneidad del Autor en Delitos Especiales Propios*

El artículo 17 del Código Penal prevé la tentativa inidónea (o delito imposible) en los términos que sigue:

No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.

Como se ve, para que se configure el delito imposible, la falta de idoneidad en la presunta ejecución del delito recae en el medio o en el objeto de protección del tipo; o sea, con el fin de matar le da agua en lugar de veneno o dispara al cadáver de su enemigo, respectivamente. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando la inidoneidad no se debe a ninguna de las anteriores, sino a la cualidad del sujeto activo en los delitos especiales propios? Así, el que creyéndose fiscal, sin saber que un día antes la Fiscalía de la Nación había dejado sin efecto su designación, acepta una ventaja económica para requerir un sobreseimiento.

El profesor Hurtado Pozo (2011, p. 122), seguido por Reátegui Sánchez (2024, pp. 77–78), lo solucionan recurriendo a la analogía *in bonam partem*, toda vez que a decir de ambos juristas, el mencionado artículo 17 no contempla la tentativa inidónea por impropiedad del sujeto activo, pero dicha falta de idoneidad es

semejante a los señalados en la norma en cuestión (medio y objeto) y por eso merece la misma valoración de impunidad como un delito imposible.

Por nuestra parte, tras aplicar el esquema de evaluación propuesto, verificamos que no se cumple con el primer presupuesto de la analogía: el “vacío legal”. Esto se debe a que el derecho penal sí cuenta con una regla positiva para estos supuestos: el primer párrafo del artículo 14 del Código Penal, donde se plasma el error de tipo. En efecto, la persona solicita y recibe dinero bajo la falsa representación que es fiscal, pero en realidad hace un día dejó de serlo, es decir, yerra sobre un elemento objetivo del tipo penal de cohecho: la cualidad de funcionario público; en atención a lo cual, así ese error sea vencible o invencible, el hecho es atípico.

Así, la cuestión de la inidoneidad del sujeto activo en delitos especiales propios queda superada sin necesidad de generar una nueva regla e integrar el derecho, puesto que basta acudir, en estricto, a las disposiciones vigentes del ordenamiento, por lo que al no configurarse el requisito del vacío legal, deviene innecesario continuar con las etapas posteriores del examen (la semejanza y la permisibilidad jurídica), de modo que la analogía no tiene cabida en este caso.

7.1.2 De la ejecución de la pena de limitación de días libres en los días hábiles de la semana

Una persona que labora como mesero en la zona turística del centro histórico de Lima fue condenada por el delito de apropiación ilícita a tres años de pena privativa de libertad, la cual fue convertida, en virtud del artículo 52 del Código Penal, a 156,4 días de pena limitativa de días libres. Por la alta concurrencia de comensales los fines de semana, su trabajo solo le permite gozar de descanso cualquier día que elija entre lunes y jueves para que cumpla con la sanción impuesta; de lo contrario, lo despedirán.

Al respecto, el artículo 35 del Código Penal, el artículo 122 del Código de Ejecución Penal y el artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 1191 –Decreto Legislativo que regula la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres– indican que la pena limitativa de días libres se ejecuta los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, tiempo en el que el condenado está obligado a participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales.

Frente a esa previsión legal, el mesero tendría serios inconvenientes, ya que únicamente su empleador le permite descansar cualquiera de los 4 primeros días hábiles de la semana (lunes, martes, miércoles o jueves); en cambio, la norma pertinente fija para el cumplimiento de la sanción los feriados, sábados y domingos. ¿Cómo resolver esta disyuntiva?

Hace años, antes del 2016, tomaba este ejemplo para mostrar la aplicación de la analogía *in bonam partem* y lo hacía del siguiente modo:

- **Vacío legal:** como fue mencionado, el Código Penal, el Código de Ejecución Penal y el Decreto Legislativo n.º 1191 nada dicen si la pena de limitación de días libres puede ser cumplida en día hábil.
- **Semejanza (*ratio iuris*):** en nuestra legislación hay 4 tipos de penas –no más–: la pena privativa de libertad, la pena restrictiva de libertad, la pena de días multa y la pena limitativa de derechos. Esta última consiste en la limitación de derechos individuales distintos a la libertad ambulatoria como son derechos de índole económico, laboral, político, familiar, entre otros; a su vez, esta sanción se subdivide en tres clases: la pena de prestación de servicios a la comunidad, la pena de limitación de días libres y la pena de inhabilitación.

A pesar de que el derecho no contempla la ejecución de la pena limitativa de días libres en los días hábiles; conviene traer a colación la regulación de la pena de prestación de servicios de la comunidad que, en el artículo 34 del Código Penal, indica que dicha pena de prestación también debe cumplirse los sábados, domingos o feriados en jornadas de diez horas semanales, pero –y ahí lo interesante– si no puede cumplir esa sanción en esos días, el condenado será autorizado para brindar los servicios a la comunidad en los días hábiles semanales.

Debido a que tanto la pena de limitación de días libres como la pena de prestación de servicios a la comunidad son especies de la pena limitativa de derechos y, por ese motivo, comparten un mismo fundamento general, además de que ambas toman los días libres del condenado para hacerle interiorizar los valores de la sociedad y el respeto a la ley y a los conciudadanos (la primera, mediante la capacitación y campañas de concientización; la segunda, mediante el trabajo), existe una relación de semejanza entre el cumplimiento de una y otra pena que conlleva la necesidad de integrar el derecho a partir del citado artículo 34 y, de esa forma, lograr que, por analogía, sea factible que la pena de limitación de días libres se lleve a cabo los días hábiles de semana, pese a que originalmente no está previsto así.

- **Permisión de la materia:** No hay ninguna oposición por parte del derecho penal al ser una analogía *in bonam partem*.

Después que se emitió el Decreto Supremo n.º 4-2016-JUS –reglamento del Decreto Legislativo n.º 1191–, publicado el 11 de mayo de 2016, lo expuesto ya no sirve como ejemplo de analogía; a causa de que, su artículo 7, es claro en señalar

que, para el cumplimiento de las penas limitativas de derechos, entre ellas la pena limitativa de días libres, el condenado está en la posibilidad de solicitar a la autoridad penitenciaria que la sanción se materialice los días hábiles semanales; esto es, en la actualidad el ordenamiento jurídico penal cuenta con una norma que establece la ejecución de la pena limitativa de días libres para cualquier día de la semana.

El cuestionamiento que surge es: ¿Acaso un dispositivo infralegal está en condiciones de resolver la deficiencia o vacío de normas penales con rango de Ley? ¿No constituiría una antinomia en la jerarquía, donde las leyes de mayor rango no contemplan un hecho que el Decreto Supremo sí lo hace? ¿Dónde queda el principio de legalidad? Opinamos que ese desarrollo del reglamento en nada transgrede al principio de legalidad, ya que con el referido decreto no se está definiendo delitos y penas, sino ampliando el horizonte de proyección en la forma de ejecutar las condenas limitativas de derechos; aun así, si se considerase que el conflicto por jerarquía subsiste, el numeral 11 del artículo 138 de la Constitución Política lo resuelve dotando de validez al artículo 7 del Decreto Supremo n.º 4-2016-JUS por resultar favorable al reo.

Es lógico concluir que, en lo que respecta a la pena limitativa de días libres, se ha logrado cubrir el vacío legal sobre su cumplimiento en días hábiles y eso significa que no hay espacio para la aplicación de la analogía.

7.2 Analogía *in malam partem*

7.2.1 De la ketamina como droga tóxica

El primer párrafo del artículo 296 del Código Penal tipifica el delito de favorecimiento al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante actos de tráfico, lo que supone reprimir, verbigracia, los envíos postales que se hacen desde las agencias de SERPOST con destino al extranjero, en cuyo interior de las encomiendas camuflan marihuana, clorhidrato de cocaína, pasta básica de cocaína, metanfetamina, fentanilo, entre otros. Ahora bien, ¿qué ocurre si al abrir un paquete sospechoso se encuentra ketamina?

El punto de partida de este ejemplo no es todavía la analogía, sino la delimitación interpretativa del elemento objetivo: “droga tóxica”. Efectivamente, el tipo penal no define por sí mismo qué compuestos califican como droga; por ello, su concreción exige remitirnos a normas extrapenales (ley penal en blanco), es decir, a los instrumentos nacionales e internacionales de fiscalización. Dicho de otro modo, antes de hablar de “vacío” o de “ semejanza”, corresponde determinar si la ketamina puede entrar en el significado jurídico de “droga” sin desbordar el tenor literal de la

norma, debido a que la analogía –como técnica de integración– solo se activa cuando la interpretación ya no sirve para resolver el caso.

- **Vacío legal:** Al revisar el artículo 2 y la lista 1 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, advertimos que la ketamina no está comprendida como una droga sujeta a fiscalización; y, además, el propio diseño del régimen internacional fija el universo de sustancias controladas mediante listas cerradas (*numerus clausus*).

Por su parte, en el ámbito interno, el artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1241 señala que la lista de las drogas tóxicas, sean estas estupefacientes o psicotrópicas (conocidas en ocasiones como psicoactivas), figuran en el anexo del Decreto Ley n.º 22095 –Ley de represión del tráfico ilícito de drogas– y en el Decreto Supremo n.º 23-2001-SA –Reglamento de Estupefacientes Psicotrópicos y otras sustancias sujetas a Fiscalización Sanitaria–; las mismas que, tras examinarlas minuciosamente, observamos que tampoco catalogan a la ketamina como una droga tóxica.

En conclusión, la ketamina queda fuera de las sustancias que son entendidas por el ordenamiento jurídico como droga tóxica, entonces a nivel punitivo hay un vacío legal tras agotar la interpretación con base en las normas que regulan la materia.

- **Semejanza (*ratio iuris*):** la ketamina es un anestésico y analgésico de uso veterinario; aunque hay personas que la consumen por sus efectos psicotrópicos, porque altera la función motora (descoordinación), la percepción visual y sonora (alucinaciones) y/o el estado de ánimo (relajación, euforia). Según estudios, la ketamina es adictiva y a la larga produce irreversibles daños cerebrales y cardiovasculares.

Al día de hoy su consumo se está masificando entre los jóvenes, ya que además de ingerirla directamente, puede ser utilizada para elaborar drogas sintéticas como son el tusi y el éxtasis o repotenciar los efectos de la cocaína. Si bien su venta se realiza de forma clandestina, aún es de fácil acceso⁵.

5 Sobre el empleo actual de la ketamina como sustancia recreativa y su comercio clandestino – con mayor incidencia en población adolescente y joven–, se ha señalado que suele ofertarse bajo denominaciones como “speciak k” y puede consumirse en polvo (aspirada o en tabletas), añadida a bebidas o a materiales para fumar, o incluso por vía intramuscular; además, a menudo se combina con otras drogas como el MDMA (éxtasis). Este patrón de uso de vincula con riesgos agudos (por ejemplo, taquicardia, alteraciones de la presión arterial, distorsiones perceptivas y deterioro del juicio y la coordinación) y con daños a largo plazo (por ejemplo, afecciones vesicales/renales, pérdida de memoria e incluso depresión respiratoria), con impacto concomitante en la salud pública. Véase Prado Soriano (2025, pp 131–133).

En ese sentido, por la actual y elevada carga de dañosidad a la salud pública que representa el tráfico de la ketamina, toda vez que causa dependencia física y psíquica en las personas, conectado con el fin de evitar espacios de impunidad. Con ese enfoque, se sostiene que existiría una relación de semejanza entre las razones para castigar el comercio de drogas fiscalizadas y la venta clandestina de ketamina; y que, por tanto, a pesar de que no esté prevista en los listados, debería ser tratada como tal, aplicándose el artículo 296 del Código Penal para procurar su sanción.

- **Permiso de la materia:** en el derecho penal, una vez establecido que la ketamina queda excluida del significado admitido de “droga tóxica”, incorporarla al artículo 296 no es ya una tarea de interpretación, sino de integración por semejanza. Se trata, por tanto, de analogía *in malam partem*, incompatible con el principio de legalidad (*lege stricta*), por ser en perjuicio del investigado o procesado al crearse una regla que reprime penalmente el tráfico de la ketamina.

7.2.2 De la apología a grupos terroristas

El 23 de enero de 2023 la prensa publicó un video donde se observa y escucha al ex militar y político Antauro Humala decir en una reunión con militantes de su agrupación: “*hay que ser realistas, nosotros etnocaceristas somos matemáticos, somos científicos, decimos las cosas como son, lo mejor que ha dado la izquierda desde Pizarro hasta ahorita, como partido político, ha sido Sendero Luminoso y que me graben, ¡carajo! Tenía ideología, liderazgo y martirologio*”. Lo que motivó que la Fiscalía Especializada en Delitos de Terrorismo inicie una investigación en su contra por el delito de apología al terrorismo.

Claro que, a primera vista, la imputación preliminar hecha por el Ministerio Público parece la más acertada, no obstante si revisamos detenidamente la configuración típica de ese delito, caeremos en la cuenta que su aplicación escapa al principio de legalidad.

- **Vacío legal:** el delito de apología al terrorismo, previsto en el artículo 316-A del Código Penal, sanciona a la persona que públicamente exalta, justifica o enaltece al delito de terrorismo (cualquiera de sus tipos) o a la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe de terrorismo.

El caso de Antauro Humala, aunque susceptible de ser reprochado ideológica o moralmente, no se encuadra en las exigencias típicas de tal delito, ya que los objetos de la acción son: el delito de terrorismo o la

persona condenada por terrorismo, y no la agrupación terrorista como tal.

Por lo tanto, la apología que se realice a favor de una organización terrorista no es punible, porque la norma penal no lo contempla de ese modo.

- **Semejanza (*ratio legis*):** la finalidad de la punición del delito de apología al terrorismo no es la de impedir la incitación de nuevas acciones terroristas; sino, radica en evitar que se alabe, fomente y legitime las acciones de los grupos armados contrarias al orden constitucional; sobre todo, porque el terrorismo busca que sus prácticas antidemocráticas sean aceptadas por la sociedad como justas.

Y claro, esas conductas antidemocráticas, si bien son ejecutadas por personas naturales, no podemos negar el aporte significativo que tiene una organización compleja, permanente y verticalizada sobre sus miembros como sucedió con Sendero Luminoso, porque los actos terroristas se cometen a través y en nombre de un grupo que encarna una corriente ideológica, la cual dota de una mayor capacidad agresiva a sus integrantes.

Esto quiere decir que, si atendemos las razones que conllevan la necesidad de castigar la apología al terrorismo, el enaltecimiento o la alabanza a favor de un grupo terrorista debió ser prevista en el mencionado dispositivo penal, porque está dentro de la lógica esencial de punición de la apología al delito de terrorismo en sí o al sujeto que lo cometió o auxilió en la comisión, puesto que de lo que se trata es de hacer frente a los discursos que validan al terrorismo en general.

En suma, por vía de la semejanza, es dable aplicar el delito de apología al terrorismo del artículo 316-A del Código Penal a un hecho no previsto como es la alabanza a una agrupación terrorista.

- **Permisión de la materia:** el razonamiento señalado expande el tipo del artículo 316-A del Código Penal a un objeto material de la acción no previsto que es el de “grupo u organización terrorista”, por eso, al ser *in malam partem*, el uso de esta técnica de integración jurídica queda invalidado.

7.2.3 Del antecedente penal vigente como agravante genérica

En el ejercicio de la profesión he observado requerimientos acusatorios que, en el análisis de la determinación concreta de la sanción, solicitaban la imposición

de pena privativa de libertad ubicada en el tercio superior, porque el acusado “contaba con antecedentes penales”.

El caso es el siguiente: una persona “X” era procesado por el delito de favorecimiento al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante actos de tráfico –tipo base– en el año 2024 y en los registros del Poder Judicial figuraba tener antecedente penal (condena efectiva) por el delito robo que culminó en el 2018.

La fiscalía explicó que aun cuando ese antecedente penal está fuera del alcance de la reincidencia, no olvidemos que la carencia de antecedentes penales es una atenuante genérica y, por ende, contar con antecedentes vigentes por más de cinco años debe ser entendido como una agravante, porque el Estado reprime con más intensidad la proclividad delictiva.

Veremos que lo argumentado encuadra en nuestra conocida fórmula de análisis.

- **Vacío legal:** si bien conforme al literal a) del inciso 1 del artículo 46 del Código Penal, la carencia de antecedentes penales se valora como una circunstancia atenuante; lo contrario, es decir, contar con antecedentes penales, no está contemplado en el listado de circunstancias agravantes genéricas regulado en el inciso 2 del mismo artículo, ni en ninguna otra parte del ordenamiento legal.
- **Semejanza (*ratio iuris*):** para el derecho penal peruano, la existencia de antecedentes penales sí tiene relevancia, porque da pie a la figura de la reincidencia y habitualidad que trae como consecuencia el aumento del marco punitivo en ambos extremos. Empero, la reincidencia o la habitualidad exigen que los antecedentes sean vigentes y que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena anterior, se incurra en uno o tres delitos dolosos en un lapso que no excede de cinco años, respectivamente; salvo, y así lo especifica el cuarto párrafo del artículo 46-B y el segundo párrafo del artículo 46-C del Código Penal, en el delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad agravada, donde se computa también los antecedentes cancelados o que debieron ser cancelados.

De manera que hay una lógica del ordenamiento jurídico de valorar el pasado criminal para incrementar la punición; sobre todo, en los delitos de tráfico de drogas.

En el presente caso es dable pensar que para el delito de favorecimiento al tráfico ilícito de drogas (básico o agravado), en situaciones en las que el antecedente penal está plenamente vigente, empero, las condenas que la originaron superan los cinco años desde su cese; entonces dicho

antecedente, que, por el requisito de la temporalidad, no logra constituir una circunstancia agravante cualificada: reincidencia o habitualidad, debe incidir de todos modos en la cuantificación penal por razones de proclividad delictiva y lo hará, utilizando la analogía *iuris*, bajo la forma de una circunstancia agravante genérica, ya que la carencia de antecedentes penales lo es como atenuante.

- **Permisión de la materia:** La analogía planteada está proscrita en el derecho penal, ya que con ello se eleva el resultado de la pena concreta.

Al fin de cuentas, la petición del Ministerio Público se basaba en una interpretación analógica *iuris* en perjuicio del acusado; lo que debe ser denunciado por el juez o la defensa técnica.

7.3 Analogía *in bonam partem*

7.3.1 *Del movimiento reflejo y el estado de inconsciencia como causales de ausencia de conducta*

A nivel de la dogmática penal, está fuera de discusión que las tres modalidades de falta de acción son: la fuerza física irresistible, el movimiento reflejo y el estado de inconsciencia. Sin embargo, si detenidamente revisamos las leyes pertinentes, notamos que nuestro Código Penal, en el inciso 6 del artículo 20, solo hace mención a la fuerza física irresistible como causal de exención de pena. Entonces, ¿cómo ingresan las otras dos formas de ausencia de conducta?

- **Vacío legal:** luego de buscar en el Derecho, notamos que el movimiento reflejo y el estado de inconsciencia no tienen una base legal como tal que las contengan.
- **Semejanza (*ratio legis*):** la conducta, como concepto pretípico, es todo comportamiento consciente y voluntario. Si faltase alguno de estos dos componentes, nos encontramos ante una ausencia de conducta, por más que emane de un ser humano.

En esa línea, la fuerza física irresistible niega la acción, toda vez que el sujeto está consciente pero no ejerce sus movimientos conforme a su voluntad, sino impelido por una fuerza externa y mayor proveniente de la naturaleza o de un tercero que lo determina (*vis absoluta*), sin que este tenga la mínima posibilidad de oponerse.

En lo concerniente al movimiento reflejo y al estado de inconsciencia, ellos obedecen a un fundamento semejante al de la fuerza física irresistible. En cuanto al primero, la consciencia continúa presente, pero

la voluntad está viciada por una fuerza interna que obliga a reaccionar instintivamente de una manera por cuestiones fisiológicas (*v. gr.* miedo, dolor, picazón, estornudo) o por cuestiones patológicas (*v. gr.* epilepsia). Por su parte, el segundo, como su nombre lo indica, la consciencia de la persona está completamente ausente y, con ello, también su voluntad (*v. gr.* desmayo, sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica).

En síntesis, conviene extrapolar el sentido del inciso 6 del artículo 20 del Código Penal y generar otra norma que abarque al movimiento reflejo y al estado de inconsciencia como eximentes de responsabilidad por ausencia de acción.

- **Permiso de la materia:** la analogía esbozada lo que hace es ampliar el listado de exenciones y por eso es aceptado en el derecho penal de un Estado Constitucional de Derecho.

7.3.2 *De la excusa absolutoria por relación parental en el delito de receptación*

Después de dos años de ahorro, “Miguel” logra comprarse uno de los celulares más caros del mercado: un iPhone 15 Pro Max; dada su emoción, se lo enseña a todos en su casa. Su cuñado “Roberto”, quien vive en el mismo piso y se encontraba ahogado en deudas, sustrae el equipo móvil de la mesa de noche de “Miguel”, mientras él duerme, y lo lleva a la única persona que conoce que le compraría inmediatamente el celular, esto es, el propio hijo de “Miguel”, quien, aun a sabiendas del origen del bien, lo adquiere, ya que se dedica a la venta clandestina de celulares hurtados o robados.

Sobre el particular, es claro que la conducta de “Roberto” se subsume en el tipo del **delito de hurto**, sancionado en el artículo 185 del Código Penal; por otra parte, el hijo de “Mario” cometió el **delito de receptación** regulado en el artículo 194 del Código Penal.

A pesar de ello, la infracción de “Roberto” no podrá ser castigada con ocasión del artículo 208 del Código Penal, puesto que ahí indica que no son reprimibles los **hurtos**, apropiaciones ilícitas, defraudaciones o daños que se causen entre cuñados que viven juntos. ¿Y qué pasa con la conducta del hijo de “Mario”? ¿También está exenta de pena?

- **Vacío legal:** el artículo 208 del Código Penal responde a una excusa absolutoria basada en el vínculo parental (hermanos, ascendientes, descendientes), conyugal o de afinidad (cuñados) entre el autor del delito y la víctima, únicamente cuando se trata de las diversas modalidades de

hurto, apropiación ilícita, defraudaciones o daños; quedando fuera de la lista el **delito de receptación**.

Por tanto, en situaciones donde existe un estrecho vínculo sanguíneo entre el receptor y el poseedor legítimo del bien receptado, se evidencia, en ese extremo, un vacío legal.

- **Semejanza (*ratio legis*):** queda claro que el artículo 208 del Código Penal no ha previsto el delito de receptación cometido entre padre-hijo. No obstante, apreciamos características esenciales comunes que conlleven a aceptar que este tipo de caso se enmarcan en la finalidad que tuvo el legislador al dictar la norma.

Esto se debe a que, por cuestiones de política criminológica, a fin de evitar conflictos y daños mayores en el núcleo familiar, tal excusa absolutoria pretende eximir de responsabilidad penal a los parientes directos (hermanos, padre-hijo, hijo-abuelo, etc.), en lo concerniente a delitos patrimoniales de menor gravedad donde el objeto material del delito son bienes muebles y el autor no se vale de la violencia o amenaza para su ejecución; cumpliendo a cabalidad con esas condiciones el delito de receptación.

Por consiguiente, dicho delito forma parte del espíritu o sentido de la ley que regula la excusa absolutoria en mención.

- **Permiso de la materia:** la analogía comentada sirve para extender la aplicación de la excusa absolutoria de los delitos contra el patrimonio; en consecuencia, está permitida.

8 CONCLUSIÓN

Con miras a constituirse en un sistema colmado, el ordenamiento jurídico se vale de la analogía para llenar los vacíos de la ley tomando una o varias normas jurídicas y extrapolándolas a otros casos no regulados que merecen solucionarse por existir una relación de semejanza (igual *ratio*). Esta técnica de integración jurídica encuentra su fundamento en el principio general: *ubi eadem ratio, idem ius* (a igual razón, igual derecho) y en el ámbito penal, específicamente, la analogía *in bonam partem* es una consecuencia del mandato de *lege stricta* del principio de legalidad. Y si bien en el derecho penal es inadmisibles la analogía *in malam partem*, no podemos decir lo mismo de la interpretación extensiva, la cual está permitida siempre que sirva para generar una interpretación correcta de la ley, salvo que se esté ante expresiones vagas o que algún dispositivo legal expresamente impida interpretarla de esa manera.

De otro lado, afirmamos que hemos cumplido con la finalidad de la investigación que fue la de mostrar, a partir de distintos ejemplos, el uso y sobre todo la importancia de la analogía en cada una de sus variantes: *in bonam partem* e *in malam partem*. Para el primero, destacamos su potencialidad práctica a la hora de dar respuesta a situaciones no contempladas en la ley, pero el aporte que más nos interesa resaltar es el de (creemos) haber vencido el miedo y la duda respecto a cómo aplicar debidamente la analogía en el derecho penal; y, para el segundo, a distinguir en qué momento se está ante un razonamiento analógico prohibido y, de esa forma, evitarlo, puesto que muchas veces son plasmadas por los operadores en sus escritos sin ser conscientes de ello.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, N. (2017). *Teoría general del derecho*. Ara Editores.
- Cano Martínez de Velasco, J. (2012). *La analogía, derecho y lógica*. Bosch.
- Carnelutti, F. (2006). *Teoría general del derecho*. Ara Editores.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (1998, 3 de junio). *Casación n.º 461-97/Lima* [Sentencia, Sala Civil Transitoria]. <https://lpderecho.pe/definicion-analogia-casacion-461-97-lima/>
- Fontán Balestra, C. (1957). *Derecho penal: Introducción y parte general* (3.ª ed.). Abeledo-Perrot.
- García Amado, J. A. (2023). *Teoría del derecho: Una introducción*. Zela Editorial.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho penal: Parte general*. Ideas Solución Editorial.
- Hurtado Pozo, J. (2011). *Manual de derecho penal. Parte general*. Idemsa.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2004). *Derecho penal: Parte general*. Tirant Lo Blanch.
- Muro Rojo, M. (2005). *La Constitución comentada: Análisis artículo por artículo*. Gaceta Jurídica.
- Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho* (2.ª ed.). Astrea.
- Pissinis, G. (1999). Lenguaje. En E. H. Flichman (Ed.), *Las raíces y los frutos: Temas de filosofía de la ciencia* (pp. 229–247). CCC Educando.
- Prado Soriano, J. E. (2025). El dilema de la ketamina como objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas: Un análisis de tipicidad. *Actualidad Penal*, (137), 127–144.

- Ramón Ribas, E. (2014). Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), 111–164.
- Reátegui Sánchez, J. (2024). *Iter criminis y concurso de delitos*. San Bernardo Libros Jurídicos E.I.R.L.
- Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2019). La interpretación extensiva de la ley. *Derecho y Libertades*, 40, 67–108. <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/4ff45bb3-085a-4661-a5dd-7bf3426aabc6/content>.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: Parte general* (Tomo 1). Civitas.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Tomo 5). Fondo Editorial PUCP.
- Sánchez Mercado, M. (2007). *La analogía en el derecho penal*. Grijley.
- Soler, S. (1940). *Derecho penal argentino* (Tomo 1). El Ateneo.
- Suárez, E. (2020). *Introducción al derecho* (3.^a ed.). Ediciones UNL.
- Torres Vásquez, A. (2011). *Introducción al derecho: Teoría general del derecho* (4.^a ed.). Idemsa.
- Tribunal Constitucional del Perú (2025). *Expediente n.º 967-2023-PHC/TC* [Resolución, 8 de enero de 2025]. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/00967-2023-HC.pdf>
- Urquizo Olaechea, J. (2004). *Código Penal comentado* (Tomo 1). Gaceta Jurídica.
- Vescovi, E. (2006). *Introducción al derecho* (21.^a ed.). B de F.