

JUAN PABLO MONTIEL FERNÁNDEZ



FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE LA
ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN EL
DERECHO PENAL

TESIS DOCTORAL

Director de Tesis: Prof. Dr. h.c. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

BARCELONA
2008

ÍNDICE

ÍNDICE.....	3
ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	15
I LA RELEVANCIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A LA ADMISIÓN DE LA ANALOGÍA <i>IN BONAM PARTEM</i>	15
II ACERCA DEL TRÁNSITO DE UNA VISIÓN CLÁSICA DE LA LEGALIDAD A UNA MODERNA.....	17
A Planteamiento de la cuestión.....	17
B El principio de legalidad en la delimitación de las competencias legislativas.....	20
C El principio de legalidad en la delimitación de las competencias judiciales.....	21
III FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.....	23
A Tesis fundamentadoras del principio de legalidad.....	23
B Fundamento político del principio de legalidad: los modelos constitucionalistas y la legitimidad del juez.....	27
1 Introducción.....	27
2 El significado de la legalidad en el Estado constitucional de Derecho clásico.....	27
3 El significado de la legalidad en el Estado neoconstitucional de Derecho radical.....	32
4 Crítica al modelo del Estado constitucional de Derecho clásico y al modelo del Estado neoconstitucionalista de Derecho radical.....	35
C Fundamentos jurídico-penales.....	38
1 La prevención general, el principio de culpabilidad y los restantes fundamentos.....	38
2 Crítica a los anclajes jurídico-penales tradicionales del principio de legalidad.....	40
IV TOMA DE POSTURA: REPLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA TELEOLÓGICA DE LA DOBLE FUNDAMENTACIÓN.....	43
A Planteamiento de la cuestión.....	43
B Fundamento del principio de legalidad referido al Estado de Derecho.....	43
1 Apertura del concepto de legalidad a la combinación de la certeza jurídica y los valores constitucionales.....	43
2 La división de poderes y la legalidad penal.....	45
3 El principio de legalidad y el sistema de fuentes del Derecho penal.....	47
C Fundamento jurídico-penal del principio de legalidad. Aproximación a una interpretación teleológica.....	48
1 Introducción.....	48
2 Fines del Derecho penal.....	49
a El Derecho penal frente a los intereses de la sociedad, la víctima y el delincuente.....	49
b Principales finalidades del Derecho penal: ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos, ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales y reducir el ius puniendi.	51
3 Funcionamiento del principio de legalidad conforme a la fundamentación o exención de responsabilidad penal a partir de una lectura teleológica.....	55
a Criterios distintivos.....	55

ÍNDICE

b	El principio de legalidad en las causas de justificación, las causas de exculpación, las excusas absolutorias y en las atenuantes de responsabilidad penal.	57
i	<i>Planteamiento de la cuestión</i>	58
ii	<i>Alcance del mandato de taxatividad y de la prohibición de la analogía en las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, las excusas absolutorias y las circunstancias atenuantes</i>	59
V	LA ANALOGÍA IN BONAM PARTEM EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL	63
A	El art. 4. 2 CC y el significado de la expresión «leyes penales»	63
B	Interpretación del art. 4.3 del CP y el sistema de eximentes del CP.	64
1	Tesis restrictiva y la «vía de escape» de la atenuante analógica	64
2	Toma de postura: vigencia parcial del art. 4 del C.P. y la inconstitucionalidad del párrafo 3º Entendimiento del sistema de eximentes en el CP	67
a	Planteamiento de la cuestión	67
b	Normas de derechos fundamentales que avalan la inconstitucionalidad	68
c	Criterios jurisprudenciales asumidos por el TC y el TS que avalan la analogía in bonam partem y la práctica actual de los Tribunales	69
d	Rechazo doctrinal al legalismo clásico y las consecuencias de un neoconstitucionalismo moderado	73
i	<i>Introducción</i>	73
ii	<i>Marco histórico de la aparición del artículo 4.3. del CP.</i>	73
iii	<i>¿Qué decisión ha tomado el legislador respecto a la analogía in bonam partem?</i>	77
	LA ANALOGÍA IN BONAM PARTEM EN LA METODOLOGÍA JURÍDICO-PENAL	81
I	LA RELEVANCIA DE LOS ASPECTOS METODOLÓGICOS PARA LA ANALOGÍA IN BONAM PARTEM	81
II	LA ANALOGÍA IN BONAM PARTEM COMO MÉTODO DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO PENAL. 83	
A	Interpretación y aplicación del Derecho penal y la distinción entre casos genéricos y particulares.....	83
B	La integración del Derecho penal y la función de la analogía in bonam partem	86
C	Mecanismos de integración de inconsistencias axiológicas en las eximentes: la analogía in bonam partem y la aplicación de Derecho extrapenal	90
III	LA ANALOGÍA IN BONAM PARTEM COMO MEDIO DE CREACIÓN JUDICIAL DE EXIMENTES.	92
A	El concepto de creación judicial de Derecho y la obtención de nuevas eximentes mediante la analogía.....	92
B	Analogía y arbitrariedad en el Derecho penal: excurso	95
IV	LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PENALES Y EL SIGNIFICADO DEL TENOR LITERAL.	98
A	Estado de la cuestión en la teoría de la interpretación de la ley penal y el rol limitador del tenor literal.....	98
B	Crítica a la doctrina dominante	101
C	El tenor literal y el significado de la norma	103
D	Identificación del significado de la ley penal: funcionamiento de los cánones interpretativos	107
1	La ley penal y sus posibles significados	107
2	La exclusión del método teleológico en la interpretación de la ley penal: excurso	110
E	Interpretaciones óptimas, posibles y absurdas o arbitrarias de la ley penal	111
F	Cambios interpretativos de las leyes penales	113
G	¿Distinción entre analogía, interpretación analógica e interpretación extensiva?	116
H	¿Qué hay más allá del tenor literal?	121
V	¿ES LA ANALOGÍA FUENTE DEL DERECHO?: SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO POR ANALOGÍA Y LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS	124
A	Planteamiento de la cuestión.....	124
B	El material normativo en el razonamiento jurídico por analogía: distinción entre principios y reglas	126
1	Líneas generales de la discusión en la Teoría del Derecho	126
2	Toma de postura en relación a la distinción entre reglas y principios	128
C	Los principios en el Derecho penal.....	130
1	Introducción	130
2	Principios jurídicos implícitos y explícitos: criterios distintivos	131
3	Principios jurídico-penales implícitos	132

a	Las «rationes legis» como principios que fundamentan las reglas jurídicas ...	132
b	Los principios de las instituciones jurídico-penales	134
i	Introducción	134
ii	Noción de institución jurídica	134
iii	Origen de las instituciones jurídicas	135
iv	Instituciones jurídico-penales	135
v	Cometido y estructura de los principios de las instituciones jurídico-penales	137
c	Los principios generales del Derecho penal y los principios generales del Derecho.....	138
d	Contextos de los principios implícitos: origen y reconocimiento de los principios implícitos	142
4	Principios jurídico-penales explícitos: excurso	144
VI	CLASES DE ANALOGÍA: ANALOGÍA <i>LEGIS</i> , ANALOGÍA <i>INSTITUTIONIS</i> Y ANALOGÍA <i>IURIS</i>	145
A	Introducción.....	145
B	Analogía <i>legis</i>	146
1	Existencia de una laguna jurídica	147
a	Clases de lagunas.....	148
b	Lagunas axiológicas y meros desacuerdos valorativos	151
c	Identificación de lagunas jurídicas	153
d	Aproximación a las diversas clases de lagunas y su reconocimiento en la discusión jurídico-penal.....	155
i	Introducción	155
ii	Tipos penales	156
iii	Eximentes de responsabilidad penal: causas de justificación, causas de exculpación y atenuantes.	157
iv	Excusas absolutorias	160
v	La analogía <i>in bonam partem</i> y la definición de analogía del CC	160
e	Excurso: Las denominadas “lagunas de punibilidad” y la remisión a conceptos extrapenales	162
2	Existencia de una ley análoga	164
3	Establecimiento de la identidad de razón	165
4	Creación judicial de eximentes mediante la analogía	167
C	Analogía <i>institutionis</i> y analogía <i>iuris</i>	168
1	Introducción	168
2	Analogía <i>institutionis</i> : concepto	169
3	Analogía <i>iuris</i> : concepto	171
4	Identificación de las normas del sistema y de la presencia de lagunas jurídicas	172
5	Establecimiento de la razón de identidad y analogía de casos genéricos.	174
6	Creación judicial de eximentes mediante la analogía <i>institutionis</i> y <i>iuris</i>	175
7	Conclusión: admisión de la analogía <i>institutionis in bonam partem</i> y exclusión de la analogía <i>iuris in bonam partem</i>	176
VII	NATURALEZA Y ALCANCE NORMATIVO DE LA EXIMENTE O ATENUANTE CREADA POR ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL.....	178
	LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	181
I	PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	181
A	Introducción.....	181
B	Evolución doctrinal del tratamiento de la analogía <i>in bonam partem</i> en las causas de justificación.....	182
1	Aceptación doctrinal de la analogía <i>in bonam partem</i> y las cuestiones problemáticas en cuanto a su legitimidad	182
2	Estado actual de la discusión jurídico-penal	183
C	Fundamentos de la analogía <i>in bonam partem</i> en las causas de justificación	186
II	RECONOCIMIENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE SUPRALEGAL POR EL RG Y EL SIGNIFICADO DE LAS CAUSAS SUPRALEGALES DE JUSTIFICACIÓN	188
A	Situación legal de las causas de justificación anterior al StGB de 1975	188

ÍNDICE

B	La aparición del estado de necesidad justificante supralegal en la jurisprudencia del RG 191	
C	El sentido originario de la expresión «causas supralegales de justificación» y los sentidos reconocidos en la doctrina actual	195
D	Las causas supralegales de justificación como producto de la analogía <i>institutionis in bonam partem</i>	196
1	Naturaleza del principio que fundamenta la creación de las causas supralegales de justificación y el “ <i>principio del interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal</i> ”	196
2	El principio de la realización de un interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal y la creación de las causas supralegales de justificación mediante la analogía <i>institutionis in bonam partem</i>	200
III	ANALOGÍA <i>IN BONAM PARTEM</i> Y DEBERES DE TOLERANCIA: MODELOS TEÓRICOS QUE BUSCAN LA ARMONIZACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	201
A	Introducción.....	201
B	La creación judicial de deberes de tolerancia como ampliaciones indirectas de la punibilidad, inofensivas para el principio de legalidad (doctrina dominante).....	201
C	Las causas de justificación creadas por analogía como causas auténticas de exclusión del injusto penal (Günther)	203
D	Solución del doble recurso a la analogía <i>in bonam partem</i> (Kudlich)	206
E	Toma de postura.....	207
1	Crítica a las tesis anteriores	207
2	Las causas de justificación como habilitaciones sin deberes correlativos	211
a	Estado de la cuestión: las causas de justificación como derechos subjetivos	211
b	Fundamentación autónoma de los deberes de tolerancia y las causas de justificación como “habilitaciones jurídicas”	213
3	Consecuencias de la naturaleza de las causas de justificación en relación a la analogía <i>in bonam partem</i>	218
IV	RECONOCIMIENTO DE LAGUNAS AXIOLÓGICAS EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	220
A	Identificación e integración de lagunas axiológicas en las causas de justificación	221
B	¿Constituye alguna de las causas de justificación reconocidas en el CP una cláusula general de justificación que excluya el recurso a la analogía <i>in bonam partem</i> ?	222
V	APLICACIÓN DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EXTRAPENALES: ¿INTEGRACIÓN DEL DERECHO PENAL O APLICACIÓN DE NORMAS QUE CONFORMAN EL SISTEMA ORIGINARIO DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN?	226
A	Introducción.....	226
B	Aplicabilidad inmediata vs. Aplicabilidad mediata de las causas de justificación extrapenales	227
C	La unidad del ordenamiento jurídico como mera aspiración racionalista	231
D	Las equivocaciones legislativas y el carácter fragmentario del Derecho penal como razones de la irrealización práctica del dogma de la unidad del ordenamiento jurídico	232
E	La integración del Derecho penal mediante la aplicación de causas de justificación extrapenales y no mediante la analogía <i>in bonam partem</i>	235
VI	¿ANALOGÍA <i>IURIS IN BONAM PARTEM</i> EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN?.....	236
	LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD	239
I	PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	239
A	Introducción.....	239
B	Aceptación doctrinal de la analogía <i>in bonam partem</i> y las cuestiones problemáticas en cuanto a su legitimidad	240
II	FUNDAMENTOS DE LA ADMISIÓN DE LA ANALOGÍA <i>IN BONAM PARTEM</i> EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD	243
III	INEXIGIBILIDAD, PRINCIPIOS INSTITUCIONALES DE LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD Y ANALOGÍA <i>IN BONAM PARTEM</i>	246
A	Introducción.....	246
B	Desenvolvimiento histórico del principio de inexigibilidad en la doctrina alemana y su carácter de causa genérica de exculpación supralegal.....	247
C	Naturaleza del principio de inexigibilidad	252
D	El principio de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria y su especial papel en la analogía <i>institutionis in bonam partem</i>	255

IV	LA ANALOGÍA <i>IN BONAM PARTEM</i> EN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.....	256
A	¿Es necesario reconocer causas supralegales de inimputabilidad?.....	256
B	La analogía <i>in bonam partem</i> y el error de prohibición.....	258
1	Introducción.....	258
2	Reconstrucción supralegal del error de prohibición en el Derecho alemán.....	259
a	Situación legal y jurisprudencial del error de prohibición	259
b	Aparición del error de prohibición mediante la analogía <i>in bonam partem</i>.....	260
3	Reconstrucción supralegal del error de prohibición en el Derecho italiano.....	262
a	Situación legal y jurisprudencial del error de prohibición	262
b	Aparición del error de prohibición mediante la analogía <i>in bonam partem</i>.....	264
4	Reconstrucción supralegal del error de prohibición en el Derecho español.....	265
a	Situación legal, jurisprudencial y doctrinal previa al reconocimiento legal del error de prohibición	265
b	El papel de la analogía <i>in bonam partem</i> en el reconocimiento del error de prohibición.....	267
V	CAUSAS SUPRALEGALES DE EXCULPACIÓN CREADAS POR ANALOGÍA <i>IN BONAM PARTEM</i>	269
A	Lagunas axiológicas en el sistema de causas de exculpación y sus modos de integración.....	269
B	Situaciones análogas al estado de necesidad exculpante: la comunidad de peligro exculpante.....	272
1	El ámbito de la comunidad de peligro exculpante.....	272
2	Exculpación supralegal de los médicos ejecutores de la Orden de eutanasia de 1939 por el <i>Obersten Gerichtshof für die britische Zone</i>	274
a	Hechos y argumentos de la sentencia del <i>Obersten Gerichtshof für die britische Zone</i>	274
b	Análisis doctrinal de la sentencia.....	276
3	Exculpación supralegal del derribo de aviones frente a supuestos de ataques terroristas.....	278
C	La analogía <i>legis in bonam partem</i> como mecanismo de exculpación de las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante.....	280
VI	LÍMITES A LA ANALOGÍA <i>IN BONAM PARTEM</i> EN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD.....	281
A	Planteamiento.....	281
B	Límites a la analogía <i>in bonam partem</i> en las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante.....	281
C	¿Creación de causas de exculpación mediante la analogía <i>iuris in bonam partem</i> ?	284
	LA ANALOGÍA EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	287
I	INTRODUCCIÓN.....	287
II	SUPUESTOS EN LOS QUE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA HAN ADMITIDO EXCUSAS ABSOLUTORIAS SUPRALEGALES.....	290
A	Situaciones análogas en la excusa absolutoria por parentesco en los delitos patrimoniales no violentos. Las relaciones análogas al matrimonio y el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2005.....	290
B	Sentencia del OGH sobre los médicos nazis y el reconocimiento de la causa personal de exclusión de pena supralegal: excurso.....	292
C	El desistimiento en los actos preparatorios punibles.....	293
III	FUNDAMENTOS DE LA EXCLUSIÓN DE LA ANALOGÍA <i>IN BONAM PARTEM</i> EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	295
A	Introducción.....	295
B	El carácter excepcional de las excusas absolutorias frente a las exigencias del principio de legalidad y sus similitudes con los tipos penales.....	295
C	Inexistencia de lagunas axiológicas en las excusas absolutorias.....	300
D	La imposibilidad de recurrir a la analogía <i>in bonam partem</i> en las excusas absolutorias.....	301
	LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.....	304
I	INTRODUCCIÓN.....	304
II	LEGITIMACIÓN Y PRACTICABILIDAD DE LA CREACIÓN JUDICIAL DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES MEDIANTE LA ANALOGÍA.....	305
III	TRATAMIENTO DE LA ATENUANTE ANALÓGICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS.....	308

ÍNDICE

A	“Análoga significación”: de la similitud morfológica a la semejanza de sentido intrínseco.....	309
B	“Análoga significación que las anteriores”: de la circunscripción a una circunstancia específica del art. 21 CP a los fundamentos de las atenuantes y las restantes atenuantes del CP.....	311
C	Conclusión y toma de postura sobre la interpretación óptima de la atenuante de análoga significación.....	313
IV	¿SUPONE LA APLICACIÓN DE LA ATENUANTE ANALÓGICA UN CASO DE ANALOGÍA <i>IN BONAM PARTEM</i> ?.....	314
A	Introducción.....	314
B	Casos genéricos regulados por la atenuante analógica.....	315
C	¿Se acude a la analogía <i>in bonam partem</i> cuando se comparan circunstancias atenuantes?..	317
D	¿Qué clase de laguna podría afectar al art. 21 6º CP?	318
V	CREACIÓN DE ATENUANTES MEDIANTE LA ANALOGÍA <i>IN BONAM PARTEM</i>	320
A	Planteamiento de la cuestión.....	320
B	Creación de atenuantes mediante la analogía <i>legis in bonam partem</i>	320
C	Creación de atenuantes mediante la analogía <i>institutionis in bonam partem</i>	322
D	¿Creación de atenuantes mediante la analogía <i>iuris in bonam partem</i> ?.....	325
CONCLUSIONES		327
BIBLIOGRAFÍA.....		331

ABREVIATURAS

A.A. V. V	Autores varios
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
ARSP	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i>
art.	Artículo
AT	<i>Allgemeiner Teil</i> (Parte general)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo alemán)
BtMG	<i>Betäubungsmittelgesetz</i> (Ley alemana de estupefacientes)
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional alemán)
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (Sentencias del Tribunal Constitucional alemán)
CC	Código civil español
CC it.	Código civil italiano
CE	Constitución española
CP	Código penal español
CP it.	Código penal italiano
ed.	Edición
Fs	Festschrift (Libro homenaje)
GA	<i>Goldammer Archiv</i>
GG	<i>Grundgesetz</i> (Constitución alemana)
Gs	<i>Gedächtnisschrift</i> (Libro en memoria)
Hm.	Libro homenaje
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
JR	<i>Juristische Rundschau</i>
JuS	<i>Juristische Schulung</i>
JW	<i>Juristische Wochenschrift</i>
JZ	<i>Juristen Zeitung</i>
LK	<i>Leipziger Kommentar</i>
LuftSiG	<i>Luftverkehrsgesetz</i> (Ley de seguridad aérea alemana)
MdR	<i>Monatsschrift für deutsches Recht</i>
MüKo	<i>Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch</i>
NK	<i>Nomos Kommentar</i>
n. m./nn. mm.	Nota marginal/Notas marginales
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
PE	Poder Ejecutivo
PG	Parte general
PE	Parte especial
PJ	Poder Judicial
PL	Poder Legislativo
p./pp.	Página(s)
REDC	Revista española de Derecho constitucional.
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RG	<i>Reichsgericht</i> (Tribunal del Imperio)
RStGB	<i>Reichsstrafgesetzbuch</i> (Código penal del Reich)
RGSt.	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen</i> (Sentencias del Tribunal del Imperio en materia penal)

JUAN PABLO MONTIEL FERNÁNDEZ

s./ss.	siguiente/siguientes
SCCos	<i>Sentenza Corte costituzionale della Repubblica italiana</i>
<i>Schönke/Schroder</i>	SCHÖNKE/SCHRÖDER, <i>Strafgesetzbuch Kommentar</i>
<i>SJZ</i>	<i>Süddeutsche Juristen-Zeitung</i>
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código penal alemán)
StPO	<i>Strafprozessordnung</i> (Ordenanza procesal-penal alemana)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional español
TS	Tribunal Supremo español
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>
§ / §§	Parágrafo(s)

INTRODUCCIÓN

Todo paso dado hacia una propedéutica del estudio sistemático de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal presenta desde el inicio un panorama francamente desolado. Aun cuando abundan en la discusión doctrinal referencias a la posibilidad de crear en determinados casos nuevas eximentes por analogía e incluso cuando los tribunales, en no pocas oportunidades, han creado eximentes y atenuantes supralegales, la carencia de un sistema conceptual que explique estos fenómenos lleva a tratamientos insuficientes del tema.

La analogía *in bonam partem* es un tema que ha despertado especial interés en la dogmática jurídico-penal, especialmente a partir de los años 20' del siglo pasado. En aquel momento surgen fuertes reproches al legislador y a la exigüidad con la que había diseñado el sistema de causas de justificación. Los problemas político-criminales que se derivaban del castigo de conductas que, según la valoración de la comunidad jurídica, debían quedar justificadas, despertó una intensa discusión doctrinal en torno a la posibilidad de reconocer un estado de necesidad justificante supralegal. Finalmente, esta visión fue acogida por el RG, lo cual generó en definitiva la proliferación de escritos doctrinales.

Algunos años después estos planteamientos tomaron fuerza respecto a las causas de exculpación, principalmente a partir de la consolidación del concepto normativo de culpabilidad y de la idea de inexigibilidad. En este último terreno exponía la corriente dominante de la época su opinión favorable a reconocer judicialmente nuevas causas que excluyen la culpabilidad, distintas de las recogidas legalmente. Al igual que en las causas de justificación, se consideraba que el sistema de causas de exculpación no debía verse como un todo cerrado.

Modernamente la discusión en relación a la analogía *in bonam partem* recobró fuerza especialmente a partir de los avances que se fueron produciendo en el sistema de causas de justificación. Se observaron los problemas que presentaba su recurso en relación a los derechos de defensa. Precisamente, los debates se centraron en el modo en que podía ser solucionada la encrucijada derivada de la generación de deberes de tolerancia a partir de la analogía *in bonam partem*. El núcleo del planteamiento estaría en que gracias a la analogía *in bonam partem* terminaban viéndose restringidos los derechos de defensa por vía judicial, esto es, por analogía *in malam partem*.

Más allá de que estas referencias constatan la existencia de una fecunda literatura sobre la analogía *in bonam partem*, no debe dejar de enfatizarse que en la gran mayoría de los casos se llega a explicaciones sumamente discutibles y abiertamente inconsistentes. A mi modo de ver, el principal problema se encuentra en que ninguna de las aproximaciones a estas cuestiones ha contado con un soporte teórico general sobre la analogía *in bonam partem*, que minimice las contradicciones y gane en precisión conceptual. Puede decirse, sin temor a exagerar, que gran parte de las soluciones ofrecidas para resolver casos en los que se ve envuelta la analogía *in bonam partem* se han servido de criterios *ad-hoc*.

En concreto, me animaría a decir que ninguna de las aproximaciones al tema ha contado con un concepto del principio de legalidad lo suficientemente sofisticado, del mismo modo que se ha carecido de un método jurídico-penal que ofreciera herramientas adecuadas para analizar los conceptos de analogía, interpretación, etc. Esto último es algo que parece ser hasta cierto punto paradójico en una Ciencia del Derecho penal que ha alcanzado un estado tal de desarrollo que incluso

se le ha llegado a reprochar una excesiva problematización de cuestiones atinentes al núcleo de esta disciplina¹.

Pese a la indudable importancia del principio de legalidad en el Derecho penal, se echa en falta una teorización general que tenga en cuenta el significado jurídico-político de la legalidad en el actual diseño institucional. Igualmente, las pretendidas interpretaciones del principio de legalidad, orientadas a los fines del Derecho penal, han sido insuficientes para explicar la aglomeración de problemas que involucra al principio de legalidad en relación a los tipos penales y a las eximentes. Todo ello lleva a que no pueda ocultarse la sensación de sorpresa, cuando se constata la abundancia de obras y referencias doctrinales que analizan el principio de legalidad, aunque sin hacerlo con la profundidad deseada².

Igualmente preocupante es la carencia de un método jurídico sofisticado que permita explicar convincentemente el rol que le cabe a la analogía en la actividad judicial. La fuerte influencia que ha tenido la *hermenéutica jurídica* en la mayoría de las aproximaciones al tema, no ha aportado la claridad deseada, dejando muchas veces la solución de problemas cardinales librada al empleo de fórmulas vacías de contenido, con reducida claridad y nula capacidad analítica. Las respuestas a preguntas como *¿qué normas configuran el sistema jurídico-penal que el juez está obligado a aplicar?, ¿qué se entiende por el tenor literal?, ¿qué es la analogía y qué rol tiene en la actividad judicial?, ¿qué significa que el juez penal crea Derecho?* se pierden en una nebulosa de palabras vacías y grandilocuentes. Desde esta perspectiva, asumo con pleno convencimiento que la *hermenéutica* ofrece en nuestros días un aparato conceptual obsoleto. Sirva simplemente la comparación con los grandes avances y las clarificaciones procedentes de la filosofía analítica en el campo del método jurídico.

La presente obra aspira a abordar sistemáticamente la analogía *in bonam partem*, partiendo de un determinado modelo de legalidad y de una determinada visión del método jurídico-penal. Las soluciones que se acerquen a los diferentes problemas que aparecen cuando se recurre a la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación, causas de exclusión de la culpabilidad, excusas absolutorias y las atenuantes estarán derivadas del aparato conceptual defendido. A partir de aquí, será posible observar las implicaciones que tiene una determinada interpretación del principio de legalidad y del método jurídico-penal para admitir limitadamente la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal.

Lo anterior sirve para explicar que el objetivo principal que persigue la obra no es el de ofrecer solución a todas y cada una de las cuestiones que se plantean con la analogía *in bonam partem* en cada institución del Derecho penal. El presente trabajo aspira principalmente a desarrollar una teoría general de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal y explicar de qué modo debería funcionar este mecanismo de integración del Derecho en algunas instituciones jurídico-penales. En concreto, los análisis se concentran en el papel de la analogía en las causas de justificación, en las causas de exclusión de la culpabilidad, en las excusas absolutorias y en las atenuantes.

En cada uno de estos apartados primarán las reflexiones sobre el papel general que tiene la analogía *in bonam partem* en estas instituciones. Ello no implica omitir pronunciamientos concretos en relación a si un caso específico puede o no ser excluido de castigo mediante el Derecho judicial. Por ejemplo, en relación a la analogía en las causas de exclusión de la culpabilidad no sólo abordaré cómo debe funcionar en general la analogía *in bonam partem*. También analizaré si deberían o no ser exculpados por analogía *in bonam partem* los agentes de seguridad que eventualmente hubiesen disparado contra los aviones que se estrellaron contra el World Trade Center el 11 de septiembre de 2001, a los fines de evitar la muerte de un mayor número de personas.

En definitiva, la tesis se estructurará en dos grandes partes. En la primera de ellas se sientan las bases generales de los fundamentos y límites de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal. Dentro de esta primera parte se asume un determinado concepto de legalidad y una determinada visión del método jurídico-penal. Mientras que en la segunda parte se proyectan las consideraciones

¹ Reflexionando sobre esta cuestión (en concreto, sobre su sistematicidad), SILVA SÁNCHEZ, en *El sistema integral*, pp. 15 y ss.

² Cfr. MADRID CONESA, *La legalidad*, p. 2. Valgan si no las palabras de NAUCKE, en *La insostenible*, que nos llaman a la reflexión, "Los grandes manuales de Derecho penal, que tendrían motivo y espacio suficiente como para exponer planteamientos personales y vigorosos sobre el mismo, se limitan a una escueta consideración sobre el alcance del artículo 103. II GG. El tenor literal de las consideraciones es el siguiente: el principio de legalidad penal no es un problema central del Derecho penal" (p. 531), "[e]xisten en la doctrina extensas obras sobre el principio de legalidad penal, y sin embargo ninguna aborda el problema real del «principio de legalidad penal»; antes bien muestran un panorama aséptico de la bibliografía —por supuesto siempre con muestras de escepticismo ante las demandas de un principio de legalidad penal no comprometido" (p. 533).

INTRODUCCIÓN

alcanzadas en la primera respecto a las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, las excusas absolutorias y las atenuantes.

El primer capítulo de esta primera parte tendrá como tema central al principio de legalidad y se analizarán sus fundamentos a partir de una raíz jurídico-política y otra jurídico-penal. Especialmente esta dimensión jurídico-penal permitirá dotar de una perspectiva teleológica a este principio. Principalmente se insistirá en la proyección de las exigencias derivadas de la legalidad en las eximentes y atenuantes de responsabilidad penal.

En el segundo capítulo se abordan aspectos cardinales vinculados al método jurídico-penal. En concreto, se adopta un determinado concepto de analogía y, a este respecto, se asume un sentido estricto del término, reduciendo su papel al campo de la integración del Derecho penal. En este marco se analizarán con detalle las distintas clases de la analogía *in bonam partem* que pueden encontrarse (analogía *legis in bonam partem*, analogía *institutionis in bonam partem* y la analogía *iuris in bonam partem*). Desde luego que en esta temática se ven implicadas otras cuestiones de suma importancia como el concepto de laguna jurídica, de creación judicial del Derecho, etc.

En el capítulo tercero se analiza el papel de la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación. Al respecto, tiene una gran importancia estudiar el marco histórico y jurídico en el que aparece en la doctrina del RG el estado de necesidad justificante suprallegal. Igualmente, ocupa un lugar relevante en este capítulo una propuesta de solución al problema que se presenta cuando, de la creación de una causa de justificación por analogía, se produce la restricción de las posibilidades de defensa, al generarse judicialmente deberes de tolerancia.

El capítulo cuarto está destinado a la analogía en las causas de exclusión de la culpabilidad y en él se vierte una serie de consideraciones de suma importancia para poder establecer los límites con los que debe operar la analogía *in bonam partem* en este terreno. En este sentido, se delimita conceptualmente la *comunidad de peligro*, la cual, como situación análoga al estado de necesidad exculpante, merecería la exculpación suprallegal. Además se estudia la evolución histórica que se ha producido en las legislaciones italiana, alemana y española sobre el error de prohibición y el rol que ha desempeñado la analogía en este terreno.

El papel de la analogía *in bonam partem* en las excusas absolutorias es analizado en el quinto capítulo. Si bien en este apartado de la tesis se pone énfasis en la negación de la posibilidad de acudir a la analogía *in bonam partem* en las excusas absolutorias, expongo la opinión doctrinal en relación a supuestos en los que se ha aceptado sin embargo la analogía. En cualquier caso, el núcleo del capítulo estará en los argumentos favorables a mantener la prohibición de analogía en las excusas absolutorias.

Finalmente, el sexto capítulo se destina a analizar la analogía *in bonam partem* en las atenuantes de pena. Como es de suponer, ocupará un lugar destacado el estudio doctrinal y jurisprudencial de la atenuante de análoga significación. En este sentido, la jurisprudencia del TS al respecto arroja una serie de cuestiones de gran interés que aportan visiones interesantes de caras a la analogía. Pero también tendrá un destacado valor atender a la posibilidad de extender por analogía las circunstancias atenuantes previstas en la Parte especial.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I LA RELEVANCIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A LA ADMISIÓN DE LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM*

La pregunta sobre los casos en los que la analogía *in bonam partem* debe ser admitida en el Derecho penal, está vinculada, en el fondo, con la legitimidad del juez penal para crear Derecho. Precisamente, si se entiende que la analogía *in bonam partem* debe ser admitida limitadamente en el Derecho penal, ello presupone que las eximentes y las circunstancias atenuantes sólo pueden aparecer mediante una labor pretoriana del juez que se circunscriba dentro de ciertos límites. Desde esta perspectiva, es perfectamente entendible que los fundamentos y los límites de la analogía favorable al reo aparezcan vinculados inicialmente con una cuestión de pura *legitimación*.

Para saber cuáles son las competencias que puede ostentar *legítimamente* el juez en el Derecho penal debe necesariamente tomarse como punto de apoyo al principio de legalidad. En lo esencial, el principio de legalidad supone una meta-regla fundamental del sistema jurídico-penal que deslinda las competencias de los poderes públicos (Poder ejecutivo, Poder legislativo y Poder judicial). A partir de las derivaciones de la legalidad sabremos en qué ámbitos está legitimado para intervenir cada uno de estos tres poderes.

Parece inferirse, por consiguiente, que la interpretación que se haga del principio de legalidad condicionará de modo decisivo los ámbitos en los cuales el juez podrá beneficiar al reo creando Derecho por la vía de la analogía. Según la interpretación que se haga del principio de legalidad, se estará en condiciones de establecer si la analogía *in bonam partem* puede admitirse en Derecho penal. En caso de ser ello posible —y de hecho, así se defenderá en la tesis—, la legalidad desempeñará un rol fundamental para determinar si la analogía favorable al reo debe ser admitida con o sin límites¹.

Cabría entonces sugerir tres posibles interpretaciones del principio de legalidad. Estas tres perspectivas interpretativas atienden al modo en el que operaría el principio de legalidad en la fundamentación y agravación de la responsabilidad penal, aunque también en el ámbito de la atenuación o exclusión de la pena. En lo esencial, lo que marca la diferencia entre las tres interpretaciones es el alcance de las prohibiciones y mandatos del principio de legalidad en las eximentes y atenuantes de responsabilidad penal.

Desde una primera perspectiva, podría comprenderse que la legalidad rige homogéneamente en todo el Derecho penal. Ello significaría que su finalidad iría mucho más allá de la necesidad de restringir el *ius puniendi* y hacer previsibles las reacciones estatales. En verdad, la legalidad aseguraría la sujeción absoluta de todos los órganos del gobierno a la ley. En consecuencia de ello, las exigencias de taxatividad, irretroactividad, de reserva de ley y la prohibición de analogía, se proyectarían tanto en los tipos penales y en las agravantes, como así también en relación a las eximentes y atenuantes de responsabilidad penal.

Según esta primera opción interpretativa, la analogía *in bonam partem* estaría vedada en el Derecho penal. De este modo, el juez carecería de legitimidad para crear Derecho penal, incluso cuando mediante ello se reduciría el ámbito de lo punible y, con ello, se salvaguardaría la libertad individual. El juez estaría solamente habilitado a interpretar y a aplicar las causas de justificación,

¹ A favor de esta tesis, LK'/GRIBBOHM, § 1, n.m. 77.

causas de exculpación, atenuantes y excusas absolutorias que haya puesto el legislador en las leyes penales.

Una segunda posibilidad es la de interpretar que el principio de legalidad procura consolidarse como una garantía del ciudadano y por esta razón operaría solamente a los efectos de reducir el poder punitivo. Vistas así las cosas, parecería comprensible que el principio de legalidad solamente limite su vigencia al ámbito de los tipos y las causas de agravación de pena. Ni el mandato de taxatividad y de irretroactividad de la ley penal más benigna, ni la prohibición de analogía alcanzarían el terreno de las eximentes y atenuantes^{2/3}. Dado que la legalidad sólo tendría como finalidad proteger a la ciudadanía frente a injerencias del Estado en el campo de la libertad individual, con las eximentes se produce precisamente una retirada del *ius puniendi* y, en consecuencia, no sería éste un ámbito atinente al principio de legalidad⁴.

Esta segunda opción ofrece desde luego un panorama completamente diferente para la analogía *in bonam partem*. Aquí el juez contaría con una amplia legitimidad para ampliar el catálogo de causas de justificación, de exculpación o de atenuación y las excusas absolutorias. Es más, su actividad no contaría con límites derivados de la legalidad que impedirían al juez penal crear por analogía nuevas eximentes. En otras palabras, la interpretación ofrecería un modelo en el que sería posible fundamentar la analogía *in bonam partem* y habilitaría al juez a operar con este medio de integración del Derecho penal sin límite alguno.⁵

Una tercera posibilidad —que es, por cierto, por la que pienso inclinarme a lo largo de la obra—, es la de interpretar el principio de legalidad a los ojos de la verdadera relevancia que posee la ley para el Derecho penal como su fuente por excelencia. Si se piensa que la legalidad es algo más que la simple protección de la ciudadanía frente al poder de castigar y se la interpreta también como una cristalización de un Estado democrático de Derecho, la legalidad abarcaría tanto a la dimensión jurídica que grava las órbitas de libertad individual como las que tienden a ampliarlas o a asegurarlas. De ahí que la vigencia del principio de legalidad se extienda hacia la fundamentación y agravación de la responsabilidad penal, como también hacia la exclusión o la atenuación de ella⁶. Por esta razón, la legalidad no sería, en realidad, un fenómeno que solamente incumbe al Derecho penal, sino que sería una manifestación característica del Estado constitucional y que habría de ser seguida por todas las ramas del Derecho⁷.

No obstante, la rigidez que caracterizaría la legalidad debería adecuarse a los fines concretos de cada parcela jurídica. Así, sería conveniente que la explicación de los fundamentos de la legalidad tuviese presente también los fines del Derecho penal. Ello daría lugar a la posibilidad de morigerar las exigencias derivadas del principio de legalidad cuando se trata de atenuar o excluir la responsabilidad penal⁸. Además, la inclusión de esta dimensión teleológica del Derecho penal contribuiría a fundamentar una vigencia atenuada de la legalidad en las eximentes y atenuantes, pero adecuada a la naturaleza de cada una de estas instituciones jurídico-penales⁹. Ello implicaría que las exigencias derivadas del principio de legalidad variarían según estemos frente a causas de justificación, causas de exculpación, excusas absolutorias o circunstancias atenuantes.

Esta tercera concepción del principio de legalidad flexibilizaría significativamente la prohibición de analogía y por esta razón sería legítimo que el juez creara Derecho mediante la analogía *in bonam partem*. Igualmente, este modelo permite fundamentar el empleo restringido de la analogía y legítima al juez a introducir en el sistema jurídico-penal una nueva norma sólo en casos excepcionales.

² En este sentido, JAKOBS, *AT²*, Ap. 4, n.m. 33, p. 82. Parecería ser ésta la tesis que subyace al pensamiento de DANNECKER, en *OTTO-FS*, p. 40.

³ Expresamente en contra de esta tesis, HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 320.

⁴ *Schönke/Schröder²⁷-ESER*, § 1, n.m. 7. Sería de esta opinión en España, ARROYO ZAPATERO, en *REDC (1983)* 8, pp. 18 y ss.

⁵ Según LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense (1983)* 69, p. 33, sería ésta la postura que se impone en los Países Bajos.

⁶ Próximo a ello, ERB, en *ZStW (1996)* 108, pp. 272 y ss.

⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 379.

⁸ Próximo a ello, CREUS, *PG³*, § 64, p. 62, aunque entiende que el principio de legalidad regiría tan sólo en los tipos y en las excusas absolutorias, mientras que en las causas de justificación y de exculpación el principio de legalidad directamente no regiría.

⁹ Exponiendo diversos criterios de graduación del principio de legalidad (según los elementos de la norma penal, la gravedad de la sanción, la conexión entre conducta prohibida y el ejercicio de la libertad de expresión, y según los destinatarios de la norma), cfr. FERRERES COMELLA, *El principio*, pp. 91 y ss.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Entiendo que este tercer modelo ofrece una mejor reconstrucción interpretativa del principio de legalidad y aporta el marco teórico más adecuado para explicar algunas regulaciones concretas que aparecen en los Códigos penales. Por ejemplo, si se atiende a la regulación de la prohibición de retroactividad, se observa que aun en casos de favorecerse al reo, este beneficio debe verse restringido¹⁰. Llevado ello al terreno de la analogía *in bonam partem*, parecería lógico aceptar su recurso en el Derecho penal aunque sujeta a ciertos límites¹¹.

II ACERCA DEL TRÁNSITO DE UNA VISIÓN CLÁSICA DE LA LEGALIDAD A UNA MODERNA

A PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Es común entender que se desprenden del principio de legalidad cuatro mandatos destinados a regir la actividad del legislador y del juez. Entienden de modo unánime la doctrina y la jurisprudencia que el principio de legalidad está comprendido por los mandatos de *lex certa*, *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*¹². El primero de estos postulados obliga al legislador a redactar los tipos penales de modo preciso y claro, haciendo diáfano el mensaje de la norma a sus destinatarios, para que éstos puedan motivarse a partir de ella para no cometer delitos¹³. El mandato de *lex praevia* exige que solamente pueda castigarse un hecho que, con anterioridad a su comisión, era declarado punible por una ley¹⁴; de modo que regiría el ámbito temporal de la ley penal. En cambio, el mandato de *lex scripta* ordena que solamente la ley pueda ser fuente jurídica para fundamentar o agravar el castigo, excluyendo toda posibilidad de acudir al derecho consuetudinario o a la jurisprudencia¹⁵.

El mandato de *lex stricta*, como bien es sabido por todos, se traduce en la prohibición de la analogía. El principio de legalidad exige al juez castigar solamente aquellos hechos expresamente prohibidos por la ley y veda cualquier posibilidad de extender el castigo a casos no previstos por los tipos penales aunque análogos a los recogidos en ellos. Por esta razón se entiende que el mandato de *lex stricta* proscribiera el uso de la analogía *in malam partem*¹⁶. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia se

¹⁰ Sirve tener presente la limitación a la retroactividad de la ley más benigna que establece el art. 2. 2 CP en relación a las leyes temporales. Analizando la discusión sobre la retroactividad de la ley penal más benigna en relación a las leyes temporales y precisando la extensión del concepto “temporal”, cfr. SILVA SÁNCHEZ, en *Revista Jurídica de Catalunya (1994)* 1, pp. 97 y ss.

¹¹ Opinando expresamente que la analogía *in bonam partem* debería admitirse de modo limitado, MAURACH/ZIPF, *AT*⁸, I, § 9, n.m. 9, p. 112.

¹² ROXIN, *AT*⁴, I, § 5, n.m. 12, pp. 142-143; JAKOBS, *AT*², Ap. 4, n.m. 10, p. 72; MüKo-SCHMITZ, § 1, n.m. 23; LANGER, en *DÜNNEBIER-FS*, p. 431; KREY, *AT*², § 3, n.m. 55, p. 22; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, pp. 135-139; Schönke/Schröder²⁷-ESER, § 1, n.m. 6; JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 128; HASSEMER, en *Persona y Derecho (1996)* 35, p. 150; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*³, p. 72; FALCÓN Y TELLA, *El argumento*, pp. 195-196; MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 16, pp. 118-117; CASTIÑEIRA PALOU, en *Terminología y derecho: complejidad de la comunicación multilingüística*, p. 71; BACIGALUPO, *El principio*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, pp. 44-45; EL MISMO, en *Anuario de Derechos Humanos (1983)* 2, p. 14; WESSELS/BEULKE, *AT*⁴, § 2, n.m. 48, p. 12; YACOBucci, *El sentido*, pp. 256-257; NAUCKE, *Strafrecht*, § 2, n.m. 11-15, 24, pp. 64-65, 67; KUDLICH, *AT*², p. 8.

¹³ Cfr. Schönke/Schröder-ESER, § 1, n.m. 17; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 9, n.m. 7, p. 137; MAURACH/ZIPF, *AT*, I, § 10, n.m. 12, p. 122; KUDLICH, *Die Unterstützung*, pp. 251-252. Sin embargo, entiende MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 16, pp. 116-117 que ello sería tarea del mandato de *lex stricta* y no del de *lex certa*.

¹⁴ Lo que aquí en verdad se busca es impedir que se caiga en la tentación de introducir nuevas previsiones de pena o agravar *a posteriori* las ya existentes, movidos por la impresión de hechos escandalosos que puedan haber acontecido, cfr. ROXIN, *AT*⁴, I, § 5, n.m. 51, pp. 161-162; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 9, n.m. 21, p. 140; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 21, pp. 97-99; KINDHÄUSER, *AT*, § 3, n.m. 4, pp. 41-42. Además, en palabras de SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 24, ello evidenciaría la infracción de la raíz liberal de principio de legalidad. Sin embargo, estimando que con la raíz del Estado de Derecho no se puede fundamentar la prohibición de retroactividad, BACIGALUPO, *El principio*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, p. 47; MADRID CONESA, *La legalidad*, pp. 6, 22; JAKOBS, *AT*², Ap. 4, nn.mm. 4-5, p. 66.

¹⁵ SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 23 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 134; MüKo-SCHMITZ, § 1, n.m. 24; Schönke/Schröder-ESER, § 1, nn.mm. 9-10; ROXIN, en *EL MISMO, Iniciación al Derecho penal de hoy*, p. 111; KINDHÄUSER, *AT*, § 3, n.m. 3, p. 41; MADRID CONESA, *La legalidad*, p. 75; LASCANO (H), en *AAVV, Derecho penal*, p. 145; ANTOISEI, *PG*⁴, p. 75; MANTOVANI, *Principi*², p. 13. En igual sentido se pronuncia el TC, STC 8/1981, de 30 de marzo; STC 26/1994, de 27 de enero; STC 100/2003, de 2 de junio; STC 142/1999, de 22 de junio.

¹⁶ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 9, n.m. 94, p. 158; MAURACH/ZIPF, *AT*⁸, I, § 10, n.m. 20, p. 125; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, nn.mm. 24, 43, pp. 99-100, 112; EL MISMO, *Studienbuch*, § 3, n.m. 26, p. 32, aunque cuestionando la vigencia real de esta prohibición respecto a la interpretación; FUCHS, *AT*, 4. Cap., n.m. 31, p. 36; TRIFFTERER, *AT*², Cap. 2, n.m. 27, p. 25; LK¹¹/GRIBBOHM, § 1, n.m. 74; NAUCKE, en *Brigham Young Law Review (1986)*, p. 547; BACIGALUPO, *Principios*⁵, p. 77; ANTOISEI, *PG*⁴, pp. 64-65, 96-97; MANTOVANI, *PG*³, pp. 72-73; EL MISMO, *Principi*², p. 24. Pese a ello, estima SAUER, *PG*, pp. 111-112, que

ponen de acuerdo en admitir que este mandato no alcanza el terreno de las eximentes y atenuantes, de manera que sería posible extender por analogía estas regulaciones a hechos no previsto por ellas. En este sentido se acepta la analogía *in bonam partem* para solucionar lagunas que afectan a casos genéricos que merecen un tratamiento liberador o atenuador de pena, pero que carecen de esa regulación legal¹⁷.

Puede decirse que la descripción del principio de legalidad en los términos anteriores coincide con una concepción clásica. Conforme a ésta, el principio de legalidad exige que la injerencia del Estado tenga lugar mediante una *lex praevia, certa, stricta y scripta*. Justamente, estas características que debía tener la ley y que limitaban al poder punitivo fueron consolidándose a tal punto que aun hoy dominan la discusión doctrinal y los fallos jurisprudenciales¹⁸.

Sin embargo, no deja de sorprender que la exposición de estos postulados del principio de legalidad fuera sedimentándose de un modo acrítico en la discusión. Fueron pasándose por alto algunas inconsistencias que parecen evidentes frente a cualquier observador advertido y que ponen en evidencia las limitaciones de esta concepción clásica de la legalidad.

Las propiedades de *praevia, certa, stricta y scripta* se predicán justamente de la ley. Dicho en términos semejantes, la ley debía ser previa al hecho cometido, cierta, estricta y escrita para que se legitimara la amenaza y imposición de una pena. Al tratarse éstas de características *de la ley*, cae de maduro que el legislador será la autoridad obligada a velar por una ley que satisfaga estas exigencias, al ser él justamente la fuente de la que emana la norma. No obstante, cuando se caracteriza a cada una de los mandatos derivados del principio de legalidad, puede observarse que las limitaciones alcanzan no sólo al legislador sino también al juez. Aquí aparecería una primera inconsistencia que afecta al modelo clásico de la legalidad.

Cuando se analizaban los mandatos de *lex stricta* y de *lex scripta* se veía que a partir de ellos se buscaba limitar la actividad judicial. Pese a que la ley debía ser estricta y escrita, esta prohibición se traducían en el deber que pesa sobre el juez de considerar a la ley como única fuente del Derecho penal. Aunque también se traducían en la renuncia a la analogía *in malam partem* para colmar lagunas. Vemos que la alusión a *lex* resulta sumamente confusa, cuando de lo que se trata en estos mandatos es de limitar la función judicial en el reconocimiento del Derecho aplicable y en su modo de aplicación. Si estos mandatos se dirigen al juez, lo que debe ser *stricta* es la interpretación y la aplicación del Derecho y no la ley¹⁹.

Puede advertirse además la presencia de una segunda inconsistencia que dificulta la clara comprensión del funcionamiento del principio de legalidad. A mi modo de ver, resulta más fácil interpretar el funcionamiento de la legalidad según las actividades estatales que restringen. En verdad, los términos en que describe la doctrina clásica los destinatarios de los mandatos del principio de legalidad no ofrecen gran consistencia analítica. Ello encuentra su razón de ser en que los mandatos que podrían estar dirigidos con exclusividad a un poder, pueden también alcanzar a otro. Por ejemplo,

la analogía debería admitirse en todos los ámbitos a los fines de asegurar una respuesta justa al caso. Prescinden de la prohibición de la analogía, KAUFMANN, *Analogie*, p. 5; HASSEMER, *Tatbestand*, pp. 163-164; SAX, *Das strafrechtliche*, p. 152.

¹⁷ Así, ROXIN, en *EL MISMO, Iniciación al Derecho penal de hoy*, pp. 106-107; EL MISMO, *AT*, I, § 5, n.m. 40-44, pp. 157-159; JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 136; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 9, nn.mm. 99-100, p. 159; MAURACH/ZIPF, *AT*⁸, I, § 10, n.m. 21, p. 126; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 24, p. 100; WESSELS/BEULKE, *AT*³⁴, § 2, n.m. 54, p. 14; KINDHÄUSER, *AT*, § 3, n.m. 6, p. 42; FUCHS, *AT*, 4. Cap. 4, n.m. 32, p. 36; MüKo-SCHMITZ, § 1, n.m. 55; KÖHLER, *AT*, p. 94; HASSEMER, en *Persona y Derecho (1996)* 35, p. 150; EL MISMO, *Tatbestand*, p. 165; JAKOBS, *AT*², Ap. 4, n.m. 44, pp. 88-89; GROB, *Die strafrechtliche*, pp. 73-74; KUHLEN, *Die verfassungskonforme*, p. 102; NOLL, *Übergesetzliche*, pp. 2-3; ERB, en *ZStW (1996)* 108, p. 271; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 102; KREY, *AT*², § 3, n.m. 105, p. 40; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 298; LK¹¹/GRIBBOHM, § 1, n.m. 77; WATZKA, *Die Zumutbarkeit*, pp. 98-99; BOCKELMANN/VOLK, *AT*⁴, p. 16; DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale (1936)*, pp. 605 y ss.; ANTOLISEI, *PG*¹⁴, p. 307; MIR PUIG, *PG*⁷, p. 125; EL MISMO, *Introducción*, pp. 320 y ss.; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, p. 93, 137; EL MISMO, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, p. 34; BALDÓ LAVILLA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, p. 382; FERRERES COMELLA, *El principio*, p. 94; FALCÓN Y TELLA, *El argumento*, pp. 192, 204; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 61; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo*, p. 74; ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 184; LASCANO (H), en *AAVV, Derecho penal*, p. 151; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS, *Curso*, pp. 54-55; DE QUEIROZ, en *Separado del n° VII de "Archivos do Ministerio de Justiça e Negócios interiores"*, p. 20; DE FIGUEIREDO DIAS, *PG*², I, p. 193; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, p. 112; CREUS, *PG*³, § 64, pp. 61-62; JAÉN VALLEJO, *Principios*, pp. 31-32; ARROYO ZAPATERO, en *REDC (1983)* 8, p. 18.

¹⁸ Reconociendo en el principio de legalidad los mandatos de *lex certa, scripta, praevia y stricta*, STC núm. 151/1997, Sala Segunda, de 29 septiembre; STS núm. 57/2005, Sala de lo Penal, de 26 enero; STS núm. 57/2005, Sala de lo Penal, de 26 enero; STS núm. 269/2001, Sala de lo Penal, de 26 febrero.

¹⁹ Al respecto, KUHLEN, en *OTTO-FS*, p. 92.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

cuando se dice que el mandato de *lex praevia* toma como destinatario al legislador²⁰, se pasa por alto que también ello compete al juez²¹. Cuando el juez pretende identificar las fuentes del Derecho penal debe partir de aquellas normas que revistan las formalidades de una ley, pero también debe aplicar una ley que haya estado vigente al momento de cometerse el hecho. Vemos, entonces, que el principio de legalidad no sólo prohíbe al legislador reconocer efectos retroactivos a leyes penales más severas, sino que también prohíbe al juez aplicar normas que no hayan estado vigentes al tiempo del delito²².

Una tercera inconsistencia se liga a las pretensiones de interpretar el principio de legalidad en términos *ahistóricos*. El mandato de *lex scripta* que estaría dirigido, según la opinión dominante, al juez, parece en nuestros días algo obsoleto. Nadie puede dudar con suficientes razones del carácter escrito que deben tener las disposiciones legales que fundamenten cualquier injerencia en los derechos fundamentales. La existencia de este mandato tiene plena explicación en el contexto histórico en el que fue acuñado el principio de legalidad²³. En aquel momento era común encontrar sentencias que fundaran el castigo en la costumbre²⁴.

Podrían, en cambio, surgir algunas dudas en relación a las eximentes. No han faltado quienes entendieran que podría reconocerse a la costumbre como su fuente jurídica²⁵. Sin embargo, en la instancia de evolución del Estado de Derecho en que nos encontramos difícilmente podemos renunciar a la ley para recoger las eximentes en el sistema.

En realidad, el mandato de *lex scripta* se traduce en la actualidad en la configuración del sistema de fuentes del Derecho penal. Con esto veríamos que se concedería legitimidad al juez para que recurriera a determinadas fuentes del Derecho según el ámbito de que se trate, esto es, según se trate de eximir responsabilidad o de fundamentarla o agravarla.

Todas estas razones esgrimidas evidencian los inconvenientes que presenta realizar una lectura del principio de legalidad en los términos clásicos. La consideración de los mandatos de *lex certa*, *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta* despierta confusiones a la hora de deslindar con claridad los ámbitos competenciales de los órganos estatales. Esto tiene que ver no sólo con el hecho de que algunos mandatos pueden abarcar tanto al legislador como al juez. De igual modo, las confusiones tienen como fuente a estas fórmulas latinas, que en algunos casos —como el de *lex stricta*—, resultan equívocas²⁶.

Desde la perspectiva que se defiende aquí, lo adecuado sería deslindar las tareas concretas del Poder Legislativo y del Poder Judicial que el principio de legalidad pretende restringir²⁷. Por tanto, deberían analizarse por separado los mojones que impone el principio de legalidad en las actividades de *creación*, *interpretación* e *integración del Derecho penal*. Igualmente, es posible reconocer, previamente a la

²⁰ ROXIN, *AT*⁹, I, § 5, n.m. 12, pp. 142-143; JAKOBS, *AT*², Ap. 4, n.m. 10, p. 72; MüKo-SCHMITZ, § 1, n.m. 23; LANGER, en *DÜNNEBIER-FS*, p. 431; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, pp. 135-139; *Schönke/Schröder-ESER*, § 1, n.m. 6; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, p. 72; FALCÓN Y TELLA, *El argumento*, pp. 195-196

²¹ SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 19, p. 97; MüKo-SCHMITZ, § 1, n.m. 30; BACIGALUPO, *El principio*, en *EL MISMO*, *Principios constitucionales de derecho penal*, pp. 44-45

²² Un buen ejemplo de estas confusiones se presentan también con el mandato de *lex certa*. Si bien con este mandato se exige al legislador que confeccione la ley de modo preciso y claro, se llega a señalar que también se trata de una prohibición que alcanza al aplicador de la ley. A mi modo de ver, la principal razón que explica esta inaceptable extensión al ámbito judicial es el entremezclamiento entre los mandatos de *lex certa* y de *lex stricta*. Entremezclando las referencias a ambos postulados del principio de legalidad, MIR PUIG, *PG*⁷, pp. 112-113; FUCHS, *AT*, 4. Cap., n.m. 48, p. 39; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio*, p. 42; LAMPE, *Strafphilosophie*, pp. 44-45; KAUFMANN, *Analogie*, p. 27; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 68. Igualmente, debe lamentarse que la jurisprudencia del TC tampoco haya aportado claridad en este terreno, cfr. STC núm. 75/2002, Sala Primera, de 8 abril; STC núm. 133/1987, Pleno, de 21 julio, “el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una ley («lex scripta»); que la ley sea anterior al hecho sancionado («lex praevia»); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado («lex certa»), lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial”. Manteniendo la misma confusión, STC núm. 133/1987, Pleno, de 21 julio; STC núm. 123/2001, Sala Segunda, de 4 junio, STS núm. 57/2005, Sala de lo Penal, de 26 enero; STS núm. 57/2005, Sala de lo Penal, de 26 enero. En cambio correctamente, STS núm. 269/2001, Sala de lo Penal, de 26 febrero.

²³ DEDES, en *RDPC* (2002) 9, pp. 142-143.

²⁴ JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 128. Cabe recordar que en la actualidad reaparece en el debate doctrinal y, especialmente, jurisprudencial, la posibilidad o no de acudir al derecho consuetudinario internacional para fundamentar el castigo. Al respecto, cfr. STS núm. 798/2007, Sala de lo Penal, de 1 de octubre, relativa a la persecución de delitos de lesa humanidad.

²⁵ Cfr. BACIGALUPO, *Manual*, p. 38.

²⁶ Aborba acertadamente esta última problemática, KUHLEN, en *OTTO-FS*, pp. 97-98, rechazando que la prohibición de analogía derivada del mandato de *lex stricta* se dirija también al legislador.

²⁷ Desde una perspectiva similar analizando el principio de legalidad, BOCKELMANN/VOLK, *AT*⁹, pp. 9 y ss.

etapa de la interpretación, una instancia de *identificación del material normativo* que puede fundar la decisión del juez. Creo que semejante disección permite comprender de una manera más acabada el verdadero significado de la legalidad de cara a los poderes públicos²⁸.

Cuando el principio de legalidad establece ciertas condiciones a la *creación del Derecho penal*, lo que está haciendo es delimitar la competencia que le cabe al legislador en materia penal. En cambio, cuando este principio se proyecta sobre la *identificación del material normativo del Derecho penal* (es decir, las normas en las que se permite fundar las sentencias), la *interpretación y la integración del Derecho penal*, se estará trazando el perímetro de las competencias del juez²⁹.

En lo que sigue se hará una introducción a la proyección del principio de legalidad en cada poder constituido y en las concretas actividades que he destacado. Sin perjuicio de ello, en apartados ulteriores de la obra se profundizarán algunas de estas cuestiones, en concreto, el sistema de fuentes del Derecho penal y la extensión de la prohibición de analogía.

B EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS

La etapa de *creación del Derecho penal* estará evidentemente demarcada por la legalidad. Por tanto, el principio de legalidad reglará en este punto las competencias del *legislador* penal. Una de las principales características de la ley penal es que el supuesto de hecho de los tipos debe encontrarse determinado de modo preciso y claro³⁰. Ello garantizaría la capacidad de anticipación de la respuesta punitiva y se harían cognoscibles los hechos que son castigados por el Estado.

La doctrina dominante no duda de la posibilidad de alcanzar el nivel de taxatividad deseado en los tipos penales mediante elementos puramente descriptivos³¹. Con todo, la cuestión no ofrece semejante simplicidad en relación a los elementos normativos³² y a las cláusulas generales^{33/34}. En realidad, los mayores desafíos pueden ser encontrados al determinar el grado de taxatividad que ha de tener la ley en estos casos para ser compatible con el principio de legalidad³⁵. Esto último reviste un

²⁸ Entiende que esta tesis no se aleja demasiado de lo sugerido en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *ATⁿ*, § 9, nm. 4, p. 136; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 14, p. 94.

²⁹ Diferencia también la proyección del principio de legalidad en las tareas de interpretación e integración del Derecho realizadas por el juez, DANCKERT, *Die Grenzen*, p. 10.

³⁰ KUDLICH, en *JA (2007)* 2, p. 91.

³¹ Entiende SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 30, que un tipo será más taxativo cuanto más elementos descriptivos y normativos posea, siendo éstos último irrenunciables en la sociedad actual. Próximo a ello, JESCHECK/WEIGEND, *AT^s*, p. 130. De otra opinión, JAKOBS, *AT^s*, Ap. 4, n.m. 29, p. 80, quien considera que los elementos normativos pueden estar determinados si la valoración relevante está a su vez determinada.

³² Considera el TC conciliable la inclusión de elementos normativos en el tipo con el principio de legalidad, cfr. STC núm. 195/2000, Sala Segunda, de 24 julio.

³³ El TC ha rehusado cuestionar la constitucionalidad de tales cláusulas siempre y cuando su complementación tenga lugar en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de forma tal que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas que constituyen una infracción tipificada, STC núm. 151/1997, Sala Segunda, de 29 septiembre. En sentido similar, STS núm. 655/2002, Sala de lo Penal, de 17 abril.

³⁴ Con ello se estaría buscando reducir al máximo posible la vaguedad que suele afectar a los elementos típicos y otorgar preferencia al uso de elementos descriptivos frente al empleo de elementos valorativos, cfr. MORESO, en *Doxa (2001)* 24, pp. 526-527; JESCHECK/WEIGEND, *AT^s*, p. 130; LENCKNER, en *JuS (1968)* 6, pp. 304-305. Que se hable de preeminencia de los elementos descriptivos (y no de que sólo éstos deban estar en los tipos) sobre los normativos en los tipos penales, hace posible que puedan tolerarse el recurso a cláusulas generales y a conceptos que necesitan ser rellenados valorativamente, cfr. WESSELS/BEULKE, *AT^s*, § 2, n.m. 47, p. 12; KINDHÄUSER, *AT*, § 3, n.m. 5, p. 42. Distinguiendo las cláusulas generales de los elementos típicos valorativos frente a la vigencia del principio de legalidad, aunque sólo en términos graduales y no esenciales, LENCKNER, en *JuS (1968)* 6, p. 250. Poniendo en duda la compatibilidad entre las cláusulas generales empleadas en los tipos y el principio de legalidad, ROXIN, en *JuS (1964)* 10, pp. 373 y ss.

³⁵ Para tales casos pueden encontrarse en la doctrina criterios orientados a exigir el cumplimiento de determinadas condiciones que aseguren la constitucionalidad de los tipos. Por ejemplo, SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 35 y ss., opina que debe exigirse que el legislador haya determinado al menos más del 50 % del contenido de la prohibición, quedándole el resto al juez. Sobre los diversos criterios argüidos para determinar el nivel de determinación aceptable, cfr. MADRID CONESA, *La legalidad*, pp. 99 y ss., quien incluso toma partido por estimar una disposición legal como indeterminada cuando "el contenido y alcance no puede ser conocido con ayuda de los métodos de interpretación" (p. 164). Incluso el TC, consciente de tal problemática a señalado que el mandato de taxatividad está "dirigido al legislador y al poder reglamentario, y según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras, llevando a cabo el "máximo esfuerzo posible" para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones" STC núm. 297/2005, Sala Segunda, de 21 noviembre. En idéntico sentido y

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

especial interés, sobre todo a la luz de la proliferación de disposiciones legales en el ámbito penal-económico, donde se emplean dichas cláusulas en abundancia.

Tampoco puede dudarse de que el principio de legalidad establece límites en relación a la fijación del marco penal. Los delitos deben tener conminadas penas que se encuentran expresamente plasmadas en la ley y que se expresan entre un mínimo y un máximo de duración³⁶. No cabría juzgar legítima una pena que fuese creada por el juez o una pena que sólo estuviese fijada en cuanto a su duración mínima³⁷.

Pero la exigencia más importante que se deriva del principio de legalidad respecto a la etapa de creación tiene carácter procedimental. Se juzgará creada una norma jurídico-penal cuando para ello se hayan seguido los procedimientos demandados para una ley orgánica³⁸. La CE establece ciertos pasos y ciertas exigencias que deben seguirse para dictar una ley, del mismo modo que establece las formalidades requeridas para crear leyes que afecten derechos fundamentales.

C EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS JUDICIALES

Conviene ahora profundizar en la proyección de la legalidad en las competencias del juez. Una tal proyección tendrá como objetivo reglar la actividad del juez frente a la identificación de las fuentes del Derecho penal. Asimismo servirá de pauta rectora en la interpretación de las normas que reconoce como fuente, como así también para integrar al Derecho penal frente al caso de existencia de lagunas.

1. Una pauta indiscutida dentro de los esquemas del Estado de Derecho es que la decisión judicial debe encontrarse siempre fundada en alguna norma del sistema jurídico. Ante todo, esta exigencia pretende combatir la arbitrariedad judicial. Justamente, la decisión que adopta un juez en lo penal debe estar respaldada por un fundamento jurídico. El fundamento jurídico será válido solamente en la medida que la norma elegida forme parte del sistema. Dicho con palabras algo más claras: el fundamento jurídico de la decisión debe basarse en una fuente del Derecho penal. Esto permite sujetar la decisión judicial a parámetros objetivos y evitar que ella sea fruto del antojo del juez, influenciado emocionalmente por los sucesos sociales del momento³⁹.

Ya todos sabemos que la única fuente jurídico-penal es la ley⁴⁰. La exigencia que se deriva del *nulla poena sine lege* para el juez es que solamente podrá fundar su decisión en la ley y no en la costumbre⁴¹. Pero además se considera como fuente válida del Derecho penal a la ley vigente al tiempo de la comisión del delito⁴². Ello comporta reconocer que la única fuente del Derecho penal en la fundamentación del castigo deberá ser la ley. Debo destacar que, como se verá más adelante, es dable reconocer que la jurisprudencia puede ser fuente jurídico-penal cuando se crean nuevas

destacando la idea del «máximo esfuerzo posible», STC núm. 297/2005, Sala Segunda, de 21 noviembre; STC núm. 100/2003, Sala Segunda, de 2 junio.

³⁶ Entienden que en relación a la fijación del marco penal el mandato de taxatividad rige de manera debilitada, en cuanto no se exigiría la fijación de una pena fija, *MiKo-SCHMITZ*, § 1, n.m. 52; *Schönke/Schröder-ESER*, § 1, n.m. 23; *BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT¹*, § 9, nn.mm. 16-18, p. 139; *MEIER, Strafrechtliche*, p. 155.

³⁷ En cambio, entiendo compatible con el principio de legalidad un tipo penal, cuya pena esté solamente fijada en su máximo, cfr. *MONTIEL*, en *Derecho penal contemporáneo (2006)* 17, p. 166.

³⁸ *MIR PUIG, PG²*, n.m. 22, p. 119; *MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG*, pp. 104-105.

³⁹ *ERB*, en *ZStW (1996)* 108, p. 277.

⁴⁰ En los años 30' del siglo pasado entendía *V. HIPPEL, Deutsches²*, pp. 31-32, que el Derecho penal tenía como únicas fuentes a la ley y a la costumbre, reconociéndole a ambas idéntica validez.

⁴¹ Esto último quiere significar que está prohibido al juez considerar a la costumbre como un elemento que puede fundar su decisión y que habilita al juez a castigar. Sin embargo, ello no excluye que el juez pueda recurrir al derecho consuetudinario para determinar el significado de algún término o para derivar reglas de imputación objetiva. De ahí que quepa diferenciar lo que hace al papel de la costumbre en la identificación del Derecho aplicable y en la interpretación de los términos o en la derivación de las reglas de imputación. Confunde estos dos planos, *Schönke/Schröder-ESER*, § 1, nn.mm. 9-16. Reconociendo a la ley como única fuente del Derecho penal en la fundamentación y agravación de la responsabilidad, *CEREZO MIR, PG²*, I, p. 151; *LUZÓN PEÑA, PG*, I, p. 156.

⁴² Es discutida la cuestión relativa a si el derecho consuetudinario puede ser fuente del Derecho penal en las causas de justificación. Favorables a esta posibilidad, *NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35*, n.m. 56; *WELZEL, Das deutsche¹¹*, p. 23; *LK/HIRSCH, Vor § 32*, n.m. 34; *CEREZO MIR, PG²*, I, p. 158; *ROXIN, AT²*, I, § 5, n.m. 49-50, pp. 160-161; *BACIGALUPO, Manual*, p. 38; *NAUCKE, Strafrecht*, § 2, n.m. 27, p. 68; *MAYER, AT*, p. 83.

⁴³ *LANGER*, en *DÜNBEBER-FS*, p. 429.

eximentes por la vía de la analogía. Sin embargo, aquí la jurisprudencia aparecerá como fuente una vez que haya operado en la integración del Derecho, sin que haya formado parte previamente del elenco de normas que constituyen la base del sistema.

A mi entender, cabe agregar que el principio de legalidad establece que el juez solamente se encuentra obligado a aplicar las normas que se contienen en las leyes penales y procesal-penales para fundamentar o excluir el castigo. Esta limitación tiene especial predicamento en el terreno de las causas de justificación. Si se afirma que el ordenamiento jurídico debería verse como una unidad, los criterios configuradores de la antijuridicidad deberían proceder de todo el ordenamiento jurídico. Ello obligaría al juez a considerar también, por ejemplo, las causas de justificación contenidas en el Derecho civil. Empero, el principio de legalidad obligaría al juez a considerar solamente aquellas normas contenidas en leyes del Derecho penal y procesal penal y las normas extrapenales sólo aparecerían para integrar al Derecho penal⁴⁴.

2. La importancia del principio de legalidad en la etapa de *interpretación del Derecho penal* suele aparecer velada por confusiones metodológicas que mezclan los planos de la interpretación y la integración del Derecho. Abundan referencias a la prohibición que conlleva el principio de legalidad para integrar lagunas a partir de la analogía. Pese a ello, no se destaca que este principio también pretende vedar determinadas formas de interpretación y exige que ciertas normas sean interpretadas de una concreta manera⁴⁵. Puede entenderse entonces que ciertas interpretaciones pueden suponer una infracción del principio de legalidad y, en definitiva, una transgresión de la Constitución⁴⁶.

Por un lado, la legalidad exige a los tribunales determinadas formas de interpretación o, mejor dicho, prohíbe determinadas formas de interpretación. La interpretación de las normas penales no debería suponer un franco apartamiento de las concepciones defendidas por la comunidad científica. Un apartamiento de este tenor supondría introducir en la argumentación criterios extravagantes que imposibilitarían toda capacidad de previsión del comportamiento de los tribunales⁴⁷. En definitiva, lo que vedaría el principio de legalidad en esta etapa interpretativa sería la interpretación *absurda o arbitraria* de la ley, en virtud de un apartamiento de las reglas que en una comunidad de hablantes rigen el uso de los términos contenidos en el precepto legal⁴⁸. Esto obligaría a mantener como conceptos diferentes a la *interpretación arbitraria* y a la *analogía*⁴⁹. Sobre esta cuestión volveré en el segundo capítulo⁵⁰.

Relacionado a ello, es menester poner de relieve que la imposibilidad de reconocer que alguna norma tenga una única interpretación posible, no debe llevar a considerar infringido el principio de legalidad cuando se reconozca a una norma varios significados posibles. Como entiende ERB⁵¹, la infracción del principio de legalidad sólo se produce cuando no puede determinarse con algo de certeza cuál es el campo de aplicación de la norma, sea que estemos aludiendo a eximentes como a tipos. En realidad, esta certeza no se sacrifica por el hecho de que una norma admita varios significados.

⁴⁴ De ello se derivaría una ulterior consecuencia: dado que las normas jurídico-penales y las procesal-penales formarían parte del sistema originario y, por tanto, estarán alcanzadas por el principio de legalidad, la prohibición de analogía mantendría cierta vigencia respecto a ambos tipos de normas. Estimando correctamente —aunque en contra de la corriente dominante— que también la prohibición de analogía rige en algunos ámbitos del Derecho procesal penal, JÄGER, en *GA* (2006) 9, pp. 619 y ss.

⁴⁵ A mi modo de ver, distingue adecuadamente entre las cortapisas que impone el principio de legalidad en la interpretación de la ley penal y en la integración del Derecho penal, ARROYO ZAPATERO, en *REDC* (1983) 8, pp. 20 y ss.

⁴⁶ LANGER, en *DÜNNEBIER-FS*, p. 445.

⁴⁷ Según KUHLEN, en *OTTO-FS*, p. 101, el principio de legalidad prohibiría al juez interpretaciones contrarias a los ciudadanos que sobrepasan el contenido de la norma.

⁴⁸ Siguiendo las referencias de SIMON, *Gesetzesauslegung*, p. 110, también en la jurisprudencia del BVerG se vuela la opinión de que una interpretación “*objetivamente insostenible y, en consecuencia, arbitraria*” atenta contra el principio de legalidad, cfr. BVerG NJW 1998, p. 1135.

⁴⁹ Esto también puede encontrarse en MAURACH/ZIPE, *AT*³, I, § 10, n.m. 16, p. 124, cuando entienden que la prohibición de la analogía no alcanza a la interpretación arbitraria, pese a estar ella vedada por el principio de legalidad. En términos similares, KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 253, para quien el mandato de *lex stricta* abarca, además de la analogía en sentido técnico, a las interpretaciones que superan el contenido normativo.

⁵⁰ Ver pp. 157 y ss.

⁵¹ ERB, en *ZStW* (1996) 108, pp. 292-293.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La prohibición de interpretar la ley penal absurdamente aparece ya en algunas sentencias del TC⁵², aunque pretendiendo aludir al concepto de analogía *in malam partem*. Cuando tenga la oportunidad de abordar la cuestión del tenor literal y lo que hay más allá de éste volveré a analizar este punto⁵³.

3. El principio de legalidad opera además en un tercer nivel estableciendo las competencias y los límites de la actividad jurisdiccional. De lo que se trata en esta etapa es de identificar las prohibiciones que pesan sobre el juez para *integrar el Derecho penal*. Con ello pretendo aludir a que el juez no se encuentra habilitado a recurrir a cualquier mecanismo de integración que le permita salvar las inconsistencias axiológicas que pueda presentar el conjunto de normas que conforman el sistema.

Se conoce entre los juristas que el recurso a los principios jurídicos, el argumento a contrario y la analogía son algunos de los medios posibles de integración del Derecho. Sin embargo, ya expondré las razones que me llevan a interpretar el principio de legalidad de tal manera que no debería admitirse la integración de lagunas mediante la aplicación de principios y el argumento a contrario. Lo que en realidad debe interesar es el análisis de los niveles y casos en los que está permitido el recurso a la analogía.

Veremos, ante todo, que el juez podrá integrar lagunas axiológicas gracias a la analogía. Estas lagunas que involucran normas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, podrán integrarse mediante la analogía *in bonam partem*. Cabe aquí adelantar que el principio de legalidad admite que semejantes lagunas sólo sean integradas mediante la analogía *legis* o gracias a la analogía *institutionis*. Lo que estaría expresamente prohibido es acudir a la analogía *iuris* para integrar cualquier clase de laguna axiológica. Aquí parece claramente la proyección del principio de legalidad en la integración del Derecho penal para restringir las competencias del juez.

Igualmente, en este trabajo sostendré la posibilidad de reconocer otro medio de integración del Derecho penal, distinto de la analogía *in bonam partem*. Este otro mecanismo de integración de lagunas axiológicas es la *aplicación de Derecho extrapenal*. Un buen ejemplo de este proceso de integración lo ofrece la aplicación de causas de justificación procedentes del Derecho civil para solucionar casos penales, ante la orfandad de alguna norma contenida en leyes penales que dé con la solución satisfactoria. Al analizar con detalle los mecanismos de integración del Derecho penal volveré con más detalle. Aquí sólo debe interesarnos saber que el principio de legalidad no se opone a ello.

III FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

A TESIS FUNDAMENTADORAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Resulta posible reconocer en la doctrina tres posturas que explican los fundamentos del principio de legalidad. Mientras que unas teorías asientan el principio de legalidad con exclusividad en una raíz política o en una jurídico-penal, otras intentan combinar las referencias a ambas y acogen una doble fundamentación de este principio⁵⁴. Por tanto, conviene distinguir entre tesis *políticas*⁵⁵, *jurídico-penales*⁵⁶ y *mixtas o teleológicas*^{57/58} a la hora de fundamentar el principio de legalidad.

⁵² STC núm. 151/2005, Sala Segunda, de 6 junio; STC núm. 163/2004, Sala Segunda, de 4 octubre; STC núm. 229/2003, Pleno, de 18 diciembre; STC núm. 38/2003, Sala Primera, de 27 febrero; STC núm. 170/2002, Sala Segunda, de 30 septiembre; STC núm. 167/2001, Sala Segunda, de 16 julio; STC núm. 123/2001, Sala Segunda, de 4 junio; STC núm. 87/2001, Sala Primera, de 2 abril; STC núm. 278/2000, Sala Segunda, de 27 noviembre; STC núm. 195/2000, Sala Segunda, de 24 julio; STC núm. 42/1999, Sala Segunda, de 22 marzo; STC núm. 189/1998, Sala Segunda, de 28 septiembre; STC núm. 56/1998, Sala Segunda, de 16 marzo; STC núm. 236/1997, Sala Segunda, de 22 diciembre.

⁵³ Esta exigencia del principio de legalidad en el modo de interpretar podría incluso proyectarse a nivel institucional. No sería disparatado pensar que sea el TS el encargado de establecer las interpretaciones de las leyes que sean conformes a la comunidad jurídica; esto es, las diversas interpretaciones posibles y óptimas. En cambio, el TC debería encargarse de establecer si una interpretación hecha por un tribunal en un caso concreto es absurda y, por tanto, vulnera el principio de legalidad. Justamente, al tratarse de una infracción al principio de legalidad y al rango constitucional de este principio, el TC sería competente para resolver estos casos. En relación a esta observación, estoy especialmente en deuda con el Prof. Dr. ORTIZ DE URBINA GIMENO.

⁵⁴ Estimo conveniente aclarar que la esquematización de las posibles fundamentaciones del principio de legalidad pretende tan sólo trazar grandes líneas sobre las posibles vías de explicación de las bases teóricas de tal principio, más no una

1. La primera de ellas viene a enfatizar que el fundamento y predominante sentido del principio de legalidad se encuentra esencialmente ligada al contexto político en el que se lo vio nacer. La exigencia de que sólo pueda imponerse un castigo cuando exista previamente una ley que esté lo suficientemente determinada importaba una escalada más del movimiento ilustrado para descomprimir el poder detentado por el monarca absoluto. Ello explica, en buena medida, que la piedra de toque de la corriente ilustrada haya sido en este ámbito la exigencia de una división de poderes, en virtud de la cual todo ejercicio de poder estuviese sujeto a controles externos, realizados por otros órganos del Estado. Cabe agregar, asimismo, que esta pretensión de acotar el poder estatal era fortalecida por el ideal democrático de que sean los pueblos quienes se otorgan su propio gobierno. Si a ello se suma la necesidad de que los soberanos se sometan al Derecho y, en especial, a una Constitución escrita, la progresiva instauración de monarquías constitucionales y de repúblicas parece ser algo obvio⁵⁹.

Debido a ello podría asociarse, sin distorsión alguna, el fundamento del principio de legalidad al influjo del liberalismo del S. XVIII y a los inicios del constitucionalismo, teniendo sus primeras manifestaciones ya en la Edad Media⁶⁰. Ello quedaría en evidencia con tan sólo estudiar el caldo de cultivo en el que fue proliferando este principio, lo cual coincide en esencia con la constitución del Estado moderno. En este marco institucional aparecen la *Magna Charta* inglesa de 1215 (art. 39)⁶¹, la *Magna Charta* leonesa de 1188 (art. 39), en la *Constituciones de Virginia y Maryland* (art. 15) de 1776 y, principalmente, la francesa *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 (art. 8)⁶².

Incluso, buena parte de los Códigos penales que aparecen en diversos Estados europeos se pliegan con cierto automatismo a este movimiento político al dar acogida al postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege*. De allí que aquellas codificaciones en las cuales se miraba con beneplácito la fundamentación del castigo mediante la privación de la libertad en la costumbre y en el arbitrio judicial (como sucedía en el *Preußisches Allgemeines Landrecht*), fueron paulatinamente sustituidas por otras disposiciones que requerían que sea la ley la única fuente que legitimara la incriminación penal⁶³. Buenos ejemplos de tal movimiento político son el Código penal austriaco, el StGB bávaro de 1813 y el Código penal español de 1848.

2. La fundamentación jurídico-penal del principio de legalidad es deudora, en buena medida, de los aportes que trajo a la discusión FEUERBACH, vinculando por primera vez el principio de legalidad con los fines de la pena, especialmente con la prevención general⁶⁴. Para este autor, el desarrollo de la teoría de la coacción psicológica estuvo ligado a la idea de que la pena produciría su función de

esquemática que considere las diferencias de matices que existen entre algunas tesis. Sobre una interesante y completa reseña de las diversas opiniones al respecto, cfr. MADRID CONESA, *La legalidad*, pp. 8 y ss.

⁵⁵ A favor de la fundamentación política o predominantemente política, KÖHLER, *AT*, p. 76; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, pp. 382-383; EL MISMO, *La ley*, pp. 98-99. Según entiendo, sería de esta opinión también, CUELLO CONTRERAS, *PG*³, n.m. 46, pp. 201-202, resaltando la *previsibilidad* y la *confianza en toda intervención estatal* como pilares del principio de legalidad.

⁵⁶ ORTEGO COSTALES, en *Revista de la Facultad de Derecho (1941)*, pp. 63 y ss, quien justamente entiende que lo que explica que el principio de legalidad pueda mantener vigencia pese a los cambios de regímenes políticos es su fundamento jurídico y no su fundamento político.

⁵⁷ Siguiendo la teoría de la doble fundamentación o de la fundamentación mixta, ROXIN, en *EL MISMO, Iniciación al Derecho penal de hoy*, pp. 102-105; EL MISMO, *AT*, I, § 5, n.m. 18-25, pp. 145 y ss.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena, passim.*; con algunos perfiles diferenciables de las anteriores tesis en la fundamentación jurídico-penal, SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, nn.mm. 8 y ss.; EL MISMO, *Studienbuch*, § 3, nn.mm. 15 y ss.

⁵⁸ Otros autores sostienen planteamientos diferentes, sin perjuicio de lo cual resulta plenamente posible su reconducción a alguna de las tres fundamentaciones reseñadas. Así, por ejemplo, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio*, pp. 28-32, defiende una triple fundamentación (político democrático-representativo, político-criminal, tutela del individuo frente al poder del Estado) pero con un claro predominio del aspecto político.

⁵⁹ Debe destacarse, como lo hace actualmente BACIGALUPO, *Hacia*, pp. 105 y ss., que también tuvo una gran importancia para el principio de legalidad en este contexto histórico el postulado de la igualdad ante la ley.

⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, pp. 382-384.

⁶¹ "No free-man shall be seized, or imprisoned or dispossessed, or outlawed, or in any way destroyed; nor will we condemn him, nor will we commit him to prison, excepting by the legal judgment of his peers, or by the laws of the land", cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 385. Negando que se encuentre consagrado el principio de legalidad en dicha disposición de la *Magna Charta* inglesa, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio*, pp. 16-17. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 131; YACOBUCCL, *El sentido*, p. 251, quienes conciben que solo se recogió una garantía formal y no jurídico- material. Ello explicaría que se tome como verdadero antecedente del principio de legalidad a la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cfr. CERREZO MIR, *PG*³, I, pp. 161-162; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, p. 132; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*³, pp. 68-69.

⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, pp. 385-387; EL MISMO, *La ley*, pp. 98-99.

⁶³ ROXIN, *AT*³, I, § 5, n.m. 12, p. 143; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 383-384; JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 131.

⁶⁴ SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 2; JAKOBS, *AT*², Ap. 4, n.m. 2, pp. 64-65.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

coaccionar psíquicamente sólo cuando se hallaren definidos el delito y la pena en la ley, al poder el destinatario de la amenaza acceder a ese mensaje normativo⁶⁵.

Sin perjuicio de ello, las opiniones referidas a la fundamentación jurídico-penal no pueden reducirse a una perspectiva preventivo-general del Derecho penal. En la doctrina se han ensayado algunas concepciones que intentan vincular el principio de legalidad con otras ideas rectoras del Derecho penal.

En este sentido, algunos autores conciben a la ley desde una perspectiva cercana al *iusnaturalismo*, al entender que la ley *debe ser* la cristalización de lo que la justicia entiende por un comportamiento merecedor de pena y que ello explicaría la alta respetabilidad que se predica de la ley penal. De esto modo opina NAUCKE⁶⁶, para quien la ley penal debe ser el “*marco de la justicia penal*” y en donde el “*merecimiento real de pena y la legalidad concuerdan en lo que a su contenido se refiere*”. En el fondo, quien no parece situarse muy lejano de la posición asumida por NAUCKE es Joachim LAMPE, quien reconoce una gran relevancia a los argumentos de justicia en la fundamentación de la legalidad⁶⁷.

3. Otro modo habitual de fundamentar el principio de legalidad toma como base las raíces teórico-políticas y jurídico-penales, pretendiendo alcanzar una síntesis entre ambas perspectivas. En el fondo abogan los defensores de esta tesis por una lectura teleológica, que haga posible la delimitación de las competencias de los poderes estatales a partir de los fines del Derecho penal⁶⁸. Este modo de fundamentar el principio de legalidad se encuentra especialmente presente en la obra de Bernd SCHÜNEMANN⁶⁹ y de Claus ROXIN^{70/71}.

La vertiente política o vinculada al Estado de Derecho del principio de legalidad aparece cristalizada en valores que se remontan claramente a los idearios paradigmáticos de la Ilustración⁷². Entre ellos se destaca la sujeción de toda actuación estatal al imperio de la ley, para asegurar la previsibilidad de sus decisiones y para proteger la confianza de la población⁷³. Solamente podría ser fuente del Derecho penal la voluntad del legislador plasmada en la ley, quedando vedadas absolutamente las facultades creadoras del juez y del ejecutivo en materia penal⁷⁴. En lo esencial, el principio de legalidad sería el garante de la división de poderes y de la sujeción a la ley por parte de la judicatura.

Finalmente, se halla presente —como ya he señalado— la pretensión de orientar al principio de legalidad hacia finalidades jurídico-penales, encontrando como vías a la prevención general, en el caso de SCHÜNEMANN, o a la prevención general junto al principio de culpabilidad, como es el caso de

⁶⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 381.

⁶⁶ NAUCKE, en *La insostenible*, pp. 534 y ss. Cabe destacar que esta concepción de la legalidad es muy propia de Iluminismo, dado que en las obras de MONTESQUIEU y BECCARIA ya pueden encontrarse referencias a este concepto de ley. Además, NAUCKE, *Strafrecht*, § 2, n.m. 50, p. 73, al acentuar la dimensión material del principio de legalidad y un concepto de ilícito pre-positivo, acaba aceptando sin mayores problemas la extensión de los plazos de prescripción retroactivamente, al ser ello una exigencia derivada de la justicia.

⁶⁷ LAMPE, *Strafphilosophie*, pp. 38 y ss. Además, entiende este autor que el Estado procura garantizar la libertad de los ciudadanos, un funcionamiento adecuado de la administración estatal, la estabilidad de la estructura social y la Justicia social, aspirando a un óptimo equilibrio entre libertad y control. En este sentido, el Derecho penal desempeñaría una importante tarea de dar certidumbre sobre cuáles son los bienes jurídicos más importantes. A partir de allí habría de ponerse en conocimiento de ello a la ciudadanía y a los aparatos de ejecución penal. En consecuencia, la ley desempeñaría un papel fundamental.

⁶⁸ Entendiendo que el primer esbozo de fundamentación política y jurídico-penal del principio de legalidad tiene lugar con BINDING, cfr. MADRID CONESA, *La legalidad*, p. 5.

⁶⁹ SCHÜNEMANN, *Nulla poena, passim.*; EL MISMO, *¿Qué significado* (traducción inédita).

⁷⁰ ROXIN, *AT*⁴, I, § 5, n.m. 20-21, pp. 146-147, quien, sin embargo, acoge dicha doble fundamentación sin ahondar en su lectura teleológica.

⁷¹ Siguiendo muy de cerca estos planteamientos, DE FIGUEIREDO DIAS, *PG*³, I, pp. 179-180, quien distingue entre fundamentos *externos* del principio de legalidad, relativos a la concepción del Estado (principio liberal, democrático o de división de poderes), y fundamentos *internos*, de naturaleza exclusivamente penal (principio de culpabilidad, prevención general y prevención especial). En la literatura hispano-parlante tampoco han faltado intentos de interpretar teleológicamente al principio de legalidad, partiendo de una doble fundamentación, cfr. ARROYO ZAPATERO, en *REDC (1983)* 8, pp. 12 y ss. Además, YACOBUCCI, *El sentido*, pp. 291 y ss., estima la posibilidad de interpretar teleológicamente al principio de legalidad, pero a partir de los valores que la legalidad tiende a realizar: el bien común y la dignidad humana. Con todo, estimo ambas posturas discutibles, dado que tales finalidades son propias de todo el Derecho y no puede hablarse de que se traten de finalidades genuinamente jurídico-penales.

⁷² SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 1, 9-11

⁷³ SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 9 y ss.

⁷⁴ ROXIN, *AT*⁴, I, § 5, n.m. 20-21, pp. 146-147.

ROXIN⁷⁵. Esta tercera posición es abogada en tiempos de efervescencia de la orientación teleológica del Derecho penal y de la apertura de la dogmática jurídico-penal a la política criminal.

Del modelo de la doble fundamentación da buena cuenta el estudio realizado en 1978 por Bernd SCHÜNEMANN. Este trabajo, pese a no haber tenido la debida repercusión en la discusión jurídico-penal posterior, sienta algunos criterios para una posible interpretación teleológica del apotegma *nulla poena sine lege*⁷⁶.

SCHÜNEMANN parte de la idea de que el principio de legalidad no sólo es una pauta que sirve para interpretar la ley penal, sino que a su vez debe ser interpretado. De ahí que, para llevar a cabo tal cometido, creará oportuno apelar a la prevención general como *telos* que permita reducir su ámbito de aplicación. El criterio de la *prevención general*⁷⁷ será utilizado para interpretar restrictivamente el principio de legalidad y fundamentar por qué razón ciertos casos que supondrían una infracción de la raíz del Estado de Derecho, no lo vulneran. Este autor adopta como matrices para interpretar teleológicamente el aforismo *nulla poena sine lege* una raíz propia del Estado de Derecho, que se liga al constitucionalismo clásico⁷⁸, y otra raíz de naturaleza jurídico-penal

En lo que específicamente nos interesa respecto a la legitimidad que pueda tener en el Derecho penal la analogía *in bonam partem*, SCHÜNEMANN parece no ahondar lo suficiente en el funcionamiento del principio de legalidad en las eximentes y aquellas otras figuras de excepción que restringen la injerencia estatal (v. gr. la retroactividad de la ley más benigna). Parece posible afirmar que en el pensamiento de SCHÜNEMANN los casos de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, de analogía *in bonam partem* o de empleo de cláusulas generales en las eximentes podrían admitirse sin afectación alguna del principio de legalidad a partir de una reducción teleológica. Tales casos supondrían, sin duda alguna, la vulneración de la raíz de Estado de Derecho al ingerirse el juez en la órbita competencial del legislador y viceversa. No obstante, serían inofensivos para el principio de legalidad en la medida que no se estaría cuestionando la orientación preventivo-general de la raíz jurídico-penal, dado que se trata aquí de excluir o atenuar la respuesta punitiva⁷⁹.

4. Puesto que el Derecho penal no debe ser aprehendido con independencia de las metas que persigue, parece en consecuencia evidente que la interpretación del principio de legalidad deba también atender a las finalidades del Derecho penal. No obstante, la relevancia que tiene la legalidad como entidad política para el Derecho debe tomarse en consideración y, junto con ello, el destacado papel que tiene la voluntad de la sociedad en la toma de decisiones políticas. Esto hace plausible que parezca aconsejable optar por un fundamento el principio de legalidad que retome los debates arrojados por la *teoría de la doble fundamentación*⁸⁰.

La adhesión a esta última teoría comporta destacar el valor estelar que tiene estudiar a la legalidad en el Derecho penal desde ambas perspectivas de análisis, pero de ningún modo representa la mera aceptación acrítica de la misma. Como ya expresaré más adelante, uno de los principales problemas con los que ha topado la teoría de la doble fundamentación es la de reducir la raíz del Estado de Derecho a una perspectiva que se corresponde con el constitucionalismo clásico. Se olvidan

⁷⁵ ROXIN, *AT*, I, § 5, n.m. 22-25, pp. 147-148. Próximo a la postura de ROXIN, *Schönke/Schröder-ESER*, § 1, n.m. 1 a.

⁷⁶ Incluso un buen tiempo después escribe nuevamente al respecto, aunque analizando la problemática de la retroactividad en el caso de los Tiradores del Muro, cfr. SCHÜNEMANN, *¿Qué significado* (traducción inédita).

⁷⁷ A partir de esta fundamento, SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 14, considera que cabría distinguir dos ámbitos según los fines perseguidos por la sanción: el *Derecho penal nuclear* y el de la *nueva criminalidad*. Respecto al primero, la imposición de la pena no pretendería alcanzar la internalización de determinadas pautas de conductas, sino la *“confirmación contrafáctica de expectativas sociales de una confianza normativa decepcionada”*. Mientras que en lo que se refiere a la *“nueva criminalidad”*, la imposición de la pena (así como su amenaza) serviría para internalizar pautas de comportamientos socialmente deseados.

⁷⁸ SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 1, 9-11, a ello lo hace amparado en la idea que en materia de legalidad está en juego una cuestión de legitimidad y que, por tanto, tan sólo aquellos agentes estatales que cuenten con el respaldo popular van a poder injerirse en la órbita de libertad de los ciudadanos. Sin perjuicio de ello no escatima críticas metodológicas contra este modelo ilustrado, el cual habría sido ingenuo y además los más recientes aportes de la teoría de la interpretación demostrarían que siempre al juez le queda un margen dentro del cual tener un mínimo de discreción.

⁷⁹ Esta es una cuestión que no aparece del todo clara en la aportación de SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 9, 11. Tan sólo es posible encontrar dos referencias en las que niega que se infrinja el principio de legalidad con la utilización de cláusulas generales en el § 34 StGB o cuando se emplean marcos sumamente amplios en la individualización de la pena a los efectos de aminorar la entidad de la pena aplicable, dado que éstos serían casos de excepción. Además, la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna y de la analogía *in bonam partem* serían justamente casos de excepción en los que tampoco tendría lugar una infracción del § 1 StGB.

⁸⁰ En igual sentido, BACIGALUPO, *El principio*, en EL MISMO, *Principios constitucionales de derecho penal*, p. 49.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

con ello las dificultades derivadas de su anacronismo y se pasan por alto las discusiones más actuales en torno al neoconstitucionalismo, que resultarían esclarecedoras en este terreno. Igualmente, la orientación teleológica queda truncada si tan sólo pretende alcanzarse tomando como guía a un solo fin de la pena —el *preventivo-general*— y no a las *finalidades del Derecho penal*. En lo que sigue se expondrán disociadamente las posibles fundamentaciones políticas y jurídico-penales con sus respectivas críticas, para luego tomar postura frente a ambas cuestiones.

B FUNDAMENTO POLÍTICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LOS MODELOS CONSTITUCIONALISTAS Y LA LEGITIMIDAD DEL JUEZ

1 Introducción

El fundamento político del principio de legalidad se vincula —como se ha podido observar— con una concepción del Estado en la que el ejercicio de poder se halla sometido al imperio de la ley y no es pura expresión del arbitrio del soberano. Ello explica que el principio de legalidad represente una cristalización de los idearios ilustrados en materia político-criminal y, a partir de ello, exista un claro ligamen con las corrientes del constitucionalismo. En tal sentido, parece evidente que uno de los aspectos que más se ha pretendido destacar a lo largo de los estudios sobre la legalidad en el Derecho penal sea la necesidad de respetar a ultranza el sistema de división de poderes, defendida por los constitucionalistas *postilustrados* con cierta vehemencia.

Sin embargo, no puede reducirse el estudio del basamento político del principio de legalidad a la simple explicación que del mismo hace el constitucionalismo clásico, desconociendo los avances producidos en la discusión a lo largo de los años. Difícilmente puedan encontrarse en la actualidad pensadores que aboguen por una noción de constitucionalidad entendida a la vieja usanza, dado que cada vez se insiste más en el valor normativo de las Constituciones. Esto último ha producido cambios fundamentales en la estructura institucional de los Estados, los cuales no pueden pasar desapercibidos en los estudios sobre el tema. Pero para entender esto cabalmente será conveniente avanzar en la explicación de los diversos modelos constitucionalistas (constitucionalismo y neoconstitucionalismo) y a partir de ello analizar las consecuencias que, *prima facie*, se desprenderían en relación al principio de legalidad.

Vale hacer la aclaración de que bien sabidas son las dificultades de encontrar un modelo o un estudio que sintetice las características más relevantes de los constitucionalismos. De ahí que cuando se habla de constitucionalismo clásico o de neoconstitucionalismo sólo puede aludirse a paradigmas que engloban a una serie de autores que, salvo sus diferencias más o menos importantes, parten de presupuestos teóricos similares y llegan a consecuencias semejantes. En lo que sigue se ha buscado caracterizar a cada uno de los modelos de tal manera que pueda evitarse caer en un casuismo exagerado y que exceda las pretensiones del presente trabajo. Por esta razón, opto por describir modelos puros de ambos tipos de constitucionalismo. Dicha explicación de las doctrinas *puras* de ambos constitucionalismos procurará vincularlos con la Teoría del Estado de Derecho, la Teoría del Derecho y la ideología que subyace en cada una de ellas⁸¹.

2 El significado de la legalidad en el Estado constitucional de Derecho clásico⁸².

⁸¹ Para un detallado estudio analítico de tales dimensiones, cfr. especialmente, COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 75 y ss;

⁸² En este apartado intentaré analizar la interpretación del pensamiento de los ilustrados que es frecuente encontrar en las diferentes obras que abordan el fundamento político del principio de legalidad. Desde ya adelantamos, como explicaré en la toma de postura, que el modelo de la subsunción —paradigmático en el constitucionalismo clásico— nunca fue sostenido por tales pensadores en el sentido que se les asigna, en virtud del cual, el juez es un mero autómatas frente a la voluntad del legislador.

Hablar de la legalidad como una garantía en el Derecho y como barrera infranqueable ante la injerencia estatal, llevaría a anclar nuestros enfoques no ya en las aguas del Derecho premoderno, sino, más bien, en las propias del surgimiento del Derecho moderno. En dicha etapa del devenir histórico, se busca, en esencia, establecer límites que estuviesen consagrados en disposiciones legales dotadas de la máxima fuerza vinculante para los poderes públicos y que propendieran a resguardar a la ciudadanía de su arbitrio. A esta idea deben la razón de su existencia las Constituciones y Cartas de Derechos que surgen en Europa y los Estados Unidos de América a finales del S. XVIII y comienzos del S. XIX. Estas visiones ejercerán una dominante influencia en los tiempos siguientes hasta alcanzar su decadencia con las Constituciones de la posguerra⁸³.

Una idea que caracteriza a esta corriente es la pretensión de que las normas emanadas del Estado vengán a cristalizar siglos de una experiencia adquirida a lo largo de la historia del Derecho. Ello explica en buena medida el ideal de *estatismo* del Derecho, una vez incorporado por el legislador un fenómeno social en el ordenamiento jurídico⁸⁴.

Pero además se suma a ello que este reconocimiento legal de una experiencia de siglos contribuye en gran medida a garantizar cierta previsibilidad en las actuaciones del Estado. Justamente, uno de los valores principales que se obceca en asegurar el Derecho de aquella época es la *certeza jurídica*. Este valor había quedado devaluado de manera significativa al compás de una práctica jurídica en la que se privilegiaba como fuente del Derecho a la opinión de los grandes juriconsultos y a las decisiones de los tribunales⁸⁵. Esto último es de vital importancia en un concepto de Derecho que busca restringir el arbitrio estatal y garantizar el respeto de la libertad individual mediante la posibilidad calculada de la que gozarían sus ciudadanos al saber a qué atenerse en relación con las consecuencias jurídicas de sus actos^{86/87}. Dicho ello en palabras de MONTESQUIEU⁸⁸, "*la libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad*"⁸⁹.

⁸³ COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 75; SASTRE ARIZA, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 239.

⁸⁴ ZAGREBELSKY, *Historia*, pp. 32 y ss., 40, 51 y ss., quien afirma que el carácter estático y fijo de la ciencia jurídica iluminista se explica a partir de la pretensión de orientar la legislación según principios universales y generales que sirvan en todo tiempo y espacio. Sin embargo, cabe disentir con ZAGREBELSKY en la medida que los revolucionarios iluministas pretenden sustraer la Constitución y el Derecho de necesidades de índole históricas. Al contrario, creo que, pese a esta orientación hacia el futuro que caracteriza a la ciencia jurídica ilustrada, el Derecho de aquel tiempo trae implícita la pretensión de plasmar en Códigos la experiencia jurídica obtenida en siglos. Al respecto, cfr. en lo que expresamente tiene que ver en relación al Derecho penal, PACHECO, *El código penal*, p. 86.

⁸⁵ A partir de la protección de la certeza jurídica, estarían salvaguardados otros valores de trascendental importancia como la igualdad ante la ley, cfr. NAUCKE, *Strafrecht*, § 2, n.m. 41-42, pp. 70-71.

⁸⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley*, pp. 82-83; ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 28; FERRAJOLI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p.16; GUASTINI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 55; MADRID CONESA, *La legalidad*, p. 9; NAUCKE, *Strafrecht*, § 2, n.m. 42, p. 71; CALVO GARCÍA, *Los fundamentos*, p. 261; o en otros términos, "*la previsión y previsibilidad subjetiva del Derecho por parte de los ciudadanos*", SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 16; acenando la posibilidad de previsión de los actos públicos a partir de la lectura de la ley, FERRERES COMELLA, *El principio*, p. 43; MADRID CONESA, *La legalidad*, p. 10; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, p. 136, agregando que la certeza o seguridad jurídica implica el prevailecimiento del Derecho frente al injusto. El TS claramente sostiene similares criterios, cfr. STS nº 1504/2003 (Sala de lo Penal), de 25 febrero, ponente MARTÍN PALLÍN, "*3.- El principio de la seguridad jurídica va dirigida también al legislador que si bien tiene una absoluta libertad para modificar el ordenamiento jurídico, según la evolución o las políticas que se desean poner en marcha, sería exigible y conveniente que dotaran al ordenamiento jurídico de una razonable estabilidad, sobre todo en lo relativo al derecho penal, ya que el ciudadano tiene derecho a saber a que atenerse en sus comportamientos individuales o sociales. La estabilidad de las normas crea una cierta confianza legítima en la adecuación a la misma de comportamientos que, de manera permanente y estable son reprobados por el derecho sancionador, tanto en su esfera penal como administrativo [...] 4.- [...] Como se ha dicho por nuestro Tribunal Constitucional, la seguridad jurídica, vista desde la actividad legislativa, constituye la suma de los principios de certeza, legalidad, jerarquía, publicidad normativa irretroactividad no favorable e interdicción de la arbitrariedad. El orden jurídico no es una mera formalidad estética o normativa sino que tiene que estar orientado a la consecución de los valores superiores del ordenamiento entre los que se encuentra la justicia*".

⁸⁷ Esto sostendría a partir del histórico predominio de la libertad y la legalidad como derechos fundamentales, cfr. LANGER, en *DÜNNEBIER-FS*, p. 429.

⁸⁸ MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 107. Incluso llegaba concebir a la libertad como "*el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer todo lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad*" (p. 106). En sentido similar, señalaba VOLTAIRE, "*la libertad consiste en depender tan sólo de la ley*", citado por PRIETO SANCHÍS, *Ideología*, p. 25.

⁸⁹ Dado que el liberalismo político conservador se halla en la estructura medular de la filosofía que encarna el constitucionalismo clásico, la función primordial que persiguen las leyes, será la de limitar las injerencias estatales que restringen derechos individuales y, de este modo, resguardar los ámbitos de libertad *pre-estatalmente* existentes (cfr. ZAGREBELSKY, *El Derecho*, pp. 23, 82; COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 82). Por tanto, no le cabría al Estado el compensar las desigualdades sociales achacables a la "*lotería natural*", sino que se limitaría a resguardar los ámbitos de libertad delimitados, ya sea bien por motivos ajenos a los propios méritos y deméritos de cada cual, o bien se deba con exclusividad a ello (cfr. GARGARELLA, *Las teorías*, pp. 46 y ss.). Dicho ello, sería inocultable la percepción que se tiene del Estado como un agente que inspira la mayor de las desconfianzas y del cuál la ciudadanía debe protegerse.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Las Constituciones liberales clásicas que aparecen a partir de finales del S. XVIII en la cultura jurídica occidental procuraron establecer un núcleo de axiomas básicos no negociables que limiten la actividad estatal. Este ensalzamiento del coto a los poderes públicos tendrá claras consecuencias en relación a la valoración de las dos partes de los cuerpos constitucionales. Justamente, la parte dogmática, que plasma las declaraciones políticas básicas y los derechos y garantías fundamentales, cede terreno frente a la parte orgánica de las Constituciones, la cual delimita la función de los poderes constituidos del Estado. En este sentido, subyacía la idea de que los derechos fundamentales dependían del respeto de las limitaciones establecidas en la parte orgánica y de ahí que ésta vaya paulatinamente adquiriendo mayor importancia⁹⁰. Desde esta perspectiva, es posible entender que la importancia del constitucionalismo clásico para el Derecho penal se traduce en la delimitación de las competencias de los poderes públicos, lo cual permite —al reducir el *ius puniendi*— asegurar la libertad de los ciudadanos y combatir la arbitrariedad⁹¹.

Dicho esto, la teoría de la división de poderes buscaría asegurar la libertad y la eliminación de la arbitrariedad⁹², diseñando un sistema de controles recíprocos entre el Poder legislativo, el Poder ejecutivo y el judicial⁹³ que haga posible la pulverización del poder concentrado en una persona u órgano⁹⁴. Asimismo conviene agregar que la apoyatura en el postulado democrático que caracteriza al modelo teórico del constitucionalismo clásico sugiere el prevalecimiento de uno de esos poderes constituidos. Claramente se asiste a una etapa de enaltecimiento del Poder legislativo debido principalmente a la trascendencia del ideal democrático en el constitucionalismo clásico⁹⁵. En concreto, se resaltaría la preeminencia del legislador sobre el juez, con lo que no cabría más que esperar la genuflexión del juez y el gobernante al legislador^{96/97}.

Esta doctrina de la división de poderes puede ser formulada en estado puro de la siguiente manera. Es esencial para el establecimiento y mantenimiento de la libertad política que el gobierno de un Estado esté dividido en tres ramas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial⁹⁸. A cada una de estas tres ramas le correspondería, respectivamente, legislar, ejecutar o juzgar, las cuales serían tareas confinadas a los órganos de modo exclusivo y no les estaría permitido arrogarse funciones que le corresponden a alguna de las otras ramas⁹⁹. Por ello mismo, las personas que componen cada una de estas tres ramas del gobierno deben mantenerse separadas y ser diferentes, con lo que no podría ser posible que, al mismo tiempo, desempeñen funciones en más de una Poder¹⁰⁰. Visto ello de este modo, las diversas

⁹⁰ Ello no implica que las partes dogmáticas de las Constituciones no sean relevantes. Al contrario, en ellas también se hallan algunas de las limitaciones más rígidas que toda Norma fundamental interpone ante el accionar del Estado, pero muchas de las declaraciones y derechos allí contenidos no tenían una aplicación inmediata respecto a sus destinatarios. Por tal motivo, no podrían ser invocados frente a los tribunales directamente por los ciudadanos.

⁹¹ Entiende SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 9-10 que sólo es posible garantizar la libertad cuando es el legislador que representa inmediatamente a la sociedad quien cuenta con la autorización de crear una norma jurídico-penal y no el juez.

⁹² ZARZA MENSAQUE, en *Revista de la Facultad (1994)* 1 vol. 2, pp. 223-224.

⁹³ A tal punto está arraigada la idea de control en los escritos de MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 59, que exigía que los tribunales estén constituidos por muchas personas, en el intento de evitar la existencia de un juez único que caracteriza al gobierno despota y en el que se sustituye la voluntad de la ley por sus propios caprichos. Además, el Poder ejecutivo, al carecer de potestades originarias, dependía íntegramente de las potestades expresamente reconocidas por la ley, cfr. ZAGREBELSKY, *El Derecho*, pp. 27 y ss.

⁹⁴ Una profunda y clara exposición del origen histórico de la teoría de la división de poderes en VILE, *Constitutionalism*², pp. 3 y ss.; 39 y ss.

⁹⁵ Es menester aclarar que en MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 24, se encuentra como finalidad principal combatir tan sólo a los gobiernos despóticos, con lo que cree que las democracias y las monarquías parlamentarias cuentan con suficientes virtudes como para darse un buen gobierno. No puede pasarse por alto que esta distinción entre monarquía y despotismo —en cuanto que en la primera el gobernante se somete a la ley—, y que en Inglaterra no estaba tan clara por aquellos tiempos, es deudora de la obra de Jean BODIN, cfr. VILE, *Constitutionalism*², pp. 88-89; SABINE, *Historia*³, pp. 317 y ss.

⁹⁶ ZAGREBELSKY, *El Derecho*, pp. 30 y ss.; BULYGIN, en *Isonomía (2003)* 24, p. 8; EL MISMO, *Creación*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 43; MADRID CONESA, *La legalidad*, p. 41; JAKOBS, *AT*, Ap. 4, n.m. 5, p. 66.

⁹⁷ Este aspecto abogado por el pensamiento iluminista deja entrever una cierta reminiscencia de una trunca secularización del Derecho, en el que se ofrece como solución de compromiso el mantenimiento del culto a un Ser supremo (el legislador o la ley). Argumentando en sentido similar aunque respecto al poder constituyente, ZAGREBELSKY, *Historia*, p. 45.

⁹⁸ Cfr. VILE, *Constitutionalism*², pp. 16, 25 y ss. quien sostiene que la identificación de tres agencias en las que se dividía el ejercicio del poder estatal aparece recién a mediados del S XVIII, habiendo sido común sostener hasta entonces una bipartición de las funciones del Gobierno, estando predominantemente confusas las funciones de legislar y juzgar, dado que la separación era según los criterios de “creación de la ley” y “efectivización de la ley”.

⁹⁹ VILE, *Constitutionalism*², p. 14.

¹⁰⁰ VILE, *Constitutionalism*², pp. 14 y ss. Justamente, a su entender, los elementos característicos de la teoría de la división de poderes son: 1) las tres ramas en que se divide el ejercicio del poder estatal; 2) la atribución de facultades exclusivas a cada rama; y 3) que deben estar compuestos por personas diferentes.

ramas del gobierno iban a estar controladas por agencias que fueran externas y, por tanto, imparciales^{101/102}.

La ley tendría en general un gran papel en la restricción del campo de actuación de la judicatura y del ejecutivo. Sin embargo, se presupondría un determinado concepto de ley que se aleja de ser un puro acto de poder y se acerca a ser la expresión de un acto de prudencia, de justicia y de razón,¹⁰³ por lo que su respeto constituiría una suerte de imperativo moral¹⁰⁴. Ello deja entrever un claro trasfondo *iusnaturalista*¹⁰⁵. Justamente, el vínculo entre el Derecho estatal y el Derecho natural, reavivado por la filosofía de la Ilustración¹⁰⁶, concibe a la ley como fruto de un proceso deductivo de principios claros y sencillos descubiertos en la naturaleza del hombre y que se orienta a la restauración de la sociedad¹⁰⁷.

Lo anterior tiene significativas consecuencias en relación con la analogía en el Derecho penal. Justamente, esta visión idealista del Derecho tacharía de injusta cualquier solución que quiera darse al caso por fuera de la ley. Puesto que toda ley sería la cristalización de lo justo para el caso regulado¹⁰⁸, la pretensión de reconocer lagunas y de apartarse de la voluntad del legislador, sería un intento de introducir una solución reñida con la Justicia. La analogía, por tanto, al ser una mecanismo que modifica el Derecho puesto por el legislador sólo sería el vehículo de la arbitrariedad¹⁰⁹.

En este contexto parecería plausible aquella inmortalizada frase de MONTESQUIEU, según la cual los jueces “no son [...] más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”¹¹⁰. El juez no podía osar apartarse del rol de autómatas aplicador de la ley¹¹¹ y, en el caso de que pretenda apartarse del silogismo perfecto que debe implicar su función de juzgar, en palabras de BECCARIA¹¹² “se abre la puerta a la incertidumbre”¹¹³. La ley suministraba criterios lo suficientemente claros como para que el juez no pueda, so pretexto de imprecisión e indeterminación de su enunciado, rellenar el marco normativo o ampliarlo a casos respecto a los cuales no se pensaba *ab initio* su regulación^{114/115}. La desembocadura de estos

¹⁰¹ VILE, *Constitutionalism*², p. 17.

¹⁰² Los frenos entre los órganos serían establecidos a los fines de representar los diferentes intereses de los distintos grupos o clases sociales, de allí que la función principal de la Constitución no sería, en realidad, la de asegurar los derechos individuales, sino la de ofrecer sanción jurídica a un compromiso político configurado por las diversas facciones que luchan para mantener o para conquistar el poder, cfr. COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 79.

¹⁰³ Cfr. PORTALIS, *Discurso*, p. 32.

¹⁰⁴ Lo que, en palabras de CARRIÓ, *Notas*⁴, p. 325, sería la premisa esencial del positivismo ideológico. Advirtiendo sobre la conexión entre el constitucionalismo clásico y el positivismo ideológico, POZZOLO, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 194. Sin embargo, la conexión entre positivismo ideológico y constitucionalismo, no queda tan sólo limitado al constitucionalismo clásico, sino que incluso es posible advertirlo en algunas propuestas neoconstitucionalistas, que se mostrarían proclives a entender que puede subsistir una obligación moral de obedecer la Constitución y sólo a las leyes que sean conformes a ella, cfr. COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 86, quien además niega que pueda conectarse al constitucionalismo clásico con el positivismo ideológico. Esta misma idea sostiene fervorosamente, NAUCKE, en *La insostenible*, p. 534 y ss., 545-549.

¹⁰⁵ Afirmando que el constitucionalismo clásico tiene como trasfondo ideológico al *iusnaturalismo*, COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 82; ZAGREBELSKY, *Historia*, pp. 40-42.

¹⁰⁶ Es menester destacar, como hace CALVO GARCÍA, *Los fundamentos*, p. 67, que la relación con el Derecho natural se presenta algo paradójica en la Ilustración. Mientras que, por una parte, existe un fuerte carácter reaccionarios que viene a rechazar todo lo antiguo y, con ello, al Derecho natural, por otra parte, con el proceso de codificación se precipita su vigencia al acoger una sistemática racionalista.

¹⁰⁷ PRIETO SANCHÍS, *La Filosofía penal*, pp. 14-15; EL MISMO, *Del mito*, en EL MISMO, *Ley, principios, derechos*, pp. 13 y ss.; ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 25.

¹⁰⁸ Como bien advierte ZAGREBELSKY, *El Derecho*, pp. 25 y ss., la concepción de la ley como «producto de justicia» puede sorprender a quien tiene la idea del constitucionalismo clásico continental, aunque tal plasmación de la justicia en la ley es algo típico de la originaria concepción inglesa del constitucionalismo clásico; FERRAJOLI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 17.

¹⁰⁹ Ello se explica a partir del reconocimiento del carácter completo y coherente que tiene el Derecho a los ojos de los clásicos, con lo que no podría hablarse bajo ningún concepto de lagunas jurídicas ni tampoco de conflictos entre normas, cfr. BULYGIN, en *Isonomía (2003)* 24, p. 8; EL MISMO, *Creación*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, pp. 29-30.

¹¹⁰ MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 112.

¹¹¹ ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 30; LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos*, p. 220; GARCÍA DE ENTERRÍA, en GARCÍA DE ENTERRÍA/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez*, p. 43. Poniendo de relieve que ello implica la asunción de una tesis de un positivismo como teoría, CARRIÓ, *Notas*⁴, p. 326.

¹¹² BECCARIA, *De los delitos*, p. 31.

¹¹³ En este silogismo la premisa mayor sería la ley, la premisa menor el supuesto de hecho acaecido y respecto del cual se infiere —según se subsuma o no dentro del tipo el hecho— la consecuencia de la pena o la libertad, BECCARIA, *De los delitos*, p. 31. Cfr. LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso*, pp. 42-43, quien se muestra abiertamente en contra de BECCARIA en este punto al concebir que es debido dejar a la prudencia del juez la aplicación de la ley a ciertos casos particulares que, pese a no hallarse expresamente comprendidos en las palabras de la ley, son conformes a la “mente del legislador”, en la medida que “las leyes no se pueden hacer de modo que comprendan todos los casos que pueden suceder”; aquí no estaríamos frente a una aplicación arbitraria.

¹¹⁴ BECCARIA, *De los delitos*, p. 30.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

planteamientos estaría en una clara escisión de las tareas de creación y aplicación del Derecho, de manera tal que las decisiones judiciales nunca podrían, por ejemplo, crear causas de justificación o de exculpación, sin extralimitarse de manera inconstitucional en sus competencias.

Una consecuencia final e ineludible de este análisis es que la clemencia y el perdón, distintos a los expresamente reconocidos por legislador, no pueden ser aceptados. Dicho ello, digno de temer no sería sólo que diversas comisiones de un mismo delito fueran castigadas con diversas penas, sino que también sea declarado impune según la diversidad de jueces¹¹⁶. Incluso este modelo parecería tomar partido claramente en favor de la subsunción perfecta de la norma —abstraída de interpretaciones¹¹⁷— en aquellos casos en que, mediante la interpretación, se salvaría la rigurosidad e injusticia que se derivaría de la estricta aplicación de la ley penal.

Parecería además que no tendría sentido el perdón o la clemencia en un ordenamiento jurídico —en especial el jurídico-penal— de reglas claras y precisa que solucionan todo caso genérico según los parámetros exigidos por la Justicia. Ello sólo es necesario en aquellos regímenes de legislación imperfecta, en los que la clemencia busque morigerar los excesos de la legislación en la conminación abstracta de la pena o en la criminalización de las conductas¹¹⁸.

Además, dado que el ideal que guía a la Ilustración es la fundición del Derecho natural en el Derecho positivo, parece ser impensado y contradictorio que puedan existir casos que merezcan —en términos de justicia distributiva— una consecuencia jurídica diferente a la expresamente anudada por el legislador. Ello rige aun cuando se trate de retraer la potestad punitiva¹¹⁹. Por tanto, si es el legislador quien cuenta con mayor respaldo de representatividad de los intereses generales, las excepciones sólo podrán ser puestas por él y nunca por el juez o el ejecutivo¹²⁰. En tal sentido, las causas de justificación, las causas de exculpación y demás causales de levantamiento de pena jamás podrían ser creadas por la labor pretoriana del juez mediante analogía.

Esto último importaría el cuestionamiento de otro valor preeminente: la certeza jurídica, encarnada en la legalidad¹²¹. En consecuencia no sería posible, en absoluto, hablar de analogía en el Derecho penal¹²², sea *in malam* o *in bonam partem*¹²³. La razón de este monopolio del legislador está en ser la función penal “*más delicada que las demás funciones de justicia en cuanto sus consecuencias afectan a los derechos más sagrados del hombre, como son su libertad, su honor y su vida. De aquí que sea mayor el temor a la arbitrariedad y, por tanto, la necesidad de firmeza y certidumbre en la declaración del Derecho*”¹²⁴. Pero esta afirmación se ve asimismo fortalecida cuando es posible transgredir la rígida separación de poderes, de manera que toda arrogación potestades legislativas por parte del juez sería desde todo punto de vista censurable.

¹¹⁵ De caras a este modelo judicial, la cuestión sobre la interpretación de la ley no parece ser una cuestión pacífica. Si se lleva al extremo estos planteamientos y además se suma el entendimiento de la interpretación como la filtración inevitable de la voluntad del intérprete, cabría rechazar toda legitimidad al juez para interpretar la ley. Esta es, sin dudas, la opinión defendida por BECCARIA, cfr. BECCARIA, *De los delitos*, p. 31. En cambio, quienes entienden la interpretación en otros términos (sin que ella importe la introducción del arbitrio judicial), estarían dispuestos a asignar cierta prevalencia a la interpretación subjetiva (o, en algunos casos, al criterio gramatical), como la más fiel defensa del postulado democrático y de la legalidad, cfr. SALGUERO, *Argumentación*, p. 135. Crítico frente a la búsqueda de la voluntad del legislador, al no considerarla actualmente decisiva para atribuir significado a las palabras de la ley, NINO, *Introducción*, p. 247.

¹¹⁶ LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso*, pp. 40-41.

¹¹⁷ BECCARIA, *De los delitos*, p. 32. “*Un desorden que nace de la rigurosa y literal observancia de una ley penal, no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación*”. Incluso debe agregarse que en Baviera existió una norma con fecha de 19 de octubre de 1813 que prohibía cualquier tipo de comentario al Código penal, cfr. RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 840, p. 536.

¹¹⁸ BECCARIA, *De los delitos*, p. 111.

¹¹⁹ FEUERBACH, *Lehrbuch*¹², p. 142, “*por tanto, una sentencia sólo puede absolver cuando la misma ley absuelve y sólo condenar, cuando la ley condene*”.

¹²⁰ LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso*, p. 35, “*la clemencia para perdonar es virtud del legislador; pero no de los depositarios y ejecutores de las leyes*”.

¹²¹ Sin duda que también en este punto jugaría un papel relevante la pretensión de evadir efectos disfuncionales para la prevención general, cfr. BACIGALUPO, *La rigurosa*, en EL MISMO, *Principios constitucionales de derecho penal*, p. 121.

¹²² Sobre dicha postura, la completa exposición de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, pp. 483 y ss., quien incluso liga directamente tal postura con el positivismo jurídico, donde la admisión de la analogía supondría cambiarse al bando del “Derecho libre”.

¹²³ En tal sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, pp. 338 y 524; EL MISMO, *La ley*, p. 139, al considerar que tal exclusión obedece a que diversos Códigos excluyen el empleo de la analogía en el Derecho penal y en el Derecho de excepción, y que las excusas son normas excepcionales o penales, con lo que también les alcanza la prohibición.

¹²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 338. Precisamente, señala MADRID CONESA, *La legalidad*, p. 62, que la supresión de la analogía *in bonam partem* es el precio que ha de pagarse por alcanzar el ideal de la certeza jurídica. Ello sería, por cierto, consecuencia de una visión del ordenamiento jurídico asumida por el positivismo jurídico como teoría, al entenderlo completo y carente de lagunas que deban ser colmadas mediante el recurso a la analogía, cfr. CARRIÓ, *Notas*¹, p. 326.

3 El significado de la legalidad en el Estado neoconstitucional de Derecho radical¹²⁵.

Para este segundo modelo, lo que se encuentra en el centro del escenario político y a partir de lo cual se derivará todo el programa institucional de un Estado, es la *Constitución* y no ya la ley. Podría pensarse que mientras en el modelo clásico la Constitución valía en la medida en que los derechos reconocidos por ella eran plasmados en una ley¹²⁶, en este otro modelo cobra fuerza la idea de que las declaraciones y derechos contenidos en la Norma fundamental pueden tener sin más fuerza operativa. Por tanto, sería posible señalar que el protagonismo que cobra la Constitución en la argumentación jurídica y en la interpretación de la distribución de funciones políticas vendría acentuado por la preeminencia de la primera parte de las Constituciones en la que se plasman los derechos fundamentales sobre su parte orgánica.

Para este corriente, la Constitución se conforma exclusivamente por normas materiales, a partir de las cuales puede obtenerse el contenido de cada norma jurídica del sistema mediante operaciones metódicas¹²⁷. Ello vendría dado a partir de una concepción de las normas *iusfundamentales* que se liga estrechamente a un esquema *puramente material*¹²⁸. Todo esto llevaría a hablar de una *constitucionalización del ordenamiento jurídico* que puede ser definida como “*un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales*”¹²⁹.

El neoconstitucionalismo, como su origen histórico lo indica, viene a representar una reacción a algunos de los abusos e inconsistencias que venía arrastrando el constitucionalismo clásico. El fin de la Segunda Guerra mundial ofreció, además de la necesidad de revisión de las concepciones morales de Occidente, la necesidad de que el Derecho comenzara a adentrarse en campos antes desconocidos para él durante el *reinado* del constitucionalismo clásico¹³⁰. Tampoco puede obviarse la exacerbación de su dimensión práctica en la resolución de los conflictos sociales. Todo esto lleva a algunos autores¹³¹ a defender que el neoconstitucionalismo implica una profunda transformación en la cultura jurídica y no una simple continuación del pensamiento clásico.

Tiene gran importancia resaltar que la visión radical del neoconstitucionalismo sugeriría un replanteamiento profundo de los valores fundamentales que habrán de ser conseguidos por medio del Derecho. La *certeza jurídica*, que tanta importancia había tenido en el constitucionalismo clásico, viene a quedar desplazada por la necesidad de satisfacer principalmente otros valores consagrados en la Constitución. Esto se asume aun cuando pudiese implicar el sacrificio de algunos márgenes de *previsibilidad* en las decisiones del Estado¹³².

El Derecho deja de reducirse a aquello expresamente establecido por el legislador, dado que se asume que pueden existir decisiones legislativas que se adopten en contradicción con las exigencias de justicia y los valores constitucionales. De ahí que se diga que la justicia ya no quedaría contenida dentro de la misma ley, sino que su realización sólo se lograría a partir de una solución de los conflictos mediante la Constitución. Lo último sugiere que cabría la posibilidad de que se susciten conflictos entre el contenido que las leyes *tienen* y el que *deberían tener* conforme a las exigencias constitucionales. Ello explica el auge del control de constitucionalidad y de los Tribunales

¹²⁵ Es menester aclarar que en la explicación del modelo neoconstitucionalista que se sigue, no se pretende desconocer las diversas vertientes que encuentra el neoconstitucionalismo, por lo que sólo me limitaré a caracterizar la corriente más extrema.

¹²⁶ Son muy gráficas en este sentido las permanentes expresiones que aparecen en ciertas normas de constituciones de cuño liberal, en las que al reconocerse derechos se advierte que serán ejercidos “*conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”.

¹²⁷ Distanciándose expresamente de este modelo y optando por un modelo mixto *formal-material*, ALEXY, *Teoría de los derechos*, pp. 505 y ss.

¹²⁸ Al respecto, ALEXY, *Teoría de los derechos*, pp. 503 y ss.

¹²⁹ GUASTINI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 49.

¹³⁰ Situando el origen del neoconstitucionalismo en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, CARBONELL, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 9; FERRAJOLI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 14; COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 75; SASTRE ARIZA, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 239.

¹³¹ ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 34; FERRAJOLI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 18.

¹³² En palabras de ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 38, la minusvaloración de la certeza jurídica tiene que ver con que la ley “*ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad*”.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Constitucionales, pero también explica el claro avance de la Constitución sobre la ley en la regulación jurídica de la sociedad¹³³.

El sacrificio de la certeza jurídica se produce en favor de la *libertad*, aunque no entendida en el sentido clásico o negativo, esto es, como posibilidad de elegir libremente a partir de criterios jurídicos previamente dados. En verdad, se acoge un concepto de libertad que genera a su favor el derecho de exigir frente al Estado prestaciones positivas (libertades positivas)¹³⁴. El Derecho penal afincado en este modelo constitucional tendría como desiderátum la ampliación de estas libertades positivas, lo que llevaría a ver sus restricciones como algo excepcional. Aquí la legalidad sólo funcionaría, *prima facie*, a la hora de tipificar conductas prohibidas y de imponer penas, de manera que no cabría admitir ningún límite cuando de lo que se trate es de excluir el castigo. En consecuencia, no serían vistas con buenos ojos las restricciones a la analogía *in bonam partem* o a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna¹³⁵.

Para poder explicar la fortaleza con que la Constitución fluye en el ordenamiento jurídico, será preciso partir de una Constitución que, además de ser rígida y controlable judicialmente, tenga fuerza vinculante y aplicación directa por los tribunales¹³⁶. En resumidas cuentas, que se trate de Constituciones normativas y garantizadas¹³⁷, es decir, que generen derechos y obligaciones directamente para los ciudadanos, y que pueda hacerse valer por los jueces ordinarios¹³⁸. Esto último, ensamblado a la degradación en la escala de valores jurídicos de la certeza jurídica y de la democracia, evidencia un enaltecimiento innegable de los jueces en la gestión y realización de las aspiraciones neconstitucionalistas¹³⁹. Con ello, las Constituciones post-bélicas encontrarían en el juez su más fiel servidor¹⁴⁰. Es él quien directamente puede recurrir a la Constitución para establecer derechos y obligaciones en un caso concreto, con independencia de la voluntad del legislador¹⁴¹. De este modo, se produce un marcado alejamiento del fundamento democrático del Derecho (en cuanto a la adopción de las decisiones estatales por mayorías parlamentarias) y que se hace a favor de alcanzar la solución justa de los conflictos sociales y de realizar los derechos fundamentales.

No debería pasar desapercibido que, en este contexto, el Derecho penal debería satisfacer los requisitos de validez que la Constitución le impone. De este modo, en caso de no respetarse o contrariarse alguno de sus valores o los derechos fundamentales, la Constitución prevalecerá sobre la ley penal¹⁴². Con tal argumentación se desembocaría —en algunos casos— en una erosión del sentido de garantía que desempeña el tipo penal. Sin embargo, tal erosión no implicaría necesariamente una vulneración de derechos fundamentales, dado que aquí avanzaría la Constitución sobre la ley ordinaria con la meta de salvaguardar derechos fundamentales¹⁴³. Ello sucedería cuando existen leyes o disposiciones jurídicas que tienen repercusión sobre la persecución de delitos —v.gr. leyes de prescripción, leyes de punto final, etc.—, o, en todo caso, cuando el Derecho penal *legislativo* reconoce eximentes que, según baremos constitucionales, son abiertamente repudiables¹⁴⁴.

¹³³ COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 83.

¹³⁴ En buena medida, el Estado no viene a ser visto solamente como aquél respecto del cual el ciudadano debe desconfiar incondicionalmente, sino que el Estado sería visto ahora también como un agente coadyuvador en la ingeniería social y que busca estatuir instituciones que sean esencialmente justas. Para ello, además de los derechos en sentido negativo, reconoce la existencia de derechos positivos. Con esta última clase de derechos es posible sufragar buena parte de los obstáculos que sufre cada persona (cfr. COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 85), originados con independencia de sus verdaderos méritos y/o deméritos. Intenta, por consiguiente, evitarse el *status quo* de las distribuciones de beneficios previos al pacto social y que se ligan a cuestiones ajenas al propio obrar de los hombres.

¹³⁵ Argumentando a favor de la ultractividad irrenunciable de la ley penal más favorable, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 381-382.

¹³⁶ GUASTINI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 50 y ss.; SASTRE ARIZA, en *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 240-241; BACIGALUPO, *El principio*, en EL MISMO, *Principios constitucionales de derecho penal*, p. 43

¹³⁷ PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 128 y ss.

¹³⁸ GUASTINI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 56.

¹³⁹ PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 133.

¹⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, *Del mito*, en EL MISMO, *Ley, principios, derechos*, p. 3, "el fortalecimiento del papel del juez no es hoy una apuesta voluntarista, sino cabal consecuencia del modelo de Estado constitucional".

¹⁴¹ Destacando la primacía del juez sobre el legislador, GARCÍA FIGUEROA, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 167.

¹⁴² En tal sentido FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 170-172, 358, quien incluso llega a considerar que le cabe al juez la obligación de censurar la ley oponiendo su inconstitucionalidad.

¹⁴³ Ello parecería ser la consecuencia lógica de adoptar un concepto *materializado* de legalidad, en virtud del cual, dicho principio estricto de legalidad se encontraría condicionado por los derechos fundamentales. Así, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 857.

¹⁴⁴ Tal argumentación estuvo desde siempre presente en la fundamentación de la responsabilidad penal que le cabía a los responsables de los crímenes cometidos durante el régimen del nacionalsocialismo, de las dictaduras latinoamericanas y a los guardias fronterizos durante el extinto régimen de la República Democrática de Alemania. Sobre el punto existe una copiosa discusión doctrinal que en modo alguno pretende ser abarcada aquí. Ver por todos, FLETCHER, *Conceptos básicos*, p. 166-168;

Pero además, la devaluación del mandato de determinación se manifestaría en toda su dimensión en aquellas disposiciones que, como las eximentes, tienden a crear espacios de libertad jurídicamente garantizados o a limitar la intromisión punitiva del Estado. El principio de legalidad se entendería pura y exclusivamente como garantía del imputado rigiendo en la medida que respalde valores constitucionales y, con mayor razón, no regiría en este ámbito de la ampliación de espacios inmunes al Derecho penal¹⁴⁵. De ello se derivaría que, al caer, por ejemplo, la vigencia del mandato de taxatividad, no haría falta la tipificación de las causas de justificación, en virtud de que el juez podría derivarlas de las propias reglas y principios contenidos en la Constitución.

Parece entonces claro que la teoría de la división de poderes viene a ser desmantelada por esta constitucionalización del ordenamiento jurídico. Un primer motivo podría hallarse en el predominio de la parte dogmática de la Constitución frente a la sección orgánica¹⁴⁶. Otro motivo sería el reconocimiento de derechos positivos que llevan al Estado a incrementar la tarea de la rama Administrativa de su Gobierno¹⁴⁷, para satisfacer las desbordadas demandas sociales que tienen carácter urgente.

En el modelo de juez por el que optaría el neoconstitucionalismo radical¹⁴⁸ no parece abonable una distinción tajante entre las funciones de legislar, ejecutar y juzgar, como lo entendía el constitucionalismo clásico. Por ello se explica que el juez acabe asumiendo importantes tareas legislativas, que se traducen en la necesidad de corregir los excesos del legislador cuando éste vulnera alguna pauta constitucional. Asimismo, el juez deja de ser aquel sujeto servil a la voluntad del legislador y se adentra en las razones que subyacen a la ley o en los principios jurídicos que se encuentran en la Constitución.

Resulta esclarecedora en este punto la importancia que tendría la eximente del *ejercicio legítimo de un derecho*¹⁴⁹ y en virtud de cuya cláusula podrían ingresar al ordenamiento jurídico-penal los derechos que se encuentran reconocidos implícita o explícitamente por la Constitución^{150/151}. Existiría una dualidad de causas que reivindicarían la eximente del ejercicio legítimo de un Derecho: una legalmente prevista en el art. 20.7 CP y otra configurada a partir de la proyección de los derechos fundamentales¹⁵². Además, sería posible extraer causas de exculpación o excusas absolutorias de disposiciones constitucionales tan generales como los arts. 10.1 o 14 CE, y que vendrían a ser interpretadas, principalmente, a partir de los valores que respaldan el ordenamiento constitucional¹⁵³.

SCHÜNEMANN, *¿Qué significado* (traducción inédita), admitiendo el castigo a partir de una reducción teleológica del principio de legalidad; NAUCKE, *Strafrecht*, § 2, n.m. 19, p. 66, considerando que los delitos de lesa humanidad son siempre punibles, con lo que una suspensión pasajera de la punición por parte de una dictadura no obsta su castigo; ASHWORTH, *Principles*, pp. 74-75; KÜHL, *Die Bedeutung*, pp. 12 y ss., resaltando especialmente en la argumentación del BGH la relación que se ha pretendido hallar en aquel entonces entre Derecho positivo y Derecho natural.

¹⁴⁵ Para un interesante aproximación a una visión de la legalidad impregnada por el neoconstitucionalismo, con especial referencia al reconocimiento de causas supralegales de exculpación, cfr. WITTIG, en *JZ (1969)*, pp. 546 y ss.

¹⁴⁶ Tanto es así que, al no reducirse la respuesta jurídica justa a la ley sino que ha de acudir a la Constitución para ello, este complemento a la legislación se situará en la sección que enuncia los derechos y garantías fundamentales. Sería justamente el contenido de la parte dogmática la que alcanzará a tener efectos inmediatos en la ciudadanía, con independencia de su consagración en una ley y aquí sería el juez el mejor realizador de ello y no el legislador.

¹⁴⁷ ZAGREBELSKY, *El Derecho*, pp. 34 y ss.

¹⁴⁸ Entiendo que postulan un modelo judicial muy parecido al que aquí se describe como prototípico del neoconstitucionalismo fuerte, DWORKIN, *Los casos*, en *EL MISMO, Los Derechos en serio*, pp. 201 y ss. y FLETCHER, *Conceptos básicos*, p. 152 y ss.

¹⁴⁹ FERRERES COMELLA, *El principio*, pp. 66-67.

¹⁵⁰ En este sentido se pronuncia la jurisprudencia del TC español, cfr. STC 2/2001, de 15 de enero, "el Juez penal, antes de entrar a enjuiciar la concurrencia en el caso concreto de los elementos del tipo penal pertinente, en este caso el delito de calumnias, debe efectuar el previo examen de si la conducta sujeta al escrutinio penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información del art. 20.1 CE, ya que las libertades del art. 20.1 a) y d) pueden operar como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta, so pena de conculcar el art. 20.1 CE de no hacerlo así". Ver también, STC 232/1998; respecto TS, STS 16/5/1990 sala segunda, STS 27/12/1990, STS 20/1/1992; 24 de junio de 1995.

¹⁵¹ Incluso sería acorde a ello asumir una concepción amplia de "derecho", comprendiendo a lo que se entiende tradicionalmente por derecho, interés legítimo y simples intereses. Al respecto, confróntese la exposición de la discusión en, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante*, pp. 36 y ss., quien se decanta por rechazar el efecto justificante de invocar un interés legítimo, pp. 46-50.

¹⁵² UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante*, p. 255. Curiosamente el resaltamiento de la dimensión constitucional de esta reivindicación tendería a hacer superflua la existencia del art. 20.7 CP, dado que bastaría con recurrir directamente a las disposiciones constitucionales. Valorando altamente los efectos justificantes de los derechos fundamentales y su proyección directa sobre todo el sistema jurídico, GÜNTHER, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, p. 54.

¹⁵³ Cfr. ROXIN, *AT*, § 22, n.m. 109-129, pp. 1009 y ss., quien reconoce aplicación directa del art. 4 GG y da eficacia exculpatoria a la objeción de conciencia. Cercano a ello se ubica FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 928 y ss. en la medida que reconoce que la desobediencia civil y la resistencia son, en verdad, obligaciones morales que prevalecen ante la ley, dado que "en

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A guisa de ejemplo, sería perfectamente factible la admisión de eximentes supralegales a partir de la aplicación del principio de no declarar contra sí mismo o de no declararse culpable en el ámbito de los delitos fiscales¹⁵⁴, etc. De esta manera se asumiría la contingencia de las prohibiciones del Derecho penal, ya que los mandatos y las prohibiciones deducibles de los tipos, quedarían condicionados a la confirmación del juez de que no se advierta en el caso concreto una contradicción con los enunciados permisivos constitucionales¹⁵⁵.

En este contexto de expansión de las competencias del juez tiene sentido afirmar que el concepto de legalidad abonado mantendría al juez anudado, más que a lo expresamente dispuesto por la ley, al contenido moral de la misma, a su reflejo constitucional. Por ello se entiende que la sujeción sería directamente con los valores supremos de toda Constitución y no con la ley. Esta última respondería, en principio, a un puro acuerdo partidista más que a un ideal de justicia, constitucionalmente enmarcado.

4 Crítica al modelo del Estado constitucional de Derecho clásico y al modelo del Estado neoconstitucionalista de Derecho radical

1. La doctrina abrumadoramente mayoritaria tiende a asociar la vertiente política del principio de legalidad con el *Estado constitucional de Derecho clásico* y un modelo de juez apegado celosamente al texto de la ley. En tal sentido, se recoge la conocida frase de MONTESQUIEU, según la cual el juez es la “*boca que pronuncia las palabras de la ley*” y se erige esta idea como el faro que alumbró el camino de la intelección de las funciones de los poderes públicos. El mayor problema con el que tropezamos al colocar como cimiento esta tesis es que, desde un inicio, es *impracticable* y *anacrónica*¹⁵⁶ o, en el mejor de los casos, *ucrónica*.

Es *impracticable* dado que en el momento actual de la estructuración política de los Estados existe una marcada tendencia a que las políticas deban adecuarse a los contextos de integración supranacional y a la contingencia inherente a la actual sociedad. Es aquí donde aparecen algunos problemas, ya que la agilización y el dinamismo que caracteriza a nuestro actual orden social parecen superar los mecanismos que disponen los Parlamentos para elaborar sus normas. Por tal motivo se precisan instancias institucionales —como la Administración y sus entes descentralizados— que desempeñan cada vez más importantes funciones en este sentido. En este contexto, la actuación del Ejecutivo se produce muchas veces fuera del estricto margen trazado por la ley, dado que el seguimiento férreo de ésta podría frustrar un adecuado acoplamiento a las necesidades sociales¹⁵⁷. Este nuevo papel que parece asumir el Poder Ejecutivo en el Estado de bienestar lleva a que en el debate teórico-político de la época se insista en mejorar la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

A su vez, no es posible concebir la figura de un juez-autómata en el momento actual, dado que el juez, en todo caso, debe interpretar la ley en su aplicación, introduciendo inevitablemente sus propias valoraciones y la dimensión política de la norma que acompaña a las cuestiones estrictamente jurídicas¹⁵⁸. Asimismo no puede negarse el trascendente rol que le cabe en el control de

el nivel individual y social consiste (...) en la (absoluta) autonomía de la moral frente al derecho y las instituciones” (p. 931). Reconociendo que el derecho de resistencia recogido en el art. 20 GG es una causa de justificación, pese a tener sumamente recortado se ámbito de aplicación, KÜHL, *AT*⁵, § 9, nn.mm. 93-94, p. 278. En la doctrina española, a favor de reconocer el carácter de fuente a los principios jurídicos cuando tengan aplicación *in bonam partem*, cfr. LUZÓN PEÑA, *PG*, I, p. 93; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁNQUEZ, *PG*, p. 125.

¹⁵⁴ Expresamente ello ha sido rechazado por el TS (STS nº 20/2001, Sala de lo Penal, de 28 marzo, ponente: CONDE-PUMPIDO TOURÓN; STS nº 1493/1999, Sala de lo Penal, de 21 diciembre, ponente: CONDE-PUMPIDO TOURÓN), arguyendo que la prohibición de autoinculparse no puede configurarse como una causa privilegiada de exención de responsabilidad.

¹⁵⁵ Ello vendría a negar el carácter superfluo de las normas permisivas de derechos fundamentales, cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos*, pp. 223-224.

¹⁵⁶ En este sentido, VILE, *Constitutionalism*², p. 2 y ss.; GÁMEZ MEJÍAS, *El significado jurídico*, pp. 295 y ss.; HASSEMER, en *Persona y Derecho (1996)* 35, pp. 146-147; YACOBUCCI, *El sentido*, p. 239; GARCÍA DE ENTERRÍA, en *GARCÍA DE ENTERRÍA/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, El Derecho, la Ley y el Juez*, pp. 44-45. Incluso existen quienes llegan más lejos y afirman que “*de hecho nunca ha sido realizado ni nunca será realizable*”, cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 38; NIETO, *El arbitrio*, p. 105.

¹⁵⁷ VILE, *Constitutionalism*², pp. 7 y ss.

¹⁵⁸ Considerando que la primitiva teoría positivista-mecanicista ofrecía un cuadro que no se asemeja en absoluto a la realidad, ROSS, *Sobre el derecho*, pp. 132-134. Como advierte críticamente sobre tal modelo NINO, *Introducción*, pp. 295-296, no hay nada de malo en considerar el razonamiento judicial como un silogismo, sino que, en realidad, el problema está en pensar que las

constitucionalidad de las leyes y en la tarea de colmar las lagunas y solucionar antinomias que puedan afectar al Derecho. Por ello, sería indudablemente inconsecuente señalar que, conforme a las finalidades jurídico-penales, cabe admitir la analogía *in bonam partem* y al mismo tiempo sostener este modelo clásico, dado que se produciría una infracción al postulado de la división de poderes. De ahí que cuando SCHÜNEMANN o ROXIN asientan el fundamento político en esta concepción sólo pueden admitir el recurso a la analogía *in bonam partem* o de la retroactividad de la ley favorable, partiendo de la transgresión de esta raíz del principio de legalidad.

El sobredimensionamiento de la ley llega a extremos tales entre los iluministas que la ley deba tutelarse *por mor* de la ley. Importa, ante todo, que sea cumplida la ley tal cual está, incluso en aquellos casos en los cuales de su aplicación pudiese derivarse una consecuencia injusta que afecta derechos fundamentales¹⁵⁹. Tal consecuencia (discutible en términos político-criminales) es la de restringir el reconocimiento de causas de justificación o de exclusión de punibilidad tan sólo a las que han sido expresamente admitidas por el legislador, vedando así la analogía *in bonam partem*.

Asimismo, me interesa denunciar el *ucronismo* de esta visión constitucionalista sobre la división de poderes. Salvando con ciertas dudas el caso de BECCARIA¹⁶⁰, los autores de la época —incluso el mismo MONTESQUIEU— jamás llegaron a postular un modelo de la subsunción o del juez autómata en los términos que se ha pretendido sostener¹⁶¹. Esta afirmación no tendría por qué implicar una apostasía de nuestra tradición liberal decimonónica, sino que habría de significar el desvelamiento de algunas confusiones pretéritas. Uno por momentos llega a sentirse aturdido con las referencias incesantes a MONTESQUIEU y al modelo de la subsunción que su obra *supuestamente* encarna, cuando luego de una lectura detenida de *Del espíritu de las leyes* uno queda perplejo por las groseras descontextualizaciones que han sufrido las ideas del pensador francés. A ello se suma que tales errores más que haberse aclarado a lo largo del tiempo, han tendido a permanecer bajo el *velo de la ignorancia*.

Sorprendentemente el autor ya expresaba en el prefacio de su obra: “*Pido una gracia que temo no se me conceda: que no se juzgue el trabajo de veinte años por la lectura de un momento; que se apruebe o se condene el libro entero, pero no sólo algunas frases. El que busque la intención del autor sólo podrá descubrirla en la intención de la obra*”¹⁶². Lamentablemente, la expresión de estos temores en su libro acabó sonando con fuertes tonos clarividentes. En todo caso pasa completamente desapercibido que en la obra de MONTESQUIEU no existe ninguna pretensión de desarrollar una tesis metodológica, sino que sólo se encuentra en su obra una crítica contra la práctica de los Tribunales penales de aquel entonces¹⁶³. En consecuencia, en el *Espirit des lois* solamente se trata de exponer un *modelo* de organización judicial¹⁶⁴.

En verdad, la conocida frase ya citada de que los jueces son “*seres inaminados que no pueden moderar ni las palabras ni el rigor de las leyes*”¹⁶⁵ aparece cuando MONTESQUIEU analiza las excepciones en las cuales el Poder Legislativo puede ejercitar funciones jurisdiccionales. En concreto, cuando alude a aquellos casos en los que la ley, pese a ser *ciega* y *clarividente*, pueda ser excesivamente rigurosa. Para

premisas del razonamiento judicial se obtienen por procedimientos mecánicos; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 38 y ss., “[e]l juez no es una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella. La idea del perfecto silogismo judicial que permita la verificación absoluta de los hechos legalmente punibles corresponde [...] a una ilusión metafísica”.

¹⁵⁸ MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 112.

¹⁵⁹ Opinando de modo similar, ROSS, *Sobre el derecho*, p. 134.

¹⁶⁰ Cfr. BECCARIA, *De los delitos*, pp. 31-33. En su obra se encuentran referencias ostensibles a la prohibición que pesa sobre el juez de interpretar las leyes penales. En el pensamiento de BECCARIA parece subyacer una visión verdaderamente idealista de la labor del juez, en la medida que puede aplicarse una ley sin interpretarla, puesto que toda interpretación permitiría al juez arropar sus caprichos y subjetividades, utilizando a la ley como subterfugio. En el fondo, no creo que fuese disparatado mostrar ciertas asimetrías entre la postura de BECCARIA y la de MONTESQUIEU. Al fin de cuentas, me atrevería a conjeturar que están manejando conceptos distintos de interpretación y de tenor literal, lo cual haría más bien aparente su distanciamiento. Aunque también, y pese a las dificultades que existen para determinar el origen de la errónea interpretación de MONTESQUIEU, no sería disparatado conjeturar que la confusión parte de BECCARIA, cfr. OGOREK, en LÜDERSSEN-FS, p. 133.

¹⁶¹ En términos algo más fuertes, señala OGOREK, en LÜDERSSEN-FS, p. 129, “*Probablemente, no se sería injusto con ninguno de la larga lista de críticos que se prolonga hasta la saciedad, si se supone que no han leído nunca el correspondiente texto de Montesquieu. Pues una mirada en la fuente advierte que no puede encontrarse allí la necesidad metodológica recriminada. Dicho de modo más exacto: Montesquieu nunca ha exigido un juez autómata. De modo que el respectivo lugar extraído del *Espirit des lois* que se refiere en general al proceso de aplicación del Derecho, muestra ello justamente en el sentido opuesto*”.

¹⁶² MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 3.

¹⁶³ OGOREK, en LÜDERSSEN-FS, p. 131.

¹⁶⁴ OGOREK, en LÜDERSSEN-FS, pp. 132-133.

¹⁶⁵ MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 112.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

estos casos, señala que no deben ser los tribunales los encargados de juzgar la rigurosidad de la ley, sino una parte del Parlamento conformada por los nobles¹⁶⁶.

Pero se suma otra cuestión aún de mayor calado, y es que tales ideas no son en realidad el pensamiento central del *Espíritu de las leyes*. La referencia al modelo del juez automático sólo se trata de la descripción que el autor realiza del modelo constitucional de la monarquía inglesa¹⁶⁷. Además, señala que, en la medida que la forma de gobierno se acerque a una República, más fija deberá ser la manera de juzgar, mientras que en los Estados monárquicos “*hay una ley que el juez aplica en los casos en que es terminante*¹⁶⁸; *en los que no lo es, busca su espíritu*”^{169/170}.

Además, no creo que sea posible sostener sin mayores esfuerzos argumentativos que la imagen de juez que modela MONTESQUIEU sólo se sujete férreamente a la letra de la ley y se halle imposibilitado de argumentar mediante el recurso al fin o espíritu de la ley. Al contrario, son numerosas las oportunidades en las cuales alude a que la aplicación de la ley pueda tornarse controvertida por las sentencias contradictorias generadas por el diverso pensamiento de los jueces. Debido a que ello sería inevitable, el legislador debería intervenir para terciar en estas controversias¹⁷¹.

Incluso en el Libro XXIX de su obra ya citada, alude con insistencia a la distinción que existe entre la ley (es decir, lo que se entiende por texto de la ley) y el propósito del legislador, el fin de la ley y las circunstancias en las que fueron realizadas. Estas circunstancias habrían de ser siempre consideradas por el intérprete, dado que prevalecerían sobre la ley misma¹⁷². Con ello deja entrever que el legislador no es ese ser iluminado y clarividente que regla la realidad social a la perfección, sino un ser humano que puede tomar decisiones no lo suficientemente meditadas¹⁷³. Lo clarividente no sería el legislador sino el *espíritu* de la ley y, por ello, el juez debía penetrar en él para aplicarla¹⁷⁴.

3. Pero tampoco es posible partir del modelo neoconstitucionalista fuerte porque la proyección desmedida de los derechos fundamentales y la posibilidad de hacerlos directamente operativos supone asestar un golpe deletéreo a todo el progreso que trajo al Derecho el enaltecimiento de la certeza jurídica¹⁷⁵. Ello llevaría a considerar a la Constitución como —según la opinión de FORSTHOFF¹⁷⁶— «*un hueso de mundos jurídicos*» “*de donde surge todo, desde el Código penal hasta la ley sobre la fabricación de*

¹⁶⁶ Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 112.

¹⁶⁷ Señalando ello también, VILE, *Constitutionalism*², pp. 86-87 y 93, opinando incluso que MONTESQUIEU va aún más lejos, al describir la monarquía inglesa no tal cual era a finales del S. XVIII, sino que lo hace a partir de un modelo ideal de la misma. Cfr. asimismo, OGOREK, en LÜDERSSEN-FIS, pp. 130 y 139. Igualmente entiende acertadamente ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa*, pp. 42-43, que gran parte de las críticas al modelo que tenían como blanco su carácter primitivo e ingenuo, descansan sobre una indebida identificación entre las hipótesis *prescriptivas* y *descriptivas* del modelo de juez; justamente “[c]uando la tesis de la sujeción del juez se entiende como una tesis *prescriptiva*, en lugar de como una tesis *descriptiva* (es decir, se sabe que el juez no está atado, pero se entiende que debe actuar como si lo estuviera), ésta ya no es tan ingenua ni tan primitiva”.

¹⁶⁸ La palabra “*terminante*” podría ser interpretada como queriendo aludir a los casos denominados *claros* por la actual Teoría del Derecho.

¹⁶⁹ MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 56. Inadvirtiendo cualquier tipo de distingo entre las funciones que el juez desempeña en la obra de MONTESQUIEU de acuerdo al tipo de gobierno, VILE, *Constitutionalism*², pp. 97-98.

¹⁷⁰ Incluso cercano a la fecha de aparición de la obra de MONTESQUIEU, BENTHAM, *Tratados*, pp. 51-53, 82, ya advertía de esta posibilidad que admitía el pensador francés de que los jueces acudieran a la ley cuando ella no sea clara. Asimismo, estimaba que la ley debía llevar consigo las razones que la justifiquen, al encarnar los principios que han servido de base a la ley general. Ello sería de gran utilidad al juez en la medida que harían de guía y de apoyo a sus decisiones y pondrían a los ciudadanos al abrigo de las arbitrariedades y la parcialidad del juez.

¹⁷¹ MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 54, “*A medida que los juicios de los tribunales se multiplican en las Monarquías, la jurisprudencia se carga de decisiones a veces contradictorias, bien porque los sucesivos jueces piensan de manera distinta, o porque las mismas causas son bien o mal defendidas, o, finalmente, por una infinidad de abusos que se deslizan en todo lo que pasa por la mano del hombre. Es un mal necesario que el legislador corrija de cuando en cuando por ser contrario al espíritu de los Gobiernos moderados*”.

¹⁷² Es muy común encontrar la errónea referencia a que MONTESQUIEU prohíbe al juez interpretar la ley y que sería un mero automático, cfr. ROXIN, *AT*³, § 5, n.m. 26, pp. 104-105; KAUFMANN, *Analogie*, pp. 4-5, 8; PRIETO SANCHÍS, *La Filosofía penal*, p. 44; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio*, p. 58; JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 154; LENCKNER, en *JuS* (1968) 6, p. 256; ROSS, *Sobre el derecho*, p. 133.

¹⁷³ MONTESQUIEU, *Del espíritu*, pp. 394 y ss.

¹⁷⁴ PORTALIS, *Discurso*, p. 36.

¹⁷⁵ Mostrándose también escéptico respecto a la gran virtuosidad de la Constitución para proporcionar siempre respuestas justas, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 113 y ss., “*La Constitución, en realidad, no constituye más que un marco, que ciertamente delimita las posibilidades de la construcción dogmática de lege lata, pero que en muchos aspectos, dada su amplitud y ambigüedad, puede rellenarse de formas sustancialmente diferentes. Las concreciones del principio «proporcionalidad» o del de «humanidad», entre otros, son buena prueba de ello*”, con lo que las cuestiones centrales del Derecho penal, como los límites al *ius puniendi* y los criterios de establecimiento de responsabilidad jurídico-penal, dependerían de una toma de postura filosófico-jurídica enmarcada en los parámetros constitucionales.

¹⁷⁶ Citado por ALEXY, *Teoría de los derechos*, p. 504.

termómetros¹⁷⁷. Así, la Constitución acabaría siendo para el juez lo que su vara mágica es a un mago, con lo que sería posible extraer de la CE desde una causa de justificación, una excusa absolutoria, hasta un conejo. Por tanto, ello debería juzgarse como “una excesiva desvaloración de la ley y una hipertrofia de la jurisdicción”¹⁷⁸. De esta forma la certeza del Derecho quedaría confiada tan sólo a la conciencia moral de cada juez¹⁷⁹.

Asimismo, la derivación de los derechos fundamentales de toda la normativa que regula las exigencias tendería a frustrar buena parte de los fines del Derecho penal y no lograría reducir la violencia informal, ya que se devaluarían los efectos preventivos de la amenaza de pena¹⁸⁰. Más aún, ésta es una de las peculiaridades del (pretendido) Derecho penal mínimo. En el intento de reducir a su mínima expresión el ejercicio del poder punitivo acabaría socavando todo intento de cultivar un sentimiento de protección en la ciudadanía. Ello tendría lugar a partir de la deslegitimación de ciertas injerencias y de la ampliación de los supuestos de exención de responsabilidad penal.

Por esta razón, difícilmente pueda aceptarse una postura que, como la de ROXIN, llegue a aceptar como causa suprallegal de exculpación a la objeción de conciencia, no por la vía de una analogía con el § 35 StGB (estado de necesidad exculpante) sino mediante “el recurso inmediato al art. 4 GG”¹⁸¹. Lo mismo llega a decirse respecto de aquellos casos en los cuales la aplicación directa del principio constitucional de culpabilidad puede excluir la culpabilidad del sujeto, pese a la ausencia de una causal legalmente prevista¹⁸². Incluso se llega a extremos de rechazar toda posible restricción mediante ley general de los derechos fundamentales y que sólo encontraría límites inmanentes derivados del sistema de valores de los derechos fundamentales¹⁸³. Además debería rechazarse todo intento de proyectar la vigencia inmediata de los derechos fundamentales en el campo de las causas de justificación, patrocinada en especial mediante la exigencia del ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP).

C FUNDAMENTOS JURÍDICO-PENALES

1 La prevención general, el principio de culpabilidad y los restantes fundamentos

En la doctrina pueden advertirse posturas que procuran asentar la fundamentación jurídico-penal del principio de legalidad en la idea de prevención general o en el principio de culpabilidad¹⁸⁴. Incluso, para algunos la concurrencia de ambos principios conformaría el sostén jurídico-penal de la legalidad¹⁸⁵. Conviene entender que la incorporación de la dimensión jurídico-penal en la interpretación del principio de legalidad es consecuencia de la necesidad de comprender todos los fenómenos del Derecho penal en claves político-criminales.

¹⁷⁷ En contra de esta postura extrema, ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 14, según quien la Constitución no debe pensarse como el centro del que todo se deriva por irradiación, sino como el centro hacia el cual todo debe convergir.

¹⁷⁸ ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 60. Precisamente, entiende LAPORTA, en *Doxa* (1999) 22, p. 322, que “la ley está en permanente interinidad y en una posición subalterna, porque es interpretada y contemplada no por sí misma sino como una suerte de sospecha permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución”.

¹⁷⁹ COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 95; GARCÍA DE ENTERRÍA, en GARCÍA DE ENTERRÍA/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez*, pp. 55-56. Incluso existe quien llega más lejos al decir que con el neoconstitucionalismo las normas han sido reemplazadas por los valores constitucionales, cfr. POZZOLO, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 200. Según la opinión de MOORE, en *Southern California Law Review* (1985) 278, p. 316, la actuación sin frenos del juez importaría sacrificar, entre otros valores, el de equidad y de justicia formal.

¹⁸⁰ Llamaría también la atención que con esta dirección de pretender ampliar a cualquier costo la libertad, se acabe olvidando la genuina voluntad de la ley, la cual podría coincidir con el sentido más riguroso, cfr. FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 193.

¹⁸¹ ROXIN, *AT*, § 22, n.m. 102, p. 1007. Igualmente cree posible reconocer efectos exculpatórios dentro de ciertos límites a los casos de desobediencia civil, cfr. ROXIN, *AT*, § 22, n.m. 130-131, pp. 1017-1018. Considerando que la apelación al art. 4 GG sólo es una causa de atenuación de la pena, WOLTER, en *El sistema integral*, p. 56, aunque en general este autor tiende a darle una amplia cabida a las disposiciones constitucionales en la exención de responsabilidad penal.

¹⁸² ROXIN, *AT*, § 22, n.m. 145, pp. 1024-1025, “[p]ues la vinculación al principio de culpabilidad viene prefijada constitucionalmente o al menos está jurídico-penalmente tan afianzada que podría servir para la elaboración de causas de exclusión de la culpabilidad”.

¹⁸³ ROXIN, *AT*, § 22, nm. 108 y estableciendo los límites inmanentes en n.m. 113, 115 y 117, pp. 1009, 1010-1001, 1012.

¹⁸⁴ Centrándose en la prevención general, SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 11 y ss

¹⁸⁵ En este sentido, SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 11 y ss

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En particular, el primer modo de fundamentar el principio de legalidad desde una perspectiva jurídico-penal se debe a FEUERBACH¹⁸⁶. En su obra, y a partir de su *teoría de la coacción psicológica*, sólo es posible lograr la determinación psíquica del delincuente en la medida que la ley determine del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida. En el caso de faltar una ley previa o de no ser clara la misma, no se podrá alcanzar el efecto intimidatorio deseado. Con motivo de ello, si nadie supiese si su conducta puede o no acarrear una pena, su amenaza no supondrá un contra-impulso al impulso delictivo¹⁸⁷.

Esta perspectiva es retomada por SCHÜNEMANN —del cual bebe también el análisis de ROXIN—, quien centra la dimensión jurídico-penal del principio de legalidad a partir de axioma de la *prevención general*. En este sentido, SCHÜNEMANN¹⁸⁸ se remonta expresamente a FEUERBACH y al papel central que tenía el Derecho penal para motivar las conductas de los ciudadanos influyendo en su autonomía individual¹⁸⁹. La necesaria influencia que debe ejercer la norma primaria en la autodeterminación del sujeto es crucial en el pensamiento de SCHÜNEMANN. Es menester agregar que dicha posibilidad de determinarse libremente está condicionada en gran medida por la posibilidad que tiene el sujeto de saber con claridad qué es lo que se le exige y en qué medida¹⁹⁰. Así, sólo una ley que regule taxativamente todos los supuestos de hecho y que conmine con penas enmarcadas dentro de máximos y mínimos motivaría al sujeto a obrar conforme a la ley¹⁹¹. Por ello, cabría rechazar la aplicación de reglas creadas *ex post facto* por el juez para fundamentar o agravar la pena, al no conocer con certeza el ciudadano la amenaza que de antemano se cierne sobre él y que le daría motivos para actuar conforme a las exigencias del Derecho.

Sin perjuicio de ello, la eclosión de la versión preventiva del Derecho penal y de su vinculación con el principio de legalidad no debería situarse con exclusividad en la pluma de FEUERBACH, sino que para ello es menester remontarse aún a las líneas maestras trazadas por los precursores de éste que dieron las bases filosóficas al Iluminismo. Ello así sucede en el pensamiento de MONTESQUIEU, BECCARIA y VOLTAIRE, quienes rechazan una concepción ciegamente teológica y retribucionista del delito y la pena, y consideran sustentada la reacción punitiva en la utilidad social que ella reporta¹⁹².

Para esta corriente de pensamiento es sabido que el buen legislador habría de procurar menos castigar delitos que prevenirlos y de ahí que se procurara mejorar las costumbres en lugar de infligir suplicios¹⁹³. Por tanto la necesaria realización de la finalidad de la pena quedará finalmente condicionada a que la ley sea promulgada en términos claros y con anterioridad a la realización del hecho, posibilitando así su conocimiento por parte de la ciudadanía. Ello no puede significar la renuncia a poner de relieve la importancia de la proporcionalidad de la pena para alcanzar tales efectos preventivos sobre la generalidad de la población¹⁹⁴. De este modo, se pretendería poner coto al espiral punitivo que, de lo contrario, no ofrecería límites a los fines de motivar al ciudadano en el cultivo de los principios del Estado de Derecho¹⁹⁵.

¹⁸⁶ Debe, sin embargo, señalarse que ya en 1764, BECCARIA destacaba la relación que existía entre el conocimiento de las leyes por parte de los ciudadanos y la prevención de delitos; cfr. BECCARIA, *De los delitos*, pp. 31-32, 105-106.

¹⁸⁷ ROXIN, *AT*, § 5, n.m. 22, 23, pp. 147-148; ANTOLISEI, *PG*¹⁴, pp. 67-68.

¹⁸⁸ SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 11 y ss.

¹⁸⁹ SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 11-12, considera que a partir de los desarrollos de la Psicología profunda y de la Psicología del aprendizaje behaviorista la teoría de la coacción psicológica habría recuperado su vigencia, pese a haber sido reputada en su tiempo por sus adversarios como un producto ingenuo de un racionalismo anticuado.

¹⁹⁰ Es importante destacar como el propio MONTESQUIEU advierte la perspectiva de la ley respecto a los ciudadanos, en el sentido de lo que en el ámbito jurídico-penal entendemos como norma primaria. Dicho ello, debiendo emanar la ley en una democracia de un Senado vitalicio que mantiene las costumbres pretéritas de la sociedad, la ley penal debería intimidar (más no generar terror, lo que sería propio de un despotismo) para mantener la pureza de estas costumbres, cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 38, “La ley romana que disponía que la acusación de adulterio se hiciera públicamente, era admirable para mantener la pureza de costumbres, pues intimidaba no sólo a las mujeres, sino también a los que deben velar sobre ellas”. Pero este grado de intimidación no debía desembocar en el atropello que supondría admitir la pena de muerte, aún en aquellos delitos contra la seguridad que son los más gravemente considerados por MONTESQUIEU; cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 131 y para mayores referencias sobre el protagonismo de la ley, p. 393.

¹⁹¹ SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 11. En este sentido también, MÜLLER-SCHMITZ, § 1, n.m. 39.

¹⁹² PRIETO SANCHÍS, *La Filosofía penal*, p. 76.

¹⁹³ Ello por cierto no cabría entenderlo como un predominio absoluto de la prevención, sino que lo que ha venido a cambiar del Antiguo régimen la Ilustración es la acentuación de la dimensión utilitarista de la prevención sobre la retribucionista, cfr. PRIETO SANCHÍS, *La Filosofía penal*, p. 34.

¹⁹⁴ BECCARIA, *De los delitos*, p. 111.

¹⁹⁵ Por lo tanto, habría de renunciarse a concebir a una concepción deontológica de las normas que busque influir sobre el comportamiento mediante la puesta en relación de aquél con la sanción. Dicho ello, la norma penal no implicaría ninguna apelación de deber a la libertad del destinatario y se limitaría a “ponerle un precio a la acción que haga de ésta algo poco atractivo” y el

El otro principio en el cual se ha pretendido anclar el fundamento jurídico-penal del principio de legalidad es el *principio de culpabilidad*. Si bien este principio está implicado de alguna manera en el fundamento preventivo-general, algún sector doctrinal le reconoce cierta independencia¹⁹⁶. Esto último lleva a señalar que si la pena presupone necesariamente culpabilidad, sólo podrá decirse que un sujeto obró culpablemente si antes del hecho el autor sabía o tenía la posibilidad de saber que su conducta estaba prohibida. Por tanto, la culpabilidad presupone que la amenaza de pena estuviera determinada legalmente antes del hecho¹⁹⁷.

Esta última postura no parece muy distante respecto de la mantenida por FERRAJOLI, quien considera que es preciso distinguir, de caras al estudio de principio de legalidad, entre el principio de *mera legalidad* y el principio de *estricta legalidad*. Según entiende el autor, el primer enunciado se corresponde con el criterio formal de la desviación, en la medida que la definición de la desviación no se condiciona a características ontológicas de lo inmoral o incorrecto, sino a las definiciones que haga la ley al respecto¹⁹⁸. En tal sentido, el principio de *mera legalidad* equivaldría al principio de reserva de ley y al sometimiento del juez a la ley, y se enunciaría con la máxima *nulla poena et crimen sine lege*¹⁹⁹. En tanto que, en lo concerniente al principio de *estricta legalidad*, se encumbrarían criterios verdaderamente empíricos o fácticos²⁰⁰. Conforme aquéllos, la definición legal de la desviación no se debe producir de acuerdo a figuras subjetivas del estatus personal o de autor, sino sólo a partir de un comportamiento externo, y formulándose a partir de la máxima clásica *nulla poena sine crimine et sine culpa*. Esto último representaría, a su vez, la *absoluta reserva de ley*, dado que con ello podrá determinarse el campo de aplicación o extensional de la norma²⁰¹.

2 Crítica a los anclajes jurídico-penales tradicionales del principio de legalidad

Las consideraciones vertidas con motivo de la explicación tradicional de la raíz jurídico-penal del principio de legalidad pueden ser, sin embargo, cuestionadas si se analizan un poco más a fondo los presupuestos de los que parte, como así también las conclusiones a las que se llega. A decir verdad, el núcleo de la crítica apuntará a desnudar las falencias que presentan estos modelos para abordar teleológicamente al principio de legalidad. Debido a esto último, se acaba en construcciones que sólo parcialmente analizan las exigencias que los fines del Derecho penal imponen a la legalidad.

En lo que respecta a la fundamentación jurídico-penal que se erige a partir del *principio de culpabilidad*, cabe oponer —como ya ha hecho buena parte de la doctrina²⁰²— la objeción de que tal camino quedaría corto en la explicación del axioma *nulla poena*. Ello es así si se considera que el reproche de culpabilidad sólo supone el conocimiento del injusto mientras que no el conocimiento de la pena. En este sentido, no podría explicarse por qué razón también debe estar fijado legalmente el marco penal. Cabe añadir a ello, como lo hace BACIGALUPO²⁰³, que el conocimiento de las normas no depende del Derecho escrito sino que también el Derecho no legislado puede ser conocido. Además, como es sabido, el basamento a partir del principio de culpabilidad se encuentra con obstáculos difícilmente salvables ante la explicación de alguna de las exigencias derivadas del *nullum crimen sine lege*, como de hecho sucede con la reserva de ley. En realidad, perfectamente podría encontrarse a salvo el principio de culpabilidad mediante el establecimiento de un delito mediante un reglamento²⁰⁴.

endurecimiento de la pena desembocaría en un mayor acatamiento del deber jurídico, cfr. SILVA SÁNCHEZ, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, pp. 561-562.

¹⁹⁶ Cfr. ROXIN, *AT*⁴, § 5, n.m. 24, 25, p. 148.

¹⁹⁷ ROXIN, *AT*⁴, § 5, n.m. 24, 25, p. 148; BACIGALUPO, *El principio*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, pp. 46-47.

¹⁹⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 34, 95-96.

¹⁹⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 34-35, p. 95, en tal sentido, el principio de *mera legalidad* sería la *condición de la vigencia o de la existencia de las normas* que establecen los delitos con sus respectivas penas.

²⁰⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 34, 95, con lo que el principio de *estricta legalidad* constituiría la *condición de validez o legitimidad* de las leyes vigentes.

²⁰¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 35.

²⁰² SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 15; JAKOBS, *AT*, Ap. 4, n.m. 3, p. 65; LANGER, en *DÜNNEBIER-FS*, p. 438.

²⁰³ BACIGALUPO, *El principio*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, p. 47.

²⁰⁴ MADRID CONESA, *La legalidad*, pp. 26-29, incluso el autor considera que también aparecen dificultades para explicar la prohibición de analogía y de la retroactividad de las leyes perjudiciales; JAKOBS, *AT*³, Ap. 4, n.m. 4, p. 66. Cabe recordar que

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Me interesa particularmente, no obstante, polemizar directamente con la pretensión de SCHÜNEMANN de alcanzar una interpretación teleológica del principio de legalidad a partir de la asignación de una raíz jurídico-penal que se corresponde con la prevención general^{205/206}. Si bien ello parece ser consecuente con la discusión dogmática de aquel entonces²⁰⁷, se incurre en el mismo error de las corrientes teleológico-político-criminales: supuestamente se orientan las categorías de la teoría del delito según las finalidades del Derecho penal, cuando, en realidad, se lo hace a partir de los fines preventivos de la pena.

Si lo que se busca es explicar las instituciones y categorías jurídico-penales a partir de las finalidades que busca alcanzar el Derecho penal, tal explicación deberá tener lugar a partir de los fines del Derecho penal y no de los fines de la pena. Al confundirse ambos planos de análisis, sólo quedarían en evidencia enfoques parcializados. La pena es *uno* de los medios con los que cuenta el Derecho penal para conseguir sus fines, pero no el único²⁰⁸. Los fines de la pena pueden coincidir con alguno de los fines del Derecho penal, pero no sintetizan todas las metas jurídico-penales. De allí que se explicaría al principio de legalidad sólo a partir de una parte de todos los fines del Derecho penal y tal enfoque sería, en consecuencia, insuficiente²⁰⁹. Por tanto, sólo será posible darle al principio de legalidad una lectura satisfactoriamente teleológica si se parte de las finalidades del Derecho penal y no desde los fines de la pena.

En otro orden de ideas, señala SCHÜNEMANN que cuando el legislador conmina a la ciudadanía en general bajo amenaza de pena a no realizar determinadas conductas que atenten contra bienes jurídicos, lo que está buscando es motivar al sujeto a que se abstenga de realizar la conducta prohibida²¹⁰. En términos de FEUERBACH, la amenaza de pena provocaría en la psique del potencial delincuente unas sensaciones de desagrado que harían prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión del delito. A partir de ello, la pena ejercería una “*coacción psicológica*” para abstenerse de la realización del hecho típico²¹¹. De esta manera, también la exigencia de taxatividad de la ley y la prohibición de aplicar retroactiva y analógicamente la ley contribuiría a la realización de los fines preventivos del Derecho penal²¹².

Pese a que a esto último SCHÜNEMANN lo afirma como algo indubitable, si se escarba un poco más profundamente puede uno percatarse de lo endeble que resulta la premisa mayor de la que parte, esto es, de que *una ley determinada y previa al hecho fortalece los efectos preventivos*. Desde luego que una ley taxativa y previa contribuye a garantizar los efectos preventivos del Derecho penal, pero de allí a decir que tales efectos sólo se consiguen a partir del conocimiento de la amenaza de pena existe un buen trecho.

esto último tiene sentido si se parte de asentar el principio de legalidad solamente en el principio de culpabilidad, con independencia de todo fundamento político.

²⁰⁵ Parecería curioso y hasta cierto punto obsoleto discutir con una publicación de SCHÜNEMANN que ha tenido lugar hace más de veintisiete años (SCHÜNEMANN, *Nulla poena, passim*). Sin embargo, las razones que me llevan a volverme a este punto histórico en la crítica, es que este importante artículo del profesor alemán no ha sido debidamente discutido en su momento por la doctrina alemana, e incluso el propio autor ha intentado seguir similares criterios en publicaciones posteriores (ver a modo de ejemplo, SCHÜNEMANN, *¿Qué significado* (traducción inédita).

²⁰⁶ Crítico también en este punto, aunque desde una perspectiva crítica distinta de la asumida aquí, CUELLO CONTRERAS, *PG*³, n.m., p. 201.

²⁰⁷ Estimo que en esta intención de perfilar teleológicamente el principio de legalidad llevada adelante por SCHÜNEMANN, mucho es lo que debe a la influencia ejercida por ROXIN de interpretar y construir las categorías de la teoría del delito a partir de las exigencias político-criminales, las cuales asocia con los criterios de prevención general y especial.

²⁰⁸ Considerando igualmente pobre limitar las implicaciones jurídico-penales del principio de legalidad a las consideraciones preventivo-generales, JAKOBS, *AT*², Ap. 4, p. 65, nota N° 5. Admiten, sin embargo, que los fines del Derecho penal vienen dados por los fines de la pena (y eventualmente de las medidas de seguridad), MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 2, p. 87.

²⁰⁹ Ello sería aún más cuestionable si se piensa, como hace STRATENWERTH, *¿Qué aporta*, pp. 25 y ss., en la insuficiente discusión actual sobre las teorías de la pena, al pretender reducir la explicación de los fines de las penas a la prevención general (positiva o negativa) o a la prevención especial y que dicha absolutización sólo podría ser posible teorizando a partir de un nivel excesivamente alto de abstracción que pierda por completo capacidad analítica.

²¹⁰ Cfr. SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 11 y ss. En sentido similar, LAMPE, *Strafphilosophie*, pp. 41-42, incluso llegando a afirmar que “...la amenaza de pena contenida en la ley no sólo debe ser entendida como advertencia, sino que también como motivo determinante para la medida del control de los autores, en caso que la advertencia sea desatendida”

²¹¹ ROXIN, *AT*⁴, § 3, nm. 22 y 23, pp. 78-79; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 212. En idéntico sentido ya se pronunciaba MONTESQUIEU, *Del espíritu*, pp. 129 y ss., agregando además que ello también se vería favorecido por una pena que sea proporcional al delito.

²¹² SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 17, 23, 24, 29-30.

Es aquí donde viene una primera dificultad para la tesis preventivista, dado que llega a pasar por alto que las razones que llevan a obedecer o abstenerse de cometer delitos responden a un sinnúmero de imponderables que difícilmente pueden unificarse en el temor a la sanción²¹³. La abstención de cometer delitos puede deberse al temor a la pena, a razones morales o de cualquier otra índole, pero ello es una cuestión que incumbe, en realidad, a la Psicología social más que al Derecho. En este sentido, convendría asumir que el comportamiento del potencial delincuente obedece a un sinnúmero de factores y que en realidad la pena constituye un incentivo más junto a los ofrecidos por las diversas instancias del control social y la moral.

Una argumentación de este estilo olvida que no es precisamente la posibilidad de anticipación lo que asegura o fortifica los efectos preventivos. Al contrario, mientras más indeterminada sea la norma, en mayor medida se estarán vigorizando los efectos preventivos, ya que el sujeto no sabrá con certeza cuál habrá de ser el comportamiento concreto por el cual será hecho responsable²¹⁴. De esta manera, a los fines de evitar el castigo, el destinatario se abstendrá de realizar tanto conductas que presupongan una mayor disvaliosidad ético-social, como cualquier otra que pudiese considerarse irrelevante. Ello es precisamente debido a no saber qué conductas son las prohibidas. Por ejemplo, si existiera un tipo que estableciera, “será castigado con pena de 10 a 20 años quien con su conducta ofendiere a la moral y a las buenas costumbres”, inhibiría por igual modo al homicida doloso que a la pareja de enamorados que se besan apasionadamente en Plaça Catalunya²¹⁵. Por ende, parece evidente que una gran indeterminación del tipo alcanza fines preventivos más eficazmente de lo que lo haría una ley taxativa y previa al hecho²¹⁶.

Además, de cara a la analogía *in bonam partem*, esta reconstrucción conceptual del principio de legalidad nos ofrece muchas falencias para fundamentar la admisión limitada de la analogía *in bonam partem*. Si la tesis de SCHÜNEMANN es cierta, los condicionamientos impuestos por la legalidad no afectarían a las eximentes, con lo que no podría exigirse al legislador que en tales casos respete el mandato de taxatividad o al juez que sólo limitadamente construya por analogía nuevas eximentes. Aquí la reducción teleológica que tendría lugar con la raíz jurídico-penal, entendería tales casos como excepcionales, de manera que no estarían alcanzados por la legalidad. Ello cuadra de maravillas en un esquema —como el propuesto por el profesor alemán— en el que se reduce la dimensión teleológica del principio de legalidad a las exigencias de prevención general, pero si se amplía el foco de análisis no será tan difícil detectar algunos problemas que se presentan.

Por poner un ejemplo: si no entendemos al juez sujeto de ningún modo a la legalidad, tendríamos que estar dispuestos a admitir que se apliquen las eximentes por analogía sin posibilidad de admitir limitaciones al respecto, dado que se estaría ampliando la libertad. No obstante, ello —al margen de cómo pueda entenderse la fundamentación del Estado de Derecho— también frustraría otras finalidades dignas de atención, como puede ser la producción de incentivos que reduzcan la violencia por mano propia. Yendo aún más lejos, ni siquiera podría decirse que respalde los fines preventivos, ya que los incentivos para impedir la comisión de ilícitos quedarían por el suelo, en la medida en que el delincuente incluya en su cálculo la alta posibilidad de que luego los jueces acudan ilimitadamente a la analogía para eximirlo de responsabilidad.

Por ello, sería mucho más conveniente reconstruir el modelo a partir de una tesis que reconozca la extensión del principio de legalidad también en el campo de las eximentes y que los fines jurídico-penales sirvan para graduar el nivel de exigencias correspondiente en cada eximente. Sólo así sería posible hablar de una admisión limitada de la analogía *in bonam partem*.

²¹³ Similar, JAKOBS, *AT*², Ap. 4, p. 65, nota N° 5.

²¹⁴ Agradezco en este punto la sugerencia hecha por el Prof. Dr. ORTIZ DE URBINA respecto a la imposibilidad de relacionar en estos términos el principio de legalidad y la prevención general. Dirigiéndose en este sentido, aunque sólo cuestionando que no existen pruebas de que una amenaza de pena concreta tiene efectos preventivos superiores que otra que no lo es, JAKOBS, *AT*², Ap. 4, p. 65, nota N° 5. Próximo a ello, STRENG, *Strafrechtliche*², nn.mm. 59-60, pp. 33-34. Directamente contrario a estimar que la amenaza de pena influye sobre la conducta ajena, STRATENWERTH, *¿Qué aporta*, pp. 16-17.

²¹⁵ Esto desde luego al margen de otros cuestionamientos constitucionales que se le pudiesen formular al hipotético precepto.

²¹⁶ En contra de lo aquí defendido, ROXIN, *AT*⁴, § 19, nm. 35, p. 867, quien confía en la idoneidad que tiene la previsibilidad en la ciudadanía para lograr prevenir la comisión de delitos, aún en el caso de la culpabilidad, dado que “el que se divulgue entre la población que el sí y el cómo de la pena no depende de lo que uno ha hecho con la actitud que sea, sino de lo que al juez le parezca necesario para el restablecimiento de la confianza en el ordenamiento... no puede ser útil para la “confianza en el ordenamiento” del ciudadano el que éste deba decirse que, dado el caso, la afirmación o negación de la culpabilidad no depende de su persona, sino de factores que no tienen nada que ver con él, de modo que se convierte en un juguete de las respectivas circunstancias”

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

IV TOMA DE POSTURA: REPLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA TELEOLÓGICA DE LA DOBLE FUNDAMENTACIÓN

A PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el presente apartado pretendo sentar las bases de lo que, a mi modo de ver, hace a los fundamentos de la admisión de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal y a los límites que deben advertirse en el tratamiento de aquella. Desde ya cabe adelantar que la legalidad en general debería concebirse como fenómeno político de todo Estado moderno y, por tanto, que alcanza a todas las ramas del Derecho²¹⁷. Pero para comprender cabalmente la amplitud con la que debe ser admitida la analogía *in bonam partem* conviene añadir una perspectiva genuinamente teleológica que explique en qué medida la analogía permite satisfacer los fines del Derecho penal. Creo que ella puede ser la manera más coherente de explicar el valor que posee el principio de legalidad respecto a aquellas parcelas en las que se apunta a fundamentar o agravar la responsabilidad penal, o bien, por el contrario, a retraer el ámbito de lo punible. Puede así colegirse que el principio de legalidad debería explicarse a partir de una fundamentación referida al Estado de Derecho y a los fines del Derecho penal.

B FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD REFERIDO AL ESTADO DE DERECHO.

1 Apertura del concepto de legalidad a la combinación de la certeza jurídica y los valores constitucionales.

La sociedad actual no parece mostrarse dispuesta a renunciar absolutamente a la predecibilidad y estabilidad del Derecho en la regulación de la realidad. Tampoco pretende entregarse a un Derecho fluido en el que impere la inestabilidad y la certeza jurídica brille por su ausencia. Resulta igualmente desaconsejable una visión estática del Derecho, que desista de dotarse de contenidos y aislar la dimensión jurídica de la eminentemente valorativa y/o constitucional. Por tanto, el Derecho debería mantener un contenido fuertemente formal, aunque abierto a una dimensión valorativa no reducida a la certeza jurídica.

El debate sobre el alcance del concepto de legalidad debe terciar entre el constitucionalismo clásico y el neoconstitucionalismo radical. La posibilidad de que todo el horizonte jurídico quede reducido a lo expresamente establecido dentro de las gélidas formas de la ley, parece ser cada vez más una auténtica afirmación de mitología jurídica²¹⁸. La certeza de la afirmación antecedente viene a ser corroborada por los abusos e inconsistencias que se derivaron de una concepción pura del Derecho, en la que se concebía al mismo como un sistema que se autoabastecía con independencia de cualquier referencia a la política y a la justicia²¹⁹.

Parece claro que la legalidad es un principio que caracteriza nuestro Derecho desde tiempos modernos y que, más allá de sus actuales cuestionamientos, aporta cuotas de certeza jurídica

²¹⁷ Sin embargo, parecería ser de otra opinión KÖHLER, *AT*, pp. 74-75, para quien la legalidad es una exigencia en aquellos sectores del Derecho en que se regulan las relaciones entre los particulares y el Estado, esto es, solamente se demandaría en el Derecho público.

²¹⁸ Sin embargo, actualmente SCHAUER, *Las reglas*, pp. 204 y ss., postula una visión sofisticada del legalismo clásico, al abogar por una visión de la legalidad fuertemente ligada a la idea de certeza jurídica y que prefiere un seguimiento riguroso de reglas aún cuando de ello pueda derivarse un resultado sub-óptimo de acuerdo con la razón que justifica la regla.

²¹⁹ En este sentido, BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, pp. 122, 123, “una aplicación de principios no explícitos en la ley es compatible con el principio de legalidad mientras no lo es una aplicación literal de la ley que contradice los principios (implícitos) en la misma”.

irrenunciables²²⁰. Sin embargo, deberá cederse necesariamente un espacio significativo a buena parte de los valores que las Constituciones también reconocen²²¹. El terreno cedido por la certeza jurídica, por tanto, es el costo que debe asumir el Derecho para poder operar con cierta dinamicidad²²². La convergencia de valores aquí propuesta cuenta con respaldo constitucional. La misma CE, además de establecer como valores supremos del Derecho español a la justicia, la libertad, el pluralismo político y la igualdad (art. 1º), en su art. 9. 3 garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la seguridad jurídica.

Lo dicho hasta aquí permite avizorar que la ley ya no representa una pieza jurídica fruto de la deducción de principios racionales últimos, que vienen a impregnar a la ley de un sentido de justicia. Tampoco cabría entender que la ley comprende todas aquellas conductas que merecen ser reguladas jurídicamente. En consecuencia, menos aún puede decirse que al aplicar la ley se satisfacen sin más las exigencias de justicia y que pueda afirmarse la existencia de un sistema jurídico sin lagunas y antinomias²²³. Más al contrario, en la integración del sistema y en la corrección de sus defectos, desempeñarán un rol esencial el recurso a la analogía y a los principios jurídicos. A decir verdad, la Constitución viene a aportar el material normativo como para flexibilizar y dotar de contenido al Derecho, y a suministrar las herramientas jurídicas necesarias para colmar lagunas y solucionar inconsistencias normativas.

El significado de la ley para el *constitucionalismo legalizado* aquí defendido constituye, en realidad, una concretización de las normas de derecho fundamental y, a su vez, una toma de postura concreta respecto a los valores e intereses constitucionales que merecen ser contemplados en una ley²²⁴. No parece acertado caer en la utopía de creer que la Constitución expresa un significado unívoco y que el legislador, por tanto, recoge tal significado incontrovertiblemente y lo plasma en una ley²²⁵. Al contrario, toda Constitución moderna aspira a representar en su normativa fundamental los intereses divergentes de una sociedad pluralista, para lo cual contiene normas sumamente amplias que condensan estos intereses diversos²²⁶. En el Parlamento los debates girarán en torno a *cómo* la ley que discuten logrará plasmar de mejor manera los intereses de los diversos sectores de la sociedad. Los tribunales se subordinarán, en principio, a la elección adoptada por el legislador, pese a que los principios constitucionales dejan abiertas diferentes posibilidades de concreción²²⁷.

Dicho esto, puede suceder que una vez implementadas estas normas se constate que algunos intereses son desatendidos²²⁸. De manera que cabe en tal situación recurrir a la analogía para solventar

²²⁰ Próxima a esta opinión, FALCÓN Y TELLA, *El argumento*, p. 191. Clama igualmente por esta necesaria vinculación entre legalidad y certeza jurídica el TC, cfr. STC núm. 297/2005, Sala Segunda, de 21 noviembre; STC núm. 151/2005, Sala Segunda, de 6 junio; STC núm. 163/2004, Sala Segunda, de 4 octubre; STC núm. 100/2003, Sala Segunda, de 2 junio; STC núm. 156/1996, Sala Segunda, de 14 octubre; STC núm. 34/1996, Sala Segunda, de 11 marzo.

²²¹ Mira con cierto escepticismo que la finalidad garantista del principio de legalidad quede reducida a la seguridad jurídica, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 256, “[d]ado que los mecanismos que ponen en contacto al ciudadano con las normas son indirectos y, en cierta medida, deformadores, a lo más que se puede aspirar es a un conocimiento aproximado y, por ello, impreciso”. Considera justamente irrenunciable la certeza jurídica como fundamento del principio de legalidad, FERRERES COMELLA, *El principio*, pp. 21, 43 y ss., he incluso cree que la certeza jurídica y la imparcialidad son los genuinos fundamentos del principio de legalidad.

²²² Cercano a la postura aquí mantenida, ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 51; PRIETO SANCHÍS, *Del mito*, en *EL MISMO*, *Ley, principios, derechos*, pp. 22-23.

²²³ Esta idea de Derecho, que en el fondo pretende disociar la ley y el Derecho, encuentra también respaldo en alguna sentencia del TC, cfr. “*El principio de legalidad aludido por su nombre y con alguno de sus elementos (jerarquía normativa y publicidad de las normas) en el art. 9, párrafo tercero, de nuestra Constitución, es inherente al Estado de Derecho como una emanación de ese imperio de la Ley que significa la primacía de ésta pero no su exclusividad y por tanto forma parte muy principal, pero parte al fin, del principio más amplio de la juridicidad acogido en aquellos preceptos, muy numerosos, donde se invocan la Ley y el Derecho (art. 103 CE) o el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este principio de legalidad funciona con su más estricta acepción en el ámbito del ius puniendi del Estado y de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, identificadas materialmente por la jurisprudencia propia y la europea con un diseño que asume implícitamente nuestra Constitución (art. 25.1)...*”, STC núm. 34/1996, Sala Segunda, de 11 marzo.

²²⁴ Siguiendo un sentido similar al neoconstitucionalismo débil aquí esbozado, BAYÓN, en *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 234-235. A mi entender, esta visión subyace también en CUELLO CONTRERAS, *PG*³, n.m. 72, p. 223.

²²⁵ Encontrando ello el respaldo del TC, cfr. STC núm. 52/2003, Sala Primera, de 17 marzo; STC núm. 151/2005, Sala Segunda, de 6 junio; STC núm. 163/2004, Sala Segunda, de 4 octubre; STC núm. 229/2003, Pleno, de 18 diciembre.

²²⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 13.

²²⁷ LARENZ, *Metodología*, p. 339.

²²⁸ Esto permite distinguir dos órdenes de razones o justificaciones que desempeñan un papel relevante en la concreción legislativa de los idearios constitucionales. Por una parte, cuando el legislador decide tutelar un interés constitucional concreto, toma a este interés como una justificación última de su decisión legislativa. Pero como bien sabemos buena parte de las disposiciones de Derechos fundamentales se caracterizan por su amplitud y por reconocer varios cursos posibles de acción en vistas a proteger aquel interés. Por esto último parece preciso advertir de la existencia de otra razón o justificación de abstracción mínima que avala o justifica que de entre los varios cursos posibles de acción el legislador se haya decantado por

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

tales problemas. Vale la aclaración, con todo, de que el recurso a la analogía no es gratuito, sino que para ello debe recurrirse a todo un complejo argumentativo que fundamente la necesidad y la conveniencia de extender la regulación de la ley a supuestos de hechos no previstos de antemano por la ley.

En otro sentido, la renuncia a cierto margen de certeza jurídica —entendida ella en un sentido ilustrado— encuentra también su explicación al ponerse en contacto con el aseguramiento de la libertad que antaño se perseguía por medio de la ley. Al Derecho penal debería interesarle no sólo asegurar la libertad de actuación de los ciudadanos en cuanto a la previsibilidad de los actos estatales, sino también una ampliación de las libertades ya reconocidas legalmente. Podría suceder que de una primera concesión de esferas de libertad o de ámbitos de exclusión de la injerencia punitiva se derivan injustas exclusiones de comportamientos que, si hubiesen sido considerados debidamente, merecerían ser justificados o excluidos de la punición del Estado²²⁹. Por ello, el recurso a la analogía sería imperioso para alcanzar tal sentido de libertad y de justicia²³⁰.

2 La división de poderes y la legalidad penal

Entre las diversas maneras de interpretar la división de poderes en el marco del principio de legalidad entiendo que la más adecuada es aquella que no se asienta sobre una concepción ahistórica del problema²³¹. La lectura de la división de poderes debería hacerse a la luz del contexto histórico dentro del que operamos, renunciando a ver que los poderes públicos funcionan en todo tiempo de la misma manera. Buena razón de ello es que deba considerarse el fuerte impacto que desde la segunda posguerra ha asumido la Administración en la gestión de la sociedad y del influjo irrenunciable del neoconstitucionalismo en la revalorización de la figura del juez²³².

En la actualidad no dejan de oírse las críticas que se dirigen contra los Parlamentos por el altísimo grado de politización que ha alcanzado su gestión en la sociedad²³³. En consecuencia, el producto normativo emanado de dichas instituciones políticas recibiría su contenido sólo a partir de las necesidades políticas presentes en el acuerdo parlamentario y no de un ideal de justicia²³⁴. Además, se critica su estancamiento e inoperancia, en la medida que los números muestran a las claras que el Poder Legislativo ha dejado de ser el Poder que más y mejor legisla. A tal crítica no sólo la abonan razones de técnica legislativa sino que la cantidad de proyectos de ley que emanan del Gobierno es muy superior a la que surge efectivamente de las comisiones parlamentarias²³⁵.

Por otra parte, ya no es posible negar buena parte de los problemas en los que desemboca la incontinencia del legislador y la inflación normativa en la que cae²³⁶. De allí que se reiteren con tonos alarmistas las denuncias sobre la denominada “crisis de la ley”²³⁷, con lo que la ley habría “perdido el sentido de la orientación, haciéndose temible por lo imprevisible de su dirección”^{238/239}. Ello llevaría a trasladar

una concreta. Según mi parecer, una distinción similar se encuentra en SCHAUER, *Las reglas*, pp. 154 y ss., cuando distingue entre *justificación sustantiva y justificación para la generación de reglas*.

²²⁹ Debido a ello es que “[e]l ideal de certeza no es el único ideal que el Derecho penal ha perseguido”, cfr. MORESO, en *Doxa* (2001) 24, p. 536.

²³⁰ En este sentido, estima ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 186, que la analogía se basa en el principio de igualdad o regla formal de justicia, que prescribe que se deben tratar igual los casos semejantes. Incluso, considera FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 62, que la analogía permite conciliar los valores de justicia y certeza jurídica, procurando combinar una solución axiológicamente aceptable que sea fiel a la ley.

²³¹ De opinión similar, FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 194.

²³² WITTIG, en *JZ* (1969), p. 548.

²³³ NAUCKE, en *La insostenible*, p. 540 y ss.; ZARZA MENSAQUE, en *Revista de la Facultad* (1994) 1 vol. 2, pp. 224-225.

²³⁴ NAUCKE, en *La insostenible*, p. 540.

²³⁵ ZARZA MENSAQUE, en *Revista de la Facultad* (1994) 1 vol. 2, p. 226.

²³⁶ FERRAJOLI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 20; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 17 y ss.

²³⁷ Sobre el reflejo que ello tendría en el Derecho penal actual, haciendo especial referencia a la desvalorización del mandato de taxatividad, SÜB, en *La insostenible*, pp. 241 y ss.

²³⁸ ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 36. En opinión de PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 131; EL MISMO, *Del mito*, en *EL MISMO, Ley, principios, derechos*, p. 28, la crisis de la ley también tiene que ver con otros factores, como ser: el proceso de unidad europea, el desarrollo de las autonomías territoriales, la revitalización de las fuentes sociales del Derecho, el deterioro de las propias condiciones de racionalidad legislativa (generalidad y abstracción). Próximo a PRIETO, DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad*, pp. 67 y ss.; EL MISMO, en *Doxa* (2001) 24, pp. 6 y ss. Esto tiene especial significado si se atiende al empleo abusivo por parte del legislador de conceptos sumamente indeterminados al momento de establecer las condiciones esenciales de la punibilidad de un delito y el marco penal, cfr. NAUCKE, *Strafrecht*, § 2, n.m. 52, pp. 73-74; EL MISMO, en *La insostenible*, pp. 441 y ss.; HASSEMER, en

buena parte del peso de las decisiones jurídicas de relevancia a los restantes poderes constituidos²⁴⁰. Algunos se mostrarían propensos a mirar con buenos ojos el dar mayor protagonismo al Poder Ejecutivo y al Judicial.

Pese a todo, el ataque sesgado contra el Parlamento supondría pasar por alto un punto importante. Es innegable que el mayor protagonismo que el Gobierno viene ejerciendo en la gestión del Estado desde tiempos del Estado de bienestar²⁴¹, también se halla empañado —en igual o mayor medida— por similares intereses políticos que nublan su correcto desempeño en la sociedad. Desde mediados del siglo pasado no pasa desapercibida la “hiperinflación” experimentada por la Administración, fruto de un impacto mucho mayor y directo que cobran sus políticas en la vida social cotidiana²⁴². Lo último lleva a que la actividad del Ejecutivo deje de centrarse en un hétérocontrol y pase a enfocarse en un control interno de sus estructuras²⁴³.

La ampliación de la gestión administrativa no viene a opacar el hecho de que es el juez, en realidad, quien adquiere un verdadero protagonismo en el neoconstitucionalismo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico —tan firmemente abogada en la peregrinación del neoconstitucionalismo fuerte— lleva a que la exaltación de los derechos fundamentales y su proyección inmediata en la ciudadanía, entronen en el esquema institucional al Poder judicial. Pese a ello, creo que es inaceptable tal postura, a la cuenta de que asestaría un duro golpe a cualquier pretensión de alcanzar un margen mínimo de certeza jurídica. A ello no puede renunciar jamás el Derecho, transformándose de lo contrario en una mera “resolución equitativa de casos”²⁴⁴. La cuestión no pasa por erigir como “señor del Derecho” ni al legislador ni al juez, sino que pasa por viabilizar un trabajo coordinado entre ambos²⁴⁵.

Parece, por tanto, imposible claudicar a la legalidad en nuestro Derecho penal actual, aunque seguramente su papel tendrá algunos acomodamientos necesarios a la actual estructura institucional de los Estados. Si esto es lo que en verdad habría de interesarnos, no parece disparatado admitir que el fundamento democrático ceda un lugar a otros criterios que aportarían el sustento valorativo de la Constitución para reforzar el sentido de la proscripción de la arbitrariedad²⁴⁶. La necesidad de que el juez pueda invalidar una norma cuando ella no sea acorde a los baremos constitucionales y de que pueda el juez optar por la analogía cuando ella no esté prohibida por una rama concreta del Derecho, no alcanza a ser identificada por una base democrática. Parece claro que un desplazamiento parcial del

Persona y Derecho (1996) 35, pp. 146 y ss. Sobre los diversos sentidos posibles en los que se puede hablar de “crisis de la ley”, cfr. el muy buen trabajo de LAPORTA, en *Doxa* (1999) 22, pp. 321 y ss.

²³⁹ Incrédulos frente al valor que podría llegar a tener la literalidad de la ley penal en la actual sociedad del riesgo, ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 483; CANCIO MELLA, en JAKOBS/CANCIO MELLA, *Derecho penal del enemigo*, p. 88-89; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal*, pp. 94 y ss, 163.

²⁴⁰ HASSEMER, en *Persona y Derecho* (1996) 35, p. 147, aludiendo expresamente a la confianza del legislador en la complementación que realiza el juez.

²⁴¹ Esto se explica por el rol mucho más activo que la Administración debe asumir en la tarea de equilibrar las desigualdades sociales con las que llega cada persona al suscribir el pacto social y que no son, en realidad, sino fruto del «azar de la naturaleza», cfr. POZZOLO, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 191.

²⁴² ZAGREBELSKY, *El Derecho*, pp. 35 y ss.; PRIETO SANCHÍS, *Del mito*, en EL MISMO, *Ley, principios, derechos*, pp. 22-23; DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad*, pp. 68-69; EL MISMO, en *Doxa* (2001) 24, pp. 7-8; v. MÜNCH, en A.A.V.V., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 12. Nos encontramos, al fin de cuentas, con un Estado que prefiere dejar de limitar su función a la tutela pasiva de los ámbitos de libertad, prefiriendo ser un auténtico coadyuvador en la gestión social que incorpora en su catálogo a los derechos positivos, cfr. ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 82; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 356.

²⁴³ Incluso mostrando que el hétérocontrol ejercitado por el PL frente al PE es deficiente por las dificultades de alcanzar las mayorías que producen la decisión de control, WALDRON, *The Dignity*, pp. 30-35.

²⁴⁴ En este sentido, ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 133; GARCÍA DE ENTERRÍA, en GARCÍA DE ENTERRÍA/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez*, p. 53.

²⁴⁵ Próximos a esta idea, ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 132; DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad*, pp. 79-81; GARCÍA DE ENTERRÍA, en GARCÍA DE ENTERRÍA/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez*, pp. 55, “el papel de juez deberá seguir siendo el de un servidor de la Constitución y de la Ley, en nombre de las cuales habla y de las cuales, y no de ninguna otras fuente mágica, extrae únicamente la fuerza de sus Sentencias”.

²⁴⁶ Cabe apuntar que, en este ámbito, lo preponderante no parece ser más el puro sentido *cumulativo* de la decisión parlamentaria, esto es, el puro seguimiento de reglas procedimentales. También parece ser importante que el valor del contenido de la decisión y vislumbrar los criterios materiales que se siguen para adoptar una determinada decisión legislativa. En sentido coincidente, BAYÓN, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 214, “no habría nada especialmente valioso en el mero mayoritarismo irrestricto: esto es, lo que se nos dice es que una comunidad política haría mal en adoptar una regla de decisión colectiva tan simple como «lo que decida la mayoría», en vez de otras más complejas, del tipo «lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere derechos básicos»”. Insistiendo, al respecto, en la importancia de la deliberación previa a la decisión, GUTMANN, en *Democracia deliberativa y Derechos humanos*, p. 277, en tanto que la deliberación tendría como fin justificar decisiones concretas frente a quienes resultarían obligados por ellas.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

postulado democrático es el costo necesario que ha de pagar el Derecho para ponerse en contacto con las exigencias de la justicia²⁴⁷.

El juez penal debe priorizar la respuesta justa al caso, aunque tomando principalmente como base de su decisión al material normativo puesto por el legislador²⁴⁸. Sólo excepcionalmente podrá crear Derecho para el caso en concreto a partir de la analogía *in bonam partem* y admitiendo nuevas causas de justificación, de exculpación y atenuantes. Esta admisión excepcional de la creación judicial de Derecho penal mediante la analogía sería la consecuencia necesaria del desplazamiento parcial que sufre la razón democrática del principio de legalidad. Debe destacarse, no obstante, que una tarea de este tipo está muy lejos de ser la de un juez que apela directamente a la Constitución —saltando la ley— en búsqueda de la respuesta justa. Algo semejante sólo incentiva las aporías jurídicas²⁴⁹. No parece saludable imaginar un juez omnipotente que se erige en el oráculo del Derecho.

La consecuencia que puede extraerse con mayor seguridad es que la tarea de interpretación y aplicación del Derecho ni llega a la rigidez atribuida al constitucionalismo clásico ni tampoco alcanza los excesos del juez neoconstitucionalista extremo. El juez, además de necesitar recurrir a los métodos interpretativos al momento de aplicar la ley, podrá crear igualmente Derecho penal. El medio que empleará para ello será la analogía y solamente estará habilitado para crear causas de justificación, causas de exculpación y atenuantes. Jamás podría admitirse la creación judicial de tipos penales, circunstancias agravantes y excusas absolutorias a partir de la analogía.

Todo lo anterior demuestra que resulta preferible hablar, en lugar de división de poderes, de un sistema de *checks and balances*²⁵⁰. En este sistema se busca poner frenos al poder estatal, pero asignando a los diversos poderes una función principal —mas no exclusiva— y otras secundarias²⁵¹. Ello marcaría una tendencia a reconocer un *Kernbereich* y un ámbito periférico en la función de cada órgano, respecto a las excepciones reconocidas por la Constitución²⁵². Ello no excluiría tampoco otro sentido de flexibilización de la distribución de funciones, a partir del concepto de la “idoneidad funcional”²⁵³, en el cual, según entiendo, desempeñaría un papel destacado en su interpretación una orientación teleológica de la función de cada uno de los órganos. A partir de ello, la infracción a la independencia funcional no se produciría por la mera infracción de las competencias formales, sino sólo cuando la arrogación de la concreta potestad suponga el quebrantamiento de la finalidad que persigue el poder constituido en particular. Dicho en otras palabras y a modo de ejemplo, la función legislativa sería principalmente una tarea que le compete al PL, pero al mismo tiempo podría ser ejercitada por el juez aunque sólo en un terreno excepcional y determinado dentro del Derecho penal.

3 El principio de legalidad y el sistema de fuentes del Derecho penal

²⁴⁷ En sentido similar, SASTRE ARIZA, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 244. Según entiendo, próximo a ello, HASSEMER, en *Persona y Derecho (1996)* 35, pp. 155-156.

²⁴⁸ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante*, pp. 212-213.

²⁴⁹ De allí que pueda afirmarse que la analogía busca conciliar las exigencias de la justicia y el Derecho, FALCÓN Y TELLA, *El argumento*, pp. 177-178. Próximo esta idea del diálogo entre norma y las circunstancias del caso, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 153.

²⁵⁰ Por cierto, opto por hablar del modelo del *checks and balances* como algo distinto de lo que tradicionalmente se entiende por la teoría de la división de poderes, en donde se resalta, además de un aspecto procedimental y funcional diferente según cada poder, la necesaria pertenencia de sujetos diferentes en cada uno de ellos como garantía de imparcialidad. Por *checks and balances* entiendo un modelo en el que imperan los controles entre los diferentes poderes, sin que ello implique necesariamente una división absoluta de funciones. Tomando, en cambio, a la teoría de la división de poderes como una teoría de *checks and balances*, cfr. GÁMEZ MEJÍAS, *El significado jurídico*, pp. 23-24; COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 77.

²⁵¹ VILE, *Constitutionalism*², pp. 415-416; EHLERS, en *AAVV, Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 1, nm. 8, p. 6.

²⁵² Ello permitiría hablar de dos tipos de funciones: las primarias que serían las esenciales por estar comprendidas en el ámbito nuclear garantizado constitucionalmente y las periféricas, que serían susceptibles de modificaciones, cfr. GÁMEZ MEJÍAS, *El significado jurídico*, p. 325. Incluso, ello es puesto de manifiesto por la jurisprudencia del TC, según la cual, en la CE la relación de poderes constituidos debe leerse a partir del reconocimiento de funciones principales y secundarias para una adecuada interacción entre los poderes; ver STC 6/1983, de 4 de febrero; STC 77/1983, de 3 de octubre. El BVerG expresamente se ha pronunciado sobre la necesidad de proteger, en el contexto de las atribuciones de los órganos estatales, tan sólo el *ámbito nuclear*, cfr. EHLERS, en *AAVV, Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 1, nm. 8, p. 6. Además, según v. MÜNCH, en *A.A.V.V., Allgemeines Verwaltungsrecht*, pp. 3-5, la división de poderes habría de verse como un medio de combatir la concentración de poder y asegurar, ante todo, la libertad individual, y no como una ordenación rígida de las funciones del Estado, lo cual —por cierto— resulta imposible; CZYBULKA, *Die Legitimation*, pp. 105 y ss.

²⁵³ GÁMEZ MEJÍAS, *El significado jurídico*, pp. 332 y ss.

A partir del marco institucional esbozado es posible afirmar la existencia de instrumentos normativos que no hayan sido puestos directamente por los órganos estatales en el sistema jurídico. Con ello cabría reflexionar sobre la alternativa de concebir un sistema abierto de fuentes del Derecho penal que no quede reducido a la ley. De ahí que parezca importante analizar si cabe concebir a los principios jurídicos y a la jurisprudencia el carácter de fuentes jurídico-penales; o, en el mejor de los casos, meditar sobre el papel que a estas piezas les corresponde dentro del sistema.

En la actualidad no podría renunciarse a considerar los principios jurídicos como una pieza importante del Derecho. Empero, cabe adelantarse que en el Derecho penal los principios no pueden revestir el carácter de fuente²⁵⁴. Los principios jurídicos no formarían parte del sistema de normas que el juez penal está obligado a aplicar, ni tampoco serían un material normativo que permite integrar lagunas en el Derecho penal²⁵⁵. Sin embargo, este rechazo de los principios en el Derecho penal no lleva a negar cualquier incidencia que puedan tener en la interpretación y en la analogía.

Algo distinto es lo que sucede con el carácter de fuente del Derecho penal que tendría la jurisprudencia. Si a la decisión jurisprudencial se le confiriera un carácter normativo equiparable al de la ley, ello implicaría desde luego una vulneración de la división de poderes y una arrogación injustificada de un *ámbito competencial nuclear* de otro Poder. Sin embargo, debido a que el legislador en algunos supuestos puede equivocarse o hacer una distinción de casos menos fina para regular adecuadamente los comportamientos, se hace necesario apartarse excepcionalmente del texto de la ley. Estos problemas, que no han sido tan infrecuentes en el Derecho penal, deberían ser solucionados por el juez y muchas veces la única forma de lograrlo sería admitiendo la creación judicial de Derecho. Por ejemplo, cuando el legislador alemán de 1871 no distinguió suficientemente y privó de efectos justificantes al estado de necesidad, obligó al juez a solventar este inconveniente a partir de la analogía. En esta situación, el juez habría tenido que crear una causa de justificación.

Parece entonces necesario admitir que la jurisprudencia tenga carácter de fuente en el Derecho penal, pero sólo de modo excepcional²⁵⁶. No cualquier descuido del legislador habilita al juez a tener que crear Derecho. Esta actividad del juez no podría verse como una infracción del ámbito competencial del Poder legislativo ni como una arrogación repudiable de atribuciones propias de otro órgano. Si bien cuando el juez admite causas supralegales de justificación por analogía está creando Derecho penal, el carácter de esta creación no es el mismo que el que tiene la justificación de origen legislativo. Precisamente, ello se aprecia en la comparación de los efectos que tiene la norma creada por el juez y la creada por el legislador. Más allá de que la norma creada por el juez permitirá fundamentar la sentencia del juez en *ese caso concreto*, no podría ser alegada con igual valor jurídico para otro caso. La eximente creada por el juez a partir de la analogía sería una norma válida aunque no obligatoria²⁵⁷.

C FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. APROXIMACIÓN A UNA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA.

1 Introducción

No ha sido nada fácil para la dogmática identificar aquellos contenidos que permiten explicar solventemente las instituciones jurídico-penales desde una perspectiva teleológica. Ello explica en buena medida muchas de las dudas que se ciernen sobre los intentos de perfilar la interpretación de las instituciones de la teoría del delito a partir de las finalidades del Derecho penal. Estos interrogantes se

²⁵⁴ Coincidente, RUIZ MANERO, *Algunas concepciones*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, pp. 119-120; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Ilícitos*, p. 124; PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 157. En cambio, reconociéndole restringidos efectos en el Derecho penal, CEREZO MIR, *PG*⁵, I, p. 151; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, p. 93; YACOBUCCI, *El sentido*, p. 98; MORENO Y BRAVO, en *BACIGALUPO-Hm*, p. 551.

²⁵⁵ No obstante, de otra opinión, WITTIG, en *JZ (1969)*, p. 548.

²⁵⁶ Negando que la jurisprudencia pueda ser fuente en el Derecho penal, CEREZO MIR, *PG*⁵, I, p. 151; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, pp. 157-158.

²⁵⁷ Sobre esta cuestión volveré más adelante, ver

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

refieren a sí, en efecto, se tratan de genuinas doctrinas teleológicas o, tan sólo, de teoría normativas clásicas, con algunos correctivos político-criminales.

No muy distinta ha sido la situación respecto a la interpretación del principio de legalidad a partir de las finalidades del Derecho penal. Como ya hemos señalado *supra*, el tránsito de la raíz del Estado de Derecho a una raíz jurídico-penal, no ha conseguido alcanzar las pretendidas orientaciones teleológicas. En realidad, se ha renunciado de antemano a un análisis que responda a las exigencias generales del Derecho penal, para reducirla a una única finalidad de la pena: la *preventivo-general*. Ello ha desembocado inexorablemente en dos patologías: ora distorsionar a tal punto los fines preventivo-generales que hagan posible cualquier tipo de explicación, ora explicando el principio de legalidad no según las finalidades del Derecho penal.

Con todo, podría incluso afirmarse que una satisfactoria orientación teleológica vendría dada con la adscripción a una teoría *preventivo general positiva*. Si bien en ésta se trata de una teoría de la pena y no de los fines del Derecho penal, lograría explicar buena parte de los cometidos del Derecho penal²⁵⁸. Sin embargo, no puede negarse que la “ultra-abstraída” teoría de la prevención general positiva se extralimita en la explicación de las finalidades de la pena y hace pasar como fines de la pena aspectos que conciernen en realidad al mundo de las finalidades del Derecho penal²⁵⁹. Por ello parece necesario que una auténtica interpretación teleológica del principio de legalidad exija el abandono de enfoques que parten de las teorías preventivo generales de la pena, para analizarlo a partir de las finalidades del Derecho penal.

2 Fines del Derecho penal

a *El Derecho penal frente a los intereses de la sociedad, la víctima y el delincuente*

La cuestión referida a las finalidades concretas del Derecho penal aparece íntimamente vinculada con el sentido social que se le adscribe al delito y a la pena, como reacción ante la comisión de un ilícito penal. Ciertamente, la comisión de un delito supone la puesta en cuestión de la existencia moral de una persona. Dicho de modo más claro: el delito atenta no sólo contra la persona como centro de atribución físico-natural que produce modificaciones en el mundo exterior, sino también como centro de atribución moral que detenta un haz de derechos y obligaciones reconocido por el Derecho²⁶⁰. Así, podría decirse con IHERING²⁶¹, que “*el derecho es la condición de la existencia moral de la persona, y el mantenerle es defender a la existencia moral misma*”²⁶².

Del mismo modo que con el delito se produce un atentado contra la existencia moral de una persona, al mismo tiempo su producción representa una desestabilización de los lazos sociales y la frustración de expectativas sociales institucionalizadas por el Derecho²⁶³. En tal sentido, la pena vendría a ser un mecanismo comunicativo y cognitivo que restituye contrafacticamente a la persona en su existencia moral. No obstante, a su vez devuelve a la comunidad la confianza en el carácter vinculante de las normas del sistema, al confirmar la “*identidad normativa de la sociedad*”²⁶⁴. Por tanto, el delito porta un significado tanto respecto a la víctima como respecto a la sociedad, lo cual el Derecho penal no puede desconocer.

²⁵⁸ STRATENWERTH, *¿Qué aporta*, p. 20.

²⁵⁹ STRATENWERTH, *¿Qué aporta*, pp. 21-23.

²⁶⁰ Jamás podría pensarse que la atribución de esta personalidad moral emane sólo a partir de la constitución de la sociedad y la misma quede, al fin y al cabo, supeditada a las necesidades sociales. La constitución social de la personalidad moral viene en realidad a reconocer derechos que le eran previamente asignados.

²⁶¹ V. IHERING, *La lucha*, p. 92, con referencias similares en p. 95.

²⁶² En términos similares se pronuncia FRISCH, en *El sistema*, pp. 205-206, según quien, el Derecho es algo más que el conjunto de normas que en caso de ser infringidas son impuestas mediante la coacción organizada. El Derecho sería “*una red de relaciones de reconocimiento recíproco*”.

²⁶³ Cfr. V. IHERING, *La lucha*, p. 76, “[r]esistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es precepto de la existencia moral; es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general”; JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 18 y ss. No muy distante, FRISCH, en *El sistema*, p. 206, “[e]l injusto es, en realidad, el quebrantamiento de estas relaciones de reconocimiento, es una conducta que se manifiesta como negación del reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos”.

²⁶⁴ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 11.

Empero, el sentido social del delito y de la pena no puede reducirse a satisfacer solamente criterios que tengan que ver con las propias necesidades sociales y de la víctima. Asimismo, la comprensión de la pena y del delito también debe tener lugar a partir del respeto a la existencia moral del delincuente (potencial o no), que podrían llegar a verse severamente afectadas de pretenderse satisfacer los intereses sociales y de la víctima. Ello parece ser aún más claro cuando se observa de qué manera las pretensiones por incluir a la víctima en el proceso y en el Derecho penal han traído aparejado un importante retaceo de los derechos fundamentales del imputado²⁶⁵. De allí que deba ser robustecido el sentido que tenga el Derecho penal en el establecimiento de garantías que limiten el ejercicio de la potestad de castigar. Además los intereses del potencial delincuente se protegen recortando el ámbito de lo punible en determinados grupos de casos, ampliando limitadamente los ámbitos de ejercicio de libertad no condicionados por una amenaza de pena.

Lo anterior permite entender que la configuración del Derecho penal tiene lugar en un contexto de armonización entre los intereses de la víctima y la sociedad, por un lado, y los del potencial delincuente, por el otro²⁶⁶. Pero, además, en la explicación de ello no debe olvidarse que desempeñan un papel sumamente destacado consideraciones más profundas vinculadas al funcionamiento de las sociedades modernas.

Parece percibirse que la construcción social de la realidad es un proceso que va desde lo micro a lo macro, en el sentido de que el centro atómico de la sociedad parte de cada interacción que los sujetos mantienen. Este proceso continúa hasta llegar a una estandarización en la que tal interacción no se explica ya como tal, sino como estándar social que genera respecto a la colectividad una serie de expectativas²⁶⁷. Cada integrante de la sociedad va generando en cada interacción con su par pautas con sentido, en cuanto rigen tal interacción y darán sentido a los posterior contactos que mantengan sucesivamente. Sólo cuando un determinado grupo de pautas emergentes de las interacciones alcancen un determinado nivel de generalización, podrá hablarse de la constitución de un proceso de estandarización. A partir de él emergen pautas o estándares de comportamientos sociales que rigen la constitución y mantenimiento de la sociedad. En este nivel se produce una primera institucionalización, al generalizarse a la sociedad las pautas con sentido que guiaban los concretos contactos sociales y en la que se estandariza una concreta expectativa sobre los comportamientos a seguir. Pese a lo que pueda pensarse, tales expectativas son independientes de las creencias y motivaciones de los actores²⁶⁸.

Las sucesivas institucionalizaciones que tienen lugar con el Derecho y sus específicas ramas van a estar signadas por la institucionalización de tan sólo determinadas expectativas sociales y de la constitución de medios cognitivos y comunicativos que establezcan de modo diverso (aunque progresivamente más severo) sus diversas defraudaciones²⁶⁹. Ello deja como balance que el núcleo de estas defraudaciones tendrá como referente a la entidad de la coerción a que dé lugar. De este modo, el número de expectativas que cada rama del Derecho pretende estabilizar variará decrecientemente a medida que la estabilización contrafáctica sea más gravosa. Dicho ello, los supuestos en que efectivamente se imponga una pena estarán reducidos a un pequeño grupo de casos que realmente merezcan y necesiten ser amenazados con pena. Así, la descompresión del núcleo de hechos castigados por el Derecho penal tendrá lugar por la necesidad de castigar solamente las lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídicos más repudiables ético-socialmente²⁷⁰. Además, el retraimiento punitivo se genera por la existencia de un mayor número de garantías y de circunstancias que eximen de responsabilidad penal (en comparación con otras ramas del Derecho).

²⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, en *Poder Judicial (1997)* 45, pp. 193-194.

²⁶⁶ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 170-171.

²⁶⁷ De modo similar, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 79, "la relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Tal regla es un norma social en sentido estricto: si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro".

²⁶⁸ En cambio, considera la expectativa como fenómeno puramente psicológico, SILVA SÁNCHEZ, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, p. 566.

²⁶⁹ La razón de la gran importancia que tiene la institucionalización operada por el Derecho, se debe a que la estructura del orden social es sumamente compleja y accesible muy dificultosamente. Pese a ello, debe ponerse en conocimiento a los ciudadanos y a las agencias de persecución penal de los valores sociales fundamentales que ameritan una tutela jurídico-penal cristalizada en la ley, cfr. LAMPE, *Strafphilosophie*, p. 41.

²⁷⁰ Ello se debería en palabras de v. IHERING, *La lucha*, p. 93, a que el sentimiento jurídico "se debilita o crece según que los individuos y los pueblos vean en la lesión que se hace a su derecho, un atentado más o menos grave a la condición de su existencia moral".

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Sin embargo, lo dicho no viene a significar que la institucionalización jurídico-penal quede reducida a plasmar en normas las expectativas existentes respecto a la intangibilidad de sus esferas de libertad y la solidaridad con nuestros pares ante determinadas situaciones de peligro (v. gr. situaciones de desamparo y de necesidad). Además cristaliza en reglas jurídicas las expectativas de la sociedad en relación a comportamientos en los que está ausente la necesidad de confirmar la integridad normativa mediante la pena, dada la concurrencia de circunstancias excepcionales que condicionan el obrar del agente (v. gr. causas de justificación, causas de exclusión de la culpabilidad, etc.). Lo así dicho evidenciaría una dependencia recíproca entre sociedad y el Derecho penal, con lo que cabría pedirle al Derecho penal

que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social, del mismo modo que, a la inversa, el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles²⁷¹.

El Derecho penal, por tanto, tiene como un primer medio de aseguramiento normativo de las expectativas la amenaza con pena de determinados hechos. Ya la sola conminación penal es un medio de aseguramiento y demostración de que el Estado está dispuesto a mantenerla ante una eventual defraudación. Una tal amenaza de pena existe objetivamente con independencia de las subjetividades de los destinatarios, es decir, con independencia del motivo por el cual los destinatarios de la amenaza se inhiben de atentar contra bienes jurídicos. Pero tal medio de aseguramiento, ciertamente, quedaría en la nada si, ante una defraudación merecedora de pena, la amenaza penal no alcanza a realizarse y el orden social no alcanza a estabilizarse. Ello devendría en una desconfianza generalizada en el Derecho penal y haría propicio el recurso a medios diversos de estabilización; implicaría el retorno al estado de naturaleza.

Con todo, el cometido que el Derecho penal tendría en este nivel de gran abstracción, no estaría reducido a la institucionalización de expectativas y a su estabilización en caso de ser defraudadas. Precisa, a su vez, que el Derecho penal se proyecte sobre la dimensión del sujeto destinatario de la amenaza. En este caso, es la norma jurídico-penal un medio de protección ante la injerencia estatal. Estos límites impuestos a la potestad de castigar se traducen en la necesidad de que el destinatario de la amenaza de pena tenga la posibilidad de conocer que existen determinadas injerencia en el ámbito organizativo ajeno que se hallan prohibidas. Aunque tampoco ningún sujeto podría ser responsabilizado bajo cualquier título de imputación (castigando meras producciones de resultados lesivos o puestas en peligro con independencia de algún factor de atribución de culpabilidad).

b Principales finalidades del Derecho penal: ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos, ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales y reducir el ius puniendi.

Todo lo anterior muestra que una satisfactoria explicación de las finalidades del Derecho penal debe considerar debidamente a estas tres dimensiones que hasta aquí he intentado resaltar (sociedad, víctima, delincuente), buscando conciliar los intereses representativos de tales sectores. Ello no resulta ser para el Derecho penal una tarea fácil, si se piensa que el intento de resguardar al delincuente de la arbitrariedad y de la violencia estatal puede significar el sacrificio de los intereses de la sociedad. Del mismo modo, el resguardo de los intereses sociales y de la víctima podrían significar el avasallamiento de las libertades del delincuente²⁷². Por ello, el Derecho penal tendrá, en esencia, tres finalidades principales: *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos, ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales y reducir el ius puniendi.*

En este punto de partida es necesario eludir a la ramificada discusión referida al destinatario de la norma primaria y de si, efectivamente, el mensaje que el legislador transmite es conocido por aquél. En cambio, parece ser mucho más fructífero entender que el Derecho penal se dirige a personas que

²⁷¹ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 22-24.

²⁷² Aludiendo también a esta tensión permanente entre las finalidades garantistas y preventivas del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 278 y ss., quien enuncia que la síntesis entre ambos sentidos del Derecho penal debería aspirar a la «máxima eficacia preventiva con el mínimo sacrificio de la libertad individual» (p. 298).

obran y deciden racionalmente y que analizan en cada actividad que se encaminan a llevar adelante las consecuencias de su conducta²⁷³. Justamente, cuando una persona se dispone a actuar, le surgirá como opción evidente el analizar los costes y los beneficios que su conducta tiene y recién luego de tal análisis optará (o no) por seguir adelante con su empresa.

Por ello, cuando un tipo penal prohíbe una conducta bajo amenaza de pena, lo que está haciendo es ponerle un coste a la actividad del sujeto. Ello se dice con independencia de si efectivamente el destinatario de la amenaza no realiza la acción prohibida por temor a la imposición de la pena o por otro motivo. En tal sentido, la conminación penal sería un incentivo respecto al potencial delincente para que se abstenga de cometer el delito²⁷⁴. Pero además el Derecho penal debe buscar generar otros incentivos que refuercen los generados por la amenaza de pena²⁷⁵, la cual ya se suma a los incentivos generados por las otras instancias de control social²⁷⁶. La certeza o el grado de certeza de la imposición de la pena genera un incentivo que requiere necesariamente una debida atención²⁷⁷.

Además no cabe olvidar que el Derecho penal no sólo genera incentivos en la tipificación de conductas. El cometido de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos* podría verse frustrado en casos en los que el ordenamiento jurídico conceda todo tipo de eximentes o admita ilimitadamente su reconocimiento judicialmente por vía de la analogía o de la aplicación irrestricta de principios²⁷⁸. En tal caso se devaluaría el sentido de la amenaza de pena y los incentivos caerían por el suelo. Por consiguiente, uno de los principales cometidos del Derecho penal será generar incentivos negativos para que quienes obran se abstengan de realizar comportamiento que supongan una arrogamiento desautorizado del ámbito organizativo ajeno²⁷⁹.

Pero seguramente me quedaría corto si redujera el fin de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos* a los comportamientos que eventualmente podrían ser castigados con pena, esto es al ámbito típico, dado que el ofrecimiento de tales incentivos se proyecta respecto al ámbito de las causas de justificación. Dicho ello así, el obrar de una persona en una situación de necesidad —como podría ser una estado de necesidad agresivo o una legítima defensa— reporta ciertos costes para el agente (deber respetar determinados márgenes de solidaridad mínima o de proporcionalidad). No obstante, encontraría como contrapartida los incentivos para mantenerse dentro de los límites de la legalidad, en que su conducta, además de ser justificada, no podría ser repelida por el afectado por la situación de necesidad y debería ser, por consiguiente, tolerada²⁸⁰. La ausencia de un deber de

²⁷³ Crítico frente a esta postura, al considerar que desprecia la irracionalidad con la que de hecho actúan las personas, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 384.

²⁷⁴ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 277, “la pena tiene la misma función preventiva que cualquier efecto normativamente dispuesto como consecuencia de un acto jurídico: efectos incentivadores (...) que están previstos para los actos prescritos o permitidos a fin de persuadir de su omisión. Precisamente, se dirá, la pena no es otra cosa que el efecto (desincentivador) dispuesto por la ley penal para disuadir de su infracción a fin de asegurar su eficacia...”. En cambio, manifiestamente en contra de considerar que la amenaza de pena tenga algún valor al influir al potencial delincente, cfr. STRATENWERTH, *¿Qué aporta*, p. 17, quien cree hallar las razones en convicciones valorativas determinables a más largo plazo.

²⁷⁵ Incluyendo dentro de los incentivos habitualmente nombrados en el análisis económico del Derecho a los producidos por las normas y sus modificaciones formales, los que se derivan de los cambios en la norma de conducta exigida al ciudadano sin suponer una efectiva modificación del ordenamiento jurídico formal y los originados por las concretas políticas de aplicación de una norma, cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, en *RDPC (2004)* 2, pp. 37-38. De allí que no quepa pensar que los únicos medios con que cuenta el Estado se limiten a los medios jurídico-penales, ni menos aún a la amenaza de pena y a su efectiva imposición. Ver también, STRENG, *Strafrechtliche*², n.m. 59, p. 33.

²⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 217-218.

²⁷⁷ Sobre este último aspecto, instructivamente ORTIZ DE URBINA GIMENO, en *RDPC (2004)* 2, pp. 51 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 219-220, 244 y ss.

²⁷⁸ Por tanto, el *quid* de la cuestión parecería hallarse en emplear medios que conduzcan a la *ampliación de ámbitos de libertad no condicionados con la amenaza de pena*, sin una mengua de la eficiencia preventiva, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 220-221.

²⁷⁹ Lo que no puede pasar desapercibido en este análisis es que se está presuponiendo un concepto de racionalidad que obliga a distinguir claramente entre el hecho de que una persona reconozca algo como una razón y el efecto que este reconocimiento causa en su pensamiento y en la acción que realiza a continuación. En este sentido, el considerar que una persona obra racionalmente —como aquí se considera— antes de realizar cualquier comportamiento, importa tener en cuenta la existencia de razones que indiquen el sentido de la acción que cabe realizar, con independencia que luego la persona actúe conforme a ellas o ellas lo muevan en esa dirección. La pena es, en consecuencia, una razón para la realización de un comportamiento que no atente contra los bienes jurídicos (o, si se quiere, una razón para no actuar antijurídicamente). Sin embargo, las razones que lo mueven a comportarse en esta dirección (o a no hacerlo) dependen de otras infinitas circunstancias que puedan considerarse en el momento de obrar y que son ajenas a la razón que supone la pena. A estos efectos, cfr. SCANLON, *Lo que nos debemos*, pp. 53 y ss.

²⁸⁰ De otra opinión, GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, p. 167, “... de la misma forma que las causas de justificación no constituyen un estímulo para la realización de la conducta justificada, tampoco lo es el desistimiento respecto a la conducta desistida”.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

tolerancia en una situación de necesidad legalmente reconocida, a no dudarle, supondría igualmente la frustración de una segunda finalidad que a continuación caracterizaremos: *ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales*. El agente agredido ilegítimamente recurriría a cualquier vía de hecho con tal de hacer finalmente efectiva su defensa²⁸¹.

Una segunda finalidad que ya fue enunciada más arriba es la de *ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales*. Aquí también se preferirá abandonar una perspectiva que reduzca en demasía una finalidad del Derecho penal. Cabe considerar que la evitación de reacciones violentas informales —al igual que la idea de prevención— responde a tantos imponderables que difícilmente puede saberse a ciencia cierta las razones que evitan aquellas. Por esta razón, dificultosamente pueden reducirse las consideraciones acerca de las razones que reducen las reacciones violentas informales a la amenaza e imposición de la sanción penal. En este sentido, entran en la ponderación otros factores distintos de la pena que igualmente tienden a estabilizar el desequilibrio social generado por el delito. Sin perjuicio de ello, parece evidente que la amenaza e imposición de la pena —así como el grado de certeza de su imposición— constituyen un incentivo que permite afianzar el sentimiento de seguridad jurídica en la sociedad y el carácter vinculante de la norma.

Puesto que el Derecho penal es la herramienta de la que se sirve el Estado para formalizar el control social²⁸², la respuesta a la desestabilización generada por el delito deja de ser un conflicto que concierne a la víctima y al autor del hecho. Se trata, sobre todo, de un conflicto ante el cual el Estado debe reaccionar con la imposición de la pena²⁸³. Como ya vimos, la falta de respuesta que cambie el significado comunicado por el delito quitaría incentivos a una conducta fiel al Derecho. Además crearía un ambiente tal de inseguridad jurídica, que la confianza de la comunidad en la intangibilidad de sus derechos y la estabilización de la expectativa defraudada ya no podría tener lugar mediante una vía institucional²⁸⁴.

El Derecho penal debe su existencia justamente a que las instancias informales de control social y las estrictamente jurídicas no cuentan con los suficientes medios de respuesta cognitiva y comunicativa para hacer frente al delito. Por ello, mediante la imposición de la pena será posible restituir al afectado directo y a la comunidad su confianza en el ordenamiento jurídico y en la protección que éste les provee. Esto evidenciaría que con la amenaza de pena no se instrumentaliza necesariamente al delincuente, sino que se lo protege de las reacciones violentas de la sociedad²⁸⁵.

Una vez más sería importante conectar esta segunda finalidad con lo que sucede en las eximentes. Es habitual encontrar en la manualística una conexión de las eximentes con las finalidades que pretenden reducir el *ius puniendi* y olvidar que también se conectan con las finalidades que suelen ser más significativas en los tipos penales. Dicho ello, cuando un sistema jurídico determinado cuenta con leyes que conceden innumerables eximentes o con jueces que recurren al Derecho suprallegal para admitirlas sin límites posibles, el incentivo a las reacciones violentas informales será palmario. Por tanto, el legislador también debería ser sumamente cuidadoso en la concesión de causas que eximen de responsabilidad. Asimismo, el juez debería adoptar una actitud cautelosa ante el reconocimiento de circunstancias eximentes, admitiendo sólo mediante analogía otras nuevas, limitadas a determinados niveles de abstracción (analogía *legis e institutionis*) y en determinadas instituciones jurídico-penales²⁸⁶.

Una tercera y última finalidad perseguida por el Derecho penal podría enunciarse como la de *reducir el ius puniendi*. El cometido de *reducir el ius puniendi* es habitualmente razonado como un fin jurídico-penal no integrado armónicamente con los demás cometidos que tienden a fundamentar la amenaza e imposición de la pena. De allí que acabaría siendo un correctivo externo de las otras

²⁸¹ Esta razón ayuda a comprender que subyazcan a algunas causas de justificación, como es el caso de la legítima defensa, principios que tienden a la confirmación del Derecho, como una especie de pretensión de satisfacer ciertos fines preventivo-generales; cfr. ROXIN, *AT*⁴, I, §, n.m. 2, pp. 654-655.

²⁸² JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, pp. 2-3.

²⁸³ Conocidamente en contra de esta tesis, CHRISTIE, en *AAVV*, *De los delitos y de las víctimas*, pp. 162 y ss.

²⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 224-225, "lo que legitimaría fundamentalmente al Derecho penal sería la protección del autor de un delito frente a las reacciones informales de la sociedad, y sus intervenciones se hallarían legitimadas por proceder a canalizar las necesidades y expectativas de sanción despertadas en la colectividad por la conducta delictiva, impidiendo que las mismas generen reacciones informales".

²⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 225; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 332-333.

²⁸⁶ Acertadamente se muestra favorable DE QUEIROZ, en *Separado del n° VII de "Archivos do Ministerio de Justiça e Negócios interiores"*, p. 20, a un tratamiento prudente de la analogía *in bonam partem* que pueda conciliar el respeto de la libertad del acusado y los intereses de la sociedad.

finalidades, o bien se le asignaría un desempeño prioritario en relación a los demás fines²⁸⁷. Empero no creo que una explicación del funcionamiento de los fines jurídico-penales pueda concebirse en tales términos, sino que, al contrario, precisa de una armonización con las restantes finalidades. En realidad, las conexiones entre estas tres finalidades no son escasas en los distintos ámbitos e instituciones del Derecho penal²⁸⁸. Lo común es vincular el cometido de *reducir el ius puniendi* al *establecimiento de garantías materiales y formales*²⁸⁹, y a la *ampliación de ámbitos de libertad no condicionados con la amenaza de pena*. Esto último tiene lugar con el reconocimiento de causas que excluyen o atenúan la responsabilidad penal.

Debería entenderse que entre la finalidad de reducir el *ius puniendi* y la gravedad de la pena existe una íntima relación, de la que podrían llegar a derivarse interesantes reflexiones sobre el sistema de garantías, eximentes y atenuantes. En concreto, la entidad de la pena conminada a los diferentes delitos condicionaría el número y la amplitud de las garantías, eximentes y atenuantes que el legislador y los jueces deberían admitir.

En tal sentido, una injerencia tan drástica del Estado sobre los derechos de los ciudadanos debería encontrar su contrapeso en la existencia de obstáculos o circunstancias que descompriman el núcleo de lo penalmente prohibido. Este contrapeso deberá ser mayor a medida que más significativa sea la injerencia del Estado. Las garantías y el reconocimiento de un amplio elenco de eximentes tienen un destacado significado respecto a ello. Lo dicho sería una buena manera de explicar las razones por las cuales se busca graduar las exigencias garantistas según el tipo de pena que se trata, exigiendo un riguroso tratamiento de las garantías en las penas de prisión. En cambio, las garantías podrían flexibilizarse a medida que la consecuencia jurídica no implica la privación de la libertad²⁹⁰.

Aunque resulte extraño, lo mismo cabría decir en relación a las eximentes, ya que se reconoce en el Derecho penal un número mayor de circunstancias que eximen de responsabilidad, si se compara con lo que sucede en otras ramas del Derecho. En consecuencia, podría pensarse que, en relación a ello, seguramente tiene algo que ver el nivel de gravedad de la injerencia estatal²⁹¹. Dado que el Derecho penal supone la injerencia más aguda en los bienes de los ciudadanos, se reconocerían para excluir o mitigar la responsabilidad no sólo causas de justificación o de incapacidad —como sucedería igualmente, por ejemplo, en el Derecho civil— sino también causas de exculpación y excusas absolutorias.

La conexión del fin de *reducir el ius puniendi* con las restantes finalidades tiene lugar en diversos aspectos que conviene destacar en concreto. Sin pretensión de exhaustividad puede afirmarse que es posible que se genere un evidente incentivo a conductas que atentan contra bienes jurídicos o respecto a la reducción de violencia informal. Ello sería así, si se piensa en las posibles consecuencias que tendría un desmedido reconocimiento de garantías procesales y materiales o de eximentes —legales o supralegales— que impidan la efectiva aplicación de la pena. Los efectos más perniciosos se producirían con respecto a la violencia informal, en tanto y en cuanto, se llegaría a la situación paradójica en la que la sociedad acabaría tomando cartas en el asunto y optaría por darle castigo al autor del hecho por propia mano, como consecuencia de reducirse el *ius puniendi*.

²⁸⁷ Rechazando expresamente ello, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 217.

²⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 242.

²⁸⁹ Entre ellas pueden hallarse los principios de proporcionalidad, humanidad, igualdad, lesividad, intervención mínima, del juez natural, de inviolabilidad de la defensa en juicio, etc. Al respecto, cfr. YACOBUCCI, *El sentido*, pp. 229 y ss, 293 y ss., 338-344; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 259 y ss.

²⁹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*², p. 157 y ss.

²⁹¹ Siendo plenamente consecuente con ello, debería afirmarse el reconocimiento de eximentes según el grado de gravedad de la pena, con lo que, respecto a los delitos de mediana o hasta escasa criminalidad, deberían reconocerse menos circunstancias eximentes que en los delitos más graves. Si bien ello no es seguido en los Códigos penales actuales, no parece un disparate admitir que así sea, dado que algunas eximentes —como el estado de necesidad exculpante— están pensadas para determinadas circunstancias de excepcionalidad en las que se afecten de modo especialmente grave bienes jurídicos individuales, como la integridad física o la vida. El hecho de que ello no suceda obedece pura y exclusivamente a una decisión político-criminal que, en razón de economía legislativa, regula la gran mayoría de las eximentes en la Parte General del Código penal. Sin embargo, el reconocimiento de concretas causas que excluyen la responsabilidad en la Parte Especial da indicios de la graduación de eximentes por la que aquí se aboga.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

3 Funcionamiento del principio de legalidad conforme a la fundamentación o exención de responsabilidad penal a partir de una lectura teleológica.

a Criterios distintivos

1. La integración de todas las finalidades del Derecho penal, orientada a una lectura teleológica de sus diversas instituciones, arroja como saldo que la interpretación del principio de legalidad no deba quedar restringida a *reducir el ius puniendi*. Obliga, por tanto, a atender a las otras finalidades. Como ya he señalado, el establecimiento de rígidas garantías y la concesión de causas que excluyen o atenúan la responsabilidad penal, pueden frustrar los fines preventivos del Derecho penal y disolver incentivos respecto de conductas atentatorias de los bienes jurídicos. Pero, a su vez, la misma pretensión de salvaguardar al ciudadano del poder punitivo, podría verse frustrada al caer los incentivos que evitarían reacciones violentas informales. Por tanto, la legalidad no sólo estará destinada a poner bajo salvaguarda al (potencial) delincuente, sino que además habrá que atender a la “*esperanza en «la ley»*”, que tanto la víctima como la sociedad en su conjunto tienen²⁹².

En el intento de sentar criterios generales que expliquen las líneas comunes que comunican al principio de legalidad con las eximentes, sería conveniente explicar el acomodamiento del mandato de taxatividad y de la prohibición de la analogía en estas instituciones.

El interés por discutir el alcance del mandato de taxatividad en las eximentes se halla en lo controvertida que resulta ser esta cuestión. Las opciones no parecen pasar por excluir la vigencia del principio de legalidad en este ámbito ni tampoco por postular una vigencia rígida del mismo que exija un nivel de taxatividad similar al de los tipos. En las causas que eximen de responsabilidad penal sucede algo distinto a lo que acontece en el establecimiento de las prohibiciones penales y, por ende, el principio de legalidad debería regir limitadamente²⁹³. De ello dio cuenta MORESO²⁹⁴ en un interesante trabajo, en el que mostró que el nivel de taxatividad exigido en los tipos y en las causas de justificación necesariamente habrá de ser diferente, porque en ambos casos se busca responder a dos problemas diversos²⁹⁵.

Los tipos buscarían, junto con el establecimiento de las conductas que se juzgan prohibidas penalmente por una comunidad jurídica, poner en resguardo a la ciudadanía de la arbitrariedad del Estado. Además, siendo la prohibición en un Estado liberal sólo una medida excepcional, las prohibiciones y mandatos habrían de estar taxativa y expresamente reguladas. Por tanto, en los tipos se buscará salvar una eventual *sobreinclusión* de casos dentro del espectro de la norma prohibitiva y evitar extender así el *ius puniendi*. En cambio, en las causas de justificación la situación parece ser otra, ya que no estamos ante una medida excepcional que limita la autonomía individual, sino que, al contrario, busca fortalecerla. El legislador debería atender principalmente en la redacción de ellas a evitar la *infrainclusión* de supuestos de hecho dentro del ámbito de alcance de la norma permisiva²⁹⁶.

A partir de tales premisas, MORESO llega a la conclusión de que cabría admitir un grado menor de taxatividad en las causas de justificación que en relación con los tipos²⁹⁷. Según mi parecer, los

²⁹² NAUCKE, en *La insostenible*, p. 535.

²⁹³ Cfr. JAKOBS, *AT*², Ap. 4, n.m. 1, p. 64; ROXIN, *AT*⁴, § 10, nm. 20, p. 289, quien incluso llega a considerar que el diferente funcionamiento que el principio de legalidad tiene en los tipos y en las causas de justificación, es un motivo que amerita la separación entre tipo y antijuridicidad.

²⁹⁴ MORESO, en *Doxa (2001)* 24, pp. 525 y ss. Desarrollando con anterioridad este punto de vista en MORESO, *El positivismo* (manuscrito). Idénticos criterios son empleados por FERRERES COMELLA, *El principio*, pp. 34 y ss. En ambos trabajos se toman los planteos formulados por SCHAUER, *Las reglas*, pp. 89 y ss.

²⁹⁵ Esta razonamiento ya aparecía de modo más o menos claro en algunas sentencias del BVerfG, en las que defendía que los requisitos de la punibilidad previstos en un tipo debían ser tanto más determinado, mientras más severa sea la pena conminada, cfr. BVerfGE 26, 41 (43); 28, 175 (183); 29, 183 (196). Al respecto, cfr. LANGER, en *DÜNNEBIER-FS*, p. 432.

²⁹⁶ Siguiendo de cerca la postura defendida por MORESO, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio*, p. 45; ALONSO, *Interpretación*, pp. 273 y ss.

²⁹⁷ MORESO, en *Doxa (2001)* 24, p. 545; FERRERES COMELLA, *El principio*, pp. 91 y ss. Por ello resulta tan importante tratar de modo asimétrico esos riesgos de infrainclusión y de sobreinclusión y que, como entiende FERRERES COMELLA, *El principio*, pp. 35-36, los ordenamientos jurídicos de signo liberal han tendido a preocuparse más por las cuestiones sobreinclusivas. En esta línea puede ubicarse también la opinión de Schönke/Schröder-ESER, § 1, n.m. 20, “[e]ste mandato de precisión y de concreción es tanto mayor cuanto más severa es la pena amenazada”.

planteos de MORESO sobre las causas de justificación, son perfectamente extensibles a las demás eximentes²⁹⁸, salvo a las excusas absolutorias²⁹⁹.

Pese a que, en principio, las razones que determinan el nivel de taxatividad en los tipos y en las eximentes se rigen por los criterios anteriormente expuestos, los tipos tampoco pueden renunciar en absoluto a un mínimo de *sobreinclusión*³⁰⁰. Del mismo modo, tampoco las eximentes en general pueden renunciar a un cierto margen de *infrainclusión*. Esto último no es algo que MORESO pase absolutamente por alto, dado que busca distanciarse de posturas defendidas por FERRAJOLI³⁰¹ y la jurisprudencia inglesa³⁰², en las que las causas de justificación sólo atenderían a cuestiones de *infrainclusión*³⁰³. Según estas líneas de opinión habría que considerar superflua la regulación de causas de justificación³⁰⁴ y darían rienda suelta al juez para que las incluya apelando a la Constitución³⁰⁵.

Por tanto, las causas de justificación deberían cumplir con algunas exigencias de taxatividad³⁰⁶. Sin embargo, ello ya muestra que a las causas de justificación conciernen otras cuestiones y no sólo aquellas que tienen que ver con la *infrainclusión*. En realidad, las reglas que establezcan causas de justificación deberán ser lo suficientemente flexibles como para que permitan excluir un mayor número de comportamientos penalmente prohibidos, pero estableciendo algunas restricciones a la discrecionalidad del juez³⁰⁷.

En relación a la prohibición de la analogía, pueden apreciarse las opciones generadas a partir de considerar abarcadas o no a las eximentes por el principio de legalidad rígidamente interpretado. Si se consideran abarcadas, debería mantenerse la prohibición de analogía y rechazar la posibilidad de generar por analogía nuevas eximentes. Siguiendo esta interpretación, las causas de justificación y de exculpación, las excusas absolutorias y las atenuantes estarían reducidas a las contenidas en la ley. Al contrario, si el principio de legalidad no rigiera aquí, debería admitirse la analogía sin límite alguno.

Mantener la prohibición de la analogía y postular su supresión me parecen opciones igualmente rechazables. En caso de optarse por alguno de estos caminos se verían afectadas de modo diverso las finalidades perseguidas por el Derecho penal. De un lado, quedaría la imagen de un Derecho penal pétreo y que renunciaría a ampliar relativamente espacios de libertad jurídicamente reconocidos más allá de la letra de la ley. De otro lado, estaríamos frente a un Derecho penal que concedería todo tipo

²⁹⁸ Haciendo extensible los criterios *suprainclusivos* e *infrainclusivos* a todas las eximentes, cfr. FERRERES COMELLA, *El principio*, p. 35 y ss.

²⁹⁹ Con todo, no debe pasar inadvertido que estos problemas de *sobre-* e *infrainclusión* no han pasado desapercibido en la discusión jurídico-penal. Justamente, a principios del siglo pasado REICHEL defendía ideas similares. Así señalaba este autor que “*el enunciado es demasiado amplio cuando éste establece una regla general para un tipo, dentro del cual vuelven a encontrarse tipos especiales que, por razones lógicas, necesitaría un tratamiento excepcional*”, citado por SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, p. 355.

³⁰⁰ En este sentido, queda a salvo la crítica a MORESO, dado que el autor pone de relieve las dificultades derivadas de una regulación típica excesivamente pormenorizada, cfr. MORESO, en *Doxa* (2001) 24, p. 534. Según entiende el autor, “[e]l *casuismo* es siempre desaconsejable porque las reglas siempre incluyen algunos casos que la razón que justifica tener esa regla no abarca y excluyen algunos que la razón que justifica la regla exigiría que estuviesen incluidos”. En sentido similar, JESCHECK/WEIGEND, *AT*², pp. 128-129.

³⁰¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 158 y ss., para quien la ley sólo connota las características esenciales o los elementos constitutivos que hacen a la connotación del tipo penal constitutivo del delito. Por ello, sería una cuestión de legalidad solamente la determinación de las características fundamentales del hecho punible y, por ende, de la extensión de la clase de casos individuales que deben ser incluidos en la norma por el juez. En cambio, le corresponde al juez connotar las características meramente accidentales y las circunstancias específicas que no son connotadas por la ley y que no son miembros de la clase connotada en el delito. Como resulta obvio, entre tales circunstancias accidentales se encontrarían las causas de justificación y de exculpación. Precisamente incluye, además, entre estas características accidentales cuya connotación le cabe al juez, supuestos de robo en estado de necesidad (hurto famélico, en concreto) y de lesiones realizadas con la culpabilidad sensiblemente afectada.

³⁰² Cfr. ASHWORTH, *Principles*⁴, p. 139.

³⁰³ Rechaza abiertamente esta tesis, ERB, en *ZStW* (1996) 108, pp. 287 y ss. Contrario a relevar al legislador del mandato de taxatividad en la confección de la Parte general, MÜLLER-SCHMITZ, § 1, n.m. 47.

³⁰⁴ Señalando que el principio de legalidad directamente no es aplicable en las causas de justificación, RUNTE, *Die Veränderung*, p. 29.

³⁰⁵ MORESO, en *Doxa* (2001) 24, p. 538. Crítico frente a esta postura *particularista*, SCHAUER, *Las reglas*, pp. 212 y ss.

³⁰⁶ Según entiendo, no muy lejano a la postura de MORESO, cfr. ERB, en *ZStW* (1996) 108, pp. 284 y ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 118-120, quien asume que la vinculación del intérprete a la ley es diferente en la Parte especial y en la Parte general del Derecho penal. Existiría un marco estrecho respecto de las descripciones típicas, mientras que en la Parte general el grado de vinculación sería mínimo. Considero, empero, que existen algunos ámbitos de la Parte general que exigen una sujeción a la ley similar a la exigida en los tipos, por ejemplo en materia de circunstancias agravantes. Así también, FERRERES COMELLA, *El principio*, pp. 93 y ss.

³⁰⁷ MORESO, en *Doxa* (2001) 24, p. 538; ERB, en *ZStW* (1996) 108, pp. 287-288; KUDLICH, *Die Unterstützung*, pp. 267-268, posiblemente entendiendo éste los niveles de taxatividad un poco más altos que los exigidos aquí. Considerando, sin embargo, no menos peligroso que en los tipos el uso de conceptos necesitados del complemento valorativo judicial en el ámbito de la justificación, LENCKNER, en *JuS* (1968) 6, p. 252.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

de indulgencias a costa de los desincentivos a cometer delitos. El Derecho penal en un Estado liberal no puede dejar de lado que las disposiciones que son restrictivas de derechos tienen un carácter excepcional y que una enumeración absolutamente cerrada de las circunstancias eximentes no resulta posible ni conveniente³⁰⁸. Por ello, debería aceptarse el reconocimiento de nuevas eximentes³⁰⁹, a partir de una aceptación limitada del recurso a la analogía.³¹⁰

2. A modo conclusivo de este primer apartado, convendría señalar que la legalidad no es una cuestión que concierne con exclusividad a los tipos penales y las demás disposiciones legales que fundamentan o agravan la responsabilidad penal. Además, el principio de legalidad abarca el terreno conformado por las circunstancias eximentes y atenuantes de castigo³¹¹. Del mismo modo, ello es consecuencia del asiento teórico-político seguido en el presente trabajo, el cual exige la conciliación de la *certeza jurídica* y la *libertad individual*.

La principal consecuencia de esta interpretación del principio de legalidad es que éste dejaría de ser visto solamente como una garantía favorable al ciudadano. Si se tratase únicamente de una garantía, operaría exclusivamente respecto a los tipos y mostraría serias inconsistencias en relación a la creación y aplicación de las eximentes. Por ejemplo, el juez podría crear todo tipo de causas de exculpación o excusas absolutorias mediante la analogía, del mismo modo que no se le exigiría al legislador que regule legalmente causas de justificación o de exculpación³¹². Semejante renuncia a la generación de incentivos a sus destinatarios no es de recibo³¹³.

Dicho ello en otros términos, debería rechazarse toda tesis que proponga el levantamiento absoluto de la prohibición de analogía o del mandato de taxatividad en las eximentes o atenuantes. Por esta razón, por ejemplo, no sería posible recurrir en la creación judicial de eximentes o circunstancias eximentes por analogía a los principios reinantes en el ordenamiento jurídico o en la Constitución (analogía *iuris*)³¹⁴. Ello iría en contra del doble fundamento del principio de legalidad: el juez estaría alejándose de un modo extremo del material legislativo puesto por el Parlamento. En lo que concierne a la dimensión teleológica del Derecho penal, los fines de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos* y de *ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales* serían sacrificados.

b El principio de legalidad en las causas de justificación, las causas de exculpación, las excusas absolutorias y en las atenuantes de responsabilidad penal³¹⁵.

³⁰⁸ En tal sentido, FLETCHER, *Conceptos básicos*, p. 152; HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 331.

³⁰⁹ Ello sería aceptable, según entiende GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 47, a partir de una lectura teleológica del principio de legalidad cuya finalidad es únicamente resguardar al ciudadano del *ius puniendi*. Así también, MIR PUIG, *PG7*, n.m. 43, pp. 125.

³¹⁰ Reconociendo una aplicación limitada de la analogía *in bonam partem*, BALDÓ LAVILLA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, p. 382.

³¹¹ Entendiendo que el principio de legalidad también se extiende al ámbito de la liberación o atenuación de pena, NK²/PAEFFGEN, *Vor §§ 32 bis 35*, n.m. 61; ERB, en *ZStW (1996)* 108, pp. 287 y ss.; MÜLLER-SCHMITZ, § 1, n.m. 47. Contrario a esta tesis, RUNTE, *Die Veränderung*, p. 29.

³¹² Interpreta al respecto (aunque en expresa referencia a la eximente del ejercicio legítimo de un derecho) UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante*, p. 20, que ello desembocaría en un auténtico problema de aplicación de lo regulado y acabaría juzgando como acorde a Derecho un comportamiento que a todas luces merece castigo según parámetros de justicia material.

³¹³ En consecuencia, lo adecuado sería superar los conflictos derivados de enfrentar la concepción de la legalidad previa a la codificación y la posterior. En la primera (defendida entre otros por BECCARIA y FEUERBACH), se entendía a la legalidad como refuerzo de una política criminal de carácter preventivo-general, la que se veía favorecida con el aporte del requisito de la certeza de la conducta amenazada. Mientras que, en la segunda etapa, la ampliación de la libertad pasa a ocupar un lugar predominante en la inteleción de la legalidad. Cfr. al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 252.

³¹⁴ Entiende MAURACH/ZIPF, *AT*, I, § 9, n.m. 9, pp. 111-112, que este debilitamiento del Derecho penal en favor del autor de puede ser de recibo.

³¹⁵ Cabe aclarar que sólo analizaré la proyección del mandato de taxatividad y la prohibición de analogía en las causas de justificación, las causas de exculpación, las excusas absolutorias o de levantamiento de pena y las atenuantes. En consecuencia, dejo de lado las repercusiones que tendrían las exigencias derivadas de la legalidad penal respecto de la aplicación retroactiva de la ley penal y de la vigencia del derecho consuetudinario. Al respecto, apuntaría que la aplicación retroactiva de la ley penal habría de acomodarse a la naturaleza dogmática de cada circunstancia eximente y a las exigencias que, en virtud de aquella, impongan las finalidades jurídico-penales. De esta manera, cabría admitir un régimen no necesariamente coincidente en las causas de justificación, en las causas de exculpación, en las excusas absolutorias y en las circunstancias atenuantes. Respecto a las causas de justificación y la vigencia o no de la prohibición retroactiva en las causas de justificación, el BVerfG en su

i Planteamiento de la cuestión

La conciliación entre las finalidades jurídico-penales y la proyección del principio de legalidad supone, en esencia, una necesaria graduación de la vigencia del mismo. De ahí que pueda llegarse a entender una vigencia diversa del principio de legalidad en la criminalización de comportamientos y en el establecimiento legislativo de circunstancias que excluyen la responsabilidad penal. Más aún, en este segundo aspecto, los fines del Derecho penal exigirán un significado diverso de la legalidad según la naturaleza de las eximentes en cuestión. A saber, parecería apropiado exigir un grado de rigurosidad decreciente de las exigencias impuestas por el principio de legalidad en la justificación, la exculpación, la punibilidad y en las atenuantes. Todo ello de acuerdo al nivel de excepcionalidad que tengan en el cuadro general de las eximentes.

Pero, *¿cómo podría explicarse ello?* Así, como para un concepto material de delito la entidad de la pena es proporcional a la entidad del significado ético-social que porta la infracción³¹⁶, existe igualmente una estrecha vinculación entre el nivel de merecimiento o necesidad de pena y la amplitud de los efectos eximentes de la responsabilidad penal. A diferencia de lo que sucede en el establecimiento de la punibilidad de una conducta, en las eximentes podría decirse que *a mayor nivel de merecimiento de pena o de necesidad de pena, existirán menores razones para reconocer efectos eximentes, y viceversa*³¹⁷.

La anterior afirmación presupone ubicar el *merecimiento de pena* dentro del análisis de la antijuridicidad de la conducta, mientras que las cuestiones relativas a la *necesidad de pena* estarían circunscriptas en la culpabilidad y en la punibilidad. En este sentido, mientras mayor sea el merecimiento de pena o la necesidad de castigo, el carácter excepcional de las eximentes de responsabilidad penal irá también aumentando. En el cuadro general de eximentes de responsabilidad penal no puede tener el mismo grado de excepcionalidad una circunstancia que excluye solamente el merecimiento de pena (v. gr. causa de justificación), que otra que excluye la necesidad de pena (v.gr. excusas absolutorias). En el primer caso la eximente excluye el castigo de un hecho que solamente es típico, mientras que en el segundo caso se deja de castigar un hecho que ya es típico y antijurídico (causas de exculpación) e incluso culpable (excusas absolutorias).

Dicho ello ejemplificativamente, la existencia de una causa de justificación y su falta de merecimiento de pena amerita que los efectos eximentes sean más amplios que lo que suceden con las restantes eximentes³¹⁸. La cuestión tiende a ser parcialmente distinta en lo que respecta a las causas de exculpación y a las excusas absolutorias, según se entienda que en ambas tiene lugar una conducta que merece pena, pero cuya razón eximente es la falta necesidad de pena. Parece ser que aquí el principio de legalidad debería elevar sus exigencias.

Algo diferente sucedería en el terreno de las atenuantes. Pese a existir merecimiento y necesidad de castigo, la mera reducción de la entidad de la pena aplicable —y no su eliminación— lleva a que puedan flexibilizarse las exigencias del principio de legalidad a partir de las finalidades del Derecho penal. En este último caso, no se estaría discutiendo sobre el *si* de la pena sino sobre el *cuánto*, de manera que no parece aconsejable mantener niveles muy altos de taxatividad o un tratamiento muy riguroso de la prohibición de analogía. Aquí concurrirían meramente motivos de justicia material y otros de carácter utilitario que exigen adecuar la pena a la menor entidad del injusto o de la culpabilidad y a otras razones de índole político-criminal³¹⁹.

resolución del 24.10.1996 ya se ha expresado al respecto, negando que el principio de legalidad rija en tal ámbito, cfr. SCHÜNEMANN, *¿Qué significado* (traducción inédita). Además, señalando que en las excusas absolutorias se mantiene igualmente la prohibición de retroactividad, cfr. GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, p. 94.

³¹⁶ LAMPE, *Strafphilosophie*, pp. 38-40.

³¹⁷ Según entiendo, este razonamiento subyacería en HASSEMER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 191.

³¹⁸ Piénsese sino en la imposición de deberes de tolerancia a quien ve afectados sus bienes y su libertad frente a actuaciones de terceros justificadas.

³¹⁹ ORTOS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 39-40.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

- ii Alcance del mandato de taxatividad y de la prohibición de la analogía en las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, las excusas absolutorias y las circunstancias atenuantes

1. La adopción de una interpretación teleológica del principio de legalidad obliga no sólo a aceptar que este principio deba regular sus exigencias según la rama del Derecho en la que rija. Además, puede entenderse que este direccionamiento teleológico obliga a cada rama del Derecho a adaptar los mandatos y prohibiciones de esta garantía también a las estructuras e instituciones internas. A mi modo de ver, ello debería predicarse en el Derecho penal y, en consecuencia, las normas penales que benefician a sus destinatarios deberían crearse, interpretarse y aplicarse según la institución a la que pertenezcan. En este sentido, el alcance del principio de taxatividad y de la prohibición de analogía variaría según se hable de causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad, de excusas absolutorias o de atenuantes.

Las tesis centrales son:

- en las causas de justificación y en las atenuantes el nivel de taxatividad debe ser bajo, aunque sin llegar a la supresión de este mandato. También la prohibición de analogía sólo conservaría vigencia en relación a la analogía *iuris in bonam partem*.

- en las causas de exclusión de la culpabilidad deberán satisfacerse niveles de taxatividad superiores a los exigidos en las causas de justificación, aunque sin llegar al requerido en los tipos penales. La prohibición de analogía sólo se mantendría en relación a la analogía *iuris in bonam partem*, aunque se exigiría un tratamiento muy cuidadoso en relación a la analogía *institutionis in bonam partem*.

- los niveles de taxatividad de las excusas absolutorias deberán ser idénticos a los exigidos para los tipos penales y las agravantes. Del mismo, modo la prohibición de analogía regirá ampliamente en las excusas absolutorias.

2. Conviene señalar que, en relación a las causas de justificación, el principio de legalidad mantiene su vigencia, aunque de modo limitado³²⁰. Esta visión —que coincide con la de la opinión mayoritaria³²¹— permite entender que el mandato de taxatividad y la prohibición de analogía conservan aún vigencia, aunque sin la rigurosidad exigida en relación a los tipos penales. Lo más importante de ello es que sería posible reconocer judicialmente causas supralegales de justificación a partir de la analogía.

Frente a lagunas axiológicas que afecten al sistema de causas de justificación estaría el juez habilitado a integrarlas recurriendo a la analogía *in bonam partem*. Mediante este mecanismo de integración, el juez introducirá una nueva causa de justificación que antes no existía en el sistema y resolverá así el problema axiológico. La prohibición de la analogía sería completamente desechada cuando el juez crea la norma a partir de la *ratio legis* de alguna causa de justificación legal o bien a partir de los principios institucionales de las causas de justificación. Puede decirse, entonces, que la prohibición de analogía no alcanza a la analogía *legis in bonam partem*³²² y a la analogía *institutionis in bonam partem*. Sin embargo, la prohibición se mantendría en relación a las causas de justificación de origen judicial, que aparecen en el sistema gracias a los principios generales del Derecho o del Derecho penal (analogía *iuris in bonam partem*)^{323/324}.

Suele objetarse que la admisión de la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación genera indirectamente una restricción de la libertad de la persona obligada a tolerar la conducta realizada en la situación de necesidad. La doctrina entiende, sin embargo, que estaríamos frente a una

³²⁰ Schönke/Schröder-LENCKNER, VOR § 32 ff., n.m. 25; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 35. En cambio señala que el principio de legalidad directamente no regiría, RUNTE, *Die Veränderung*, p. 29; AMELUNG, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 103; RUDOLPHI, en *ARMIN KAUFMANN-GS*, p. 371, nota 3; ERB, en *ZStW (1996)* 108, p. 271. En cambio, señalando que el principio de legalidad no rige en relación a las causas de justificación, ROXIN, *AT*, § 10, n.m. 20, p. 289; EL MISMO, *Política criminal*, p. 60.

³²¹ Por este motivo no creo que sean correctas las palabras de AMELUNG, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 102, “la historia dogmática del consentimiento o de la doctrina del estado de necesidad justificante supralegal muestra que nunca se ha estado seriamente dispuesto, ni por asomo, a considerar la aplicación del principio de nulla poena sine lege ni en el desarrollo ni, mucho menos, en la limitación de las causas de justificación”.

³²² Así, DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale (1936)*, p. 611.

³²³ Esta cuestión se analiza detalladamente en pp. 176 y ss.

³²⁴ Sin embargo, considerando que puede ampliarse el catálogo de causas de justificación mediante la analogía *iuris*, cfr. DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale (1936)*, p. 611.

ampliación indirecta de la punibilidad, la cual no sería alcanzada por el principio de legalidad³²⁵. Este principio sólo prohibiría las extensiones *directas* de la punibilidad. Sin embargo, entiendo que el principio de legalidad prohíbe al juez tanto las ampliaciones *directas* como las *indirectas* del castigo y, por tanto, una ampliación de este tipo infringiría el principio de legalidad. La única salida sería recurrir a una doble analogía *in bonam partem*.

Cabe señalar, además, que una adecuada interpretación del principio de legalidad habría de llevarnos a sostener que los niveles de taxatividad exigidos en las causas de justificación deberían ser más bajos que en los tipos penales³²⁶. Más aún, en relación con las demás eximentes, los niveles de taxatividad exigibles en las causas de justificación deberían ser los más bajos, aunque sin llegar a reducir el mandato de taxatividad a su mínima expresión³²⁷.

En este último exceso ha incurrido el legislador español cuando —v. gr. en el art. 20. 7º CP— enuncia el supuesto de hecho de una justificación de un modo tan vago e impreciso, que renunciaría a cualquier pretensión de certeza jurídica, dejando un amplísimo margen de discrecionalidad al juez³²⁸. En tales casos el juez contaría con un margen tan amplio de maniobra que podría dar cabida a cualquier contenido dentro de la eximente³²⁹. La argumentación seguida hasta aquí permite comprender que el art. 20. 7 CP debería ser considerado inconstitucional, al infringir el principio de legalidad, como consecuencia de no alcanzar los niveles mínimos de taxatividad.

En el caso de las eximentes reconocidas en el art. 20 7º CP, el legislador no ha respetado la exigencia constitucional de elaborar causas de justificación medianamente determinadas y, por ende, no sería disparatado entender que esta norma sería inconstitucional.

Pero incluso, si aceptáramos que la norma satisface las exigencias mínimas del principio de taxatividad, igualmente tendríamos problemas para legitimar la aplicación de la norma que realice el juez.

En primer lugar, dado que la norma es extraordinariamente amplia el juez estará obligado a establecer las condiciones bajo las cuáles aquélla se aplica³³⁰. Esta tarea es, no obstante, una tarea que compete al legislador. Pero el problema mayor estaría en que, incluso cuando la incorporación de

³²⁵ En este sentido, HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 317-318; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 36; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 36; KUDLICH, *Die Unterstützung*, pp. 265-266; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 103-104; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25.

³²⁶ Así, HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 325; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 282-283, 290-291; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 68; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 40; Schönke/Schröder-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25, sin perjuicio de que éste autor parecía mantener la tesis contraria antiguamente, cfr. LENCKNER, en *JuS (1968)* 6, p. 252; MOLINA FERNÁNDEZ, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-Hm, pp. 382 y ss. Según entiendo, exigiría niveles de taxatividad mucho más altos, JAHN, *Das Strafrecht*, pp. 350 y ss., al considerar que el mandato de taxatividad no ha sido atendido por el legislador alemán al regular los §§ 32 y 34 StGB; SEELMANN, *Das Verhältnis*, pp. 47-48.

³²⁷ En un sentido similar, MORESO, en *Doxa (2001)* 24, pp. 538 y ss.; ASHWORTH, *Principles*⁴, p. 140; HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 327. De ahí que el legislador, por ejemplo, respecto al estado de necesidad (art. 20. 5 CP) o la legítima defensa (art. 20. 4 CP), haya exigido el cumplimiento de ciertos requisitos mediante cláusulas generales para conceder la justificación: que el mal evitado sea mayor que el causado, la falta de provocación de la situación de necesidad y la falta de obligación de sacrificarse; o bien, para la legítima defensa, la ilegitimidad de la agresión, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente. En cambio, parecerían exigir un nivel de taxatividad más elevado, aunque no idéntico al exigido en los tipos, ERB, en *ZStW 1996* (108), pp. 289 y ss.; KUDLICH, *Die Unterstützung*, pp. 266-267.

³²⁸ FERRERES COMELLA, *El principio*, p. 94., “la referencia al «ejercicio legítimo de un derecho» abarca los derechos y libertades constitucionales, lo que provoca un considerable riesgo de indeterminación, por la propia indeterminación el texto constitucional”. En igual sentido crítico, ASHWORTH, *Principles*⁴, p. 140.

³²⁹ Cfr. STS nº 1810/2002, Sala de lo Penal, de 5 noviembre, ponente MARTÍN CANIVELL, “La eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye, según ha señalado desde hace tiempo la doctrina penal, una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico, que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicas sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de deberes, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada”. Idéntico criterio mantenido en, STS nº 277/2004, Sala de lo Penal, de 5 marzo.

³³⁰ Justamente esto es lo que intentó hacer el TS para hacer aplicable la eximente del cumplimiento de un deber, cfr. STS nº 277/2004, Sala de lo Penal, de 5 marzo; STS nº 601/2003, Sala de lo Penal, de 25 abril; STS nº 1810/2002, Sala de lo Penal, de 5 noviembre; STS nº 1601/2002, Sala de lo Penal, de 30 septiembre; STS nº 2466/2001, Sala de lo Penal, de 24 diciembre; STS nº 1633/2001, Sala de lo Penal, de 18 septiembre; STS nº 1682/2000, Sala de lo Penal, de 31 octubre; STS nº 1695/1999, Sala de lo Penal, de 1 diciembre; STS nº 1284/1999, Sala de lo Penal, de 21 septiembre; STS nº 670/1998, Sala de lo Penal, de 14 mayo; STS nº 1404/1997, Sala de lo Penal, de 22 noviembre; STS nº 192/1997, Sala de lo Penal, de 14 febrero; STS nº 17/2003, Sala de lo Penal, de 15 enero; STS nº 871/1998, Sala de lo Penal, de 19 junio.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

nuevos requisitos pareciera algo lógico e imprescindible, ello supondrá reducir el terreno de vigencia de las causas de justificación por vía judicial y con ello podría decirse que el juez ha acudido a la analogía *in malam partem*³³¹. Claramente esta actividad judicial se contrapondría con el principio de legalidad.

En segundo lugar, justamente para evitar que el juez se vea tentado a introducir condiciones de aplicación en las normas —léase, para evitar que introduzca requisitos que permitan hacerla aplicable a la norma— el principio de legalidad prohíbe al juez aplicar normas indeterminadas³³². De modo que el juez estaría inhabilitado para aplicar una eximente que se encuentra indeterminada a semejantes extremos.

3. Las exigencias del principio de legalidad en el ámbito de las causas de exclusión de la culpabilidad y de exculpación estarán fuertemente ligadas a la naturaleza y a la ubicación sistemática de estas eximentes en la teoría del delito. Aquí el mandato de taxatividad y la prohibición de analogía no tendrán el alcance reconocido en la fundamentación o agravación de la responsabilidad penal, aunque tampoco podrá exigirse una extensión similar a la que se admite en las causas de justificación.

El principio de legalidad no obstaculiza en ningún caso el recurso a la analogía *legis in bonam partem*. Lo mismo sucede en relación a la analogía *institutionis*. Es posible crear causas de exculpación supraleales a partir de los principios que fundamentan la exclusión de la culpabilidad, aunque — como ya tendremos oportunidad de ver más adelante³³³— en el reducido campo de las *comunidades de peligro*. Ello, sin embargo, no debe llevar a inobservar que el tratamiento que deberá darse a esta clase de analogía deberá ser en las causas de exculpación más moderado que en la justificación. No obstante, lo que de ninguna manera admite el principio de legalidad es que el juez se refugie en la analogía *iuris in bonam partem* para introducir en el sistema jurídico-penal una nueva causas de exclusión de la culpabilidad.

En lo concerniente al mandato de determinación o de taxatividad, es evidente que no se podría hablar de que estemos ante la necesidad de disolver problemas de *suprainclusión*. Al contrario, y de modo similar a las causas de justificación, existe la necesidad de procurar la inclusión de numerosos casos que puedan neutralizar el reproche de culpabilidad.

Estimo que las exigencias que se derivan del mandato de taxatividad en las circunstancias que excluyen la culpabilidad (v. gr. causas de inimputabilidad) deberían ser similares a las que se exigen respecto a las causas de justificación^{334/335}. Una de las razones que explica la necesidad de establecer un nivel relativamente bajo de taxatividad en las regulaciones de las causas de inimputabilidad es que son disciplinas ajenas al Derecho penal las que determinan cuándo se puede hablar de anomalías o alteraciones psíquicas³³⁶.

De un modo distinto creo que debe abordarse el nivel de taxatividad requerido en las estrictas causas de exculpación. Tratándose de normas jurídicas que excluyen la culpabilidad del autor de un hecho antijurídico, puede verse que los problemas de *infrainclusión* son menores a los que presentan las causas de justificación. En consecuencia, los niveles de taxatividad exigidos en las causas de exculpación habrían de ser superiores, aunque sin llegar al nivel requerido en los tipos. Entiendo que

³³¹ Cfr. la enfática referencia de ERB, en *ZStW* (1996) 108, pp. 295-296, “*Tampoco ayuda demasiado la reflexión de que una infracción del art. 103 párr. 2 GG podría evitarse a partir de dejar de atender al riesgo de castigo como consecuencia de la concreción del contenido de la norma mediante la jurisprudencia de los tribunales superiores, porque este pensamiento sólo correctamente encuentra un lugar autorizado en relación con la interpretación de las normas penales inevitablemente vagas, pero no puede ser empleado como salvoconducto para un vaciamiento evitable del art. 103 párr. 2 GG frente al trabajo cuidadoso del legislador*”.

³³² SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 23, p. 99

³³³ Cfr. pp. 272 y ss.

³³⁴ Cercano a ello, HIRSCH, en EL MISMO, *Derecho penal*, p. 331. Según entiendo, opinaría en sentido contrario MANNA, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, pp. 77 y ss., al exigir niveles más altos de taxatividad en la regulación de la imputabilidad.

³³⁵ Ello encuentra explicación en que los supuestos de inimputabilidad guardan —en referencia con sus fundamentos— con el injusto una relación equidistante a la que suponen las causas de justificación, sólo que en aquellas se analizan la constitución psíquico-volitiva del sujeto al momento del hecho, a partir de una afectación injusta de un bien jurídicamente protegido. Puede ello entenderse perfectamente si se piensa que las causas de justificación no se agotan en el CP, al igual que las causales de inimputabilidad, dado que aquí se ciñe el Derecho penal a los avances de la Psiquiatría forense.

³³⁶ Entiende JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 437, que el legislador al tomar partido por una regulación que cristalice el sistema bio-psicológico estaría garantizando la seguridad jurídico y por eso seguiría siendo importante que se mantenga cierto nivel de taxatividad también en este terreno.

esta interpretación es acorde al razonamiento que subyace al StGB, si se repara en la diferente regulación que dicho cuerpo normativo da al estado de necesidad justificante y al disculpante en sus §§ 34 y 35, respectivamente. El legislador habría buscado reducir el campo de aplicación del § 35 StGB tan sólo a acciones contrarias a Derecho que atenten contra la vida o la integridad física del propio afectado y de un pariente u otra persona allegada a él.

Pese a ello, el legislador español no parece haber interpretado tal nivel de taxatividad en las causales de exculpación, con tan sólo atender a la omnicompreensiva redacción de la eximente del miedo insuperable (art. 20. 6 CP). Concibo que este precepto, al igual que el art. 20. 7 CP, no alcanza los niveles de taxatividad requeridos por el principio de legalidad y, por tanto, debería considerarse inconstitucional. El juez, bajo ningún concepto, podría estar obligado a aplicar una norma indeterminada de este tenor.

4. El nivel de exigencias que impone el principio de legalidad para crear, interpretar y aplicar las excusas absolutorias es marcadamente superior al que se debería exigir en las causas de justificación y en las causas de exclusión de la culpabilidad. En este sentido, cabe señalar que las excusas absolutorias deberán estar determinadas en el mismo grado que los tipos penales y las agravantes. Igualmente, no sería posible exceptuar la prohibición de analogía y permitir al juez el reconocimiento de causas supralegales de levantamiento de pena.

Más allá de lo que precisaré al momento de analizar la analogía en las excusas absolutorias, conviene aquí adelantar algunos puntos relativos a los fundamentos de esta rigurosidad. Así como los tipos penales constituyen normas de excepción en la medida que importan una restricción de la libertad, las excusas absolutorias igualmente deberían ser tratadas como disposiciones legales con carácter excepcional³³⁷. Solamente de modo excepcional puede excluirse el castigo de un hecho ya antijurídico y culpable que continúa decepcionando las expectativas sociales. La consecuencia esencial de esta excepcionalidad es que las disposiciones no podrían extenderse a casos similares no regulados legalmente, pese a la similitud con los contenidos en la ley.

De cara a los fines del Derecho penal, conviene destacar que la inobservancia del carácter excepcional de las excusas absolutorias representaría un importante obstáculo a la consecución del fin de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos*. Pese que con la amplitud de regulación y la extensión por analogía de las excusas absolutorias se estaría fortaleciendo el fin de *recudir el ius puniendi*, sería inaceptable la medida en la que son sacrificados los incentivos para actuar sin afectar bienes jurídicos ajenos y para renunciar a las vías de hecho en la defensa frente a estas afectaciones.

Puede verse que el carácter excepcional de las excusas absolutorias indica que a las excusas absolutorias las marcan cuestiones de *sobreinclusión*, más que de *infrainclusión*. Este punto de coincidencia con los tipos penales también lleva a que el mandato de taxatividad no debería ser atenuado en relación a este grupo de eximentes. Algo similar sucede respecto a la analogía. Ninguna de las variantes posibles de la analogía (*legis, institutionis* y *iuris*) puede admitirse en este terreno³³⁸, dado que las causas de levantamiento de pena están pensadas exclusivamente para los casos genéricos regulados y se pretende abiertamente quitarle a los restantes casos efectos liberadores de pena.

5. Desde la perspectiva teleológica del principio de legalidad que aquí se suscribe parece razonable también extender el ámbito de aplicación de aquél a la regulación legal de las atenuantes de responsabilidad penal³³⁹. Tal ampliación tiene lugar, empero, con criterios similares a los seguidos en las eximentes completas, en especial requiriendo un nivel relativamente bajo. A su vez, creo que es posible permitir al juez extender la regulación de las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal a otras circunstancias no expresamente reguladas en la ley por la vía de la analogía.

³³⁷ DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale* (1936), p. 610.

³³⁸ En este sentido, entre otros, DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale* (1936), p. 610-611; DE QUEIROZ, en *Separado del n.º VII de "Archivos do Ministerio de Justicia e Negócios interiores"*, p. 21. Admite, sin embargo, el recurso a la analogía en las excusas absolutorias, Schönke/Schröder²⁷-ESER, § 1, n.m. 31; GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, p. 94.

³³⁹ Así también, ALBERTS, *Gesetzliche*, pp. 71 y ss.; LANGER, en *DÜNNEBIER-FS*, p. 437 y ss. Debe decirse, sin embargo, que este autor entiende que el principio de legalidad también abarca el ámbito de las circunstancias atenuantes, porque exige que en los casos que el legislador ha establecido una atenuante de aplicación obligatoria, el juez no puede rehusar a aplicarla, so pretexto de la gravedad del hecho. Según su opinión, cuando un juez rechaza la aplicación de una atenuante en un caso que corresponde su aplicación está infringiendo el principio de legalidad y, por ende, se coloca en contra de la Constitución.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En las circunstancias atenuantes entran en consideración un sinnúmero de aspectos que tienden a influir en la individualización de la pena, haciendo que la imposición de aquélla sea menos gravosa. En esta consideración aparecen no sólo cuestiones circunscriptas al ámbito del injusto y la culpabilidad (v. gr. arrebatado, obcecación, adicción a las drogas, circunstancias justificantes o exculpantes incompletas). También tienen un especial peso en la decisión de atenuar la responsabilidad penal muchas otras circunstancias que no se vinculan con el injusto culpable³⁴⁰. Así influyen de modo decisivo también en esta etapa de individualización de la pena cuestiones sociales, como ser la pobreza del sujeto que lo ha llevado a cometer el delito; cuestiones procesales, como la confesión del culpable ante las autoridades (art. 21. 4 CP), etc.

Todo esto parece evidenciar que a la hora de individualizar la pena habrá de considerarse un amplio abanico de cuestiones que pueden ser relevantes para tal individualización. Ello se debe a que no se trata aquí de una instancia en la que se decida si se le impone o no una pena, sino sólo de determinar la entidad de ella. Además, por idénticas razones, el juez no deberá soportar tan férreas ataduras del principio de legalidad con el objetivo de dar cabida a nuevas circunstancias que mermen la entidad de la pena.

La diversidad y mutabilidad de la materia regulable condiciona decisivamente las exigencias derivadas del mandato de taxatividad. Debería entenderse que existen claras pretensiones *suprainclusivas* en semejantes normas, en la medida en que se busca reflejar un contexto en el que la previsibilidad de todas las propiedades relevantes para la atenuación de pena se hace dificultosa. Por tanto, sería necesario que tales circunstancias sean reconocidas legalmente, aunque con un nivel de taxatividad similar al exigido en las causas de justificación³⁴¹.

La prohibición de analogía también quedará aquí parcialmente limitada³⁴². La posibilidad de crear judicialmente nuevas circunstancias atenuantes no merecería ningún tipo de reproche, siempre y cuando no importara un manifiesto alejamiento de las razones fundamentales de la atenuación de pena³⁴³. De este modo, podrán crearse atenuantes tomando como base de la analogía una circunstancia concreta puesta por el legislador (analogía *legis in bonam partem*) o a partir de los diversos principios que fundamentan la institución de la atenuación de responsabilidad penal (analogía *institutionis in bonam partem*)³⁴⁴.

Con todo, la prohibición de analogía recobraría plena vigencia en relación a aquellos casos en los que quisiera crearse una circunstancias atenuante a partir de la analogía *iuris in bonam partem*. Al igual que sucede con la admisión suprallegal de otras eximentes, podría presentarse el problema de que al pretender reducirse los ámbitos de injerencia punitiva, se acaben socavando las pretensiones preventivas del Derecho penal.

V LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

A EL ART. 4. 2 CC Y EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN «LEYES PENALES»

El art. 4. 2 CC establece en términos claros la prohibición de acudir a la analogía respecto a las leyes penales. Ésta es una disposición en absoluto innovadora. En otros ordenamientos, como sucede

³⁴⁰ ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 35 y ss.

³⁴¹ Próximo a ello, FERRERES COMELLA, *El principio*, pp. 94-95. Sin bien a primera vista parecería que ALBERTS, *Gesetzliche*, pp. 71, 73-74, no acepta esta tesis, entiendo que su propuesta se acerca claramente a la aquí defendida, al considerar a los "*minder schweren Fällen*" como "*Wertgruppen*" que supondrían el establecimiento legislativo de un marco penal que facilitaría la tarea del juez.

³⁴² Aceptando la posibilidad de crear por analogía nuevas atenuantes, TRIFFTERER, *AT*², Cap. 20, n.m. 52, pp. 514-515.

³⁴³ A ello lo justificaría que los intereses de defensa social se hallan mucho menos comprometidos, cfr. GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 149.

³⁴⁴ Como veremos más adelante, se encuentran ejemplificaciones del recurso a la analogía *institutionis* de un modo muy especial en la jurisprudencia del TS en materia de dilaciones indebidas, cfr. STS núm. 806/2002 (Sala de lo Penal), de 30 abril; STS núm. 1363/2004 (Sala de lo Penal), de 29 noviembre; STS núm. 742/2003 (Sala de lo Penal), de 22 mayo; STS núm. 655/2003 (Sala de lo Penal), de 8 mayo. Similar: STS núm. 622/2001 (Sala de lo Penal), de 26 noviembre.

con el CC it.³⁴⁵, su art. 14 también prohíbe, al igual que en nuestro CC, el recurso a la analogía tanto en lo que respecta a las normas penales, como a las leyes de excepción.

La redacción del art. 4. 2 CC invitaría a interpretar que la expresión “*leyes penales*” implicaría que la prohibición de acudir a la analogía alcanza a todas aquellas normas que detentan una naturaleza penal. De hecho, en tal sentido se pronuncia un sector importante de la doctrina³⁴⁶ —aunque francamente minoritario—, que entiende que tanto los tipos de la Parte especial como las disposiciones de la Parte general son consideradas como leyes penales, entre las cuales lógicamente se incluyen también las eximentes. Si bien quedan poco claras las razones por las cuáles se le adjudica la naturaleza penal a dichas normas, no parece disparatado conjeturar que, según esta corriente de opinión, tal naturaleza sería debida a estar incorporadas en el Código penal.

Pese a constituir la naturaleza penal de estas disposiciones algo en modo alguno objetable, lo que resulta discutible es que el sentido de la expresión “*leyes penales*” deba entenderse comprensiva tanto de los tipos como de las eximentes. En un sentido, ya ha sido debidamente argumentado al momento de analizar el sustento político, que la visión actual de la legalidad va mucho más allá de aspirar a un sistema cerrado y absolutamente estático. Además, la legalidad debería conciliarse con la pretensión de que se amplíen moderadamente los espacios de libertad, hayan o no estado ellos previstos por el legislador. En consecuencia, interpretar como alcanzadas las eximentes por la prohibición de analogía no es otra cosa que la reminiscencia de un concepto de legalidad afincado en el constitucionalismo clásico.

En otro orden de ideas, la incorporación de las eximentes dentro de la prohibición que alude a “*leyes penales*”, no deja de sacrificar la finalidad insoslayable del Derecho penal de *reducir el ius puniendi*. Dicha finalidad se traduce no sólo en la constitución de garantías formales y sustanciales, sino también en la *ampliación de ámbitos de libertad no condicionados con la amenaza de pena*. Si el catálogo de eximentes asumiera un carácter absolutamente estático, tal fin se vería comprometido, so pretexto de asegurar un alto nivel de certeza jurídica.

Aunque con argumentos diferentes, esta es la opinión que tiende a imponerse en la doctrina³⁴⁷ y jurisprudencia³⁴⁸ actual, quizás muy motivadas en el ascenso del neoconstitucionalismo en la cultura jurídica continental. De ahí que lo acertado sea suscribir la idea de que la expresión “*leyes penales*” debe interpretarse en el sentido de “*tipos penales y demás disposiciones fundametaloras de la punibilidad*”, con independencia de si se encuentran contempladas en la Parte Especial o General de los Códigos. En consecuencia, las normas que exigen de responsabilidad penal se encuentran fuera del alcance de tal prohibición.

B INTERPRETACIÓN DEL ART. 4.3 DEL CP Y EL SISTEMA DE EXIMENTES DEL CP.

1 Tesis restrictiva y la «vía de escape» de la atenuante analógica

En las referencias marginales que se hacen en la doctrina española a propósito del posible campo de aplicación de la analogía *in bonam partem*, abundan argumentos de corte formalista que

³⁴⁵ Respecto a la discusión sobre si tal artículo prohíbe la analogía *in bonam partem* en el derecho penal italiano, cfr. DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale* (1936), pp. 606 y ss.; VASSALLI, *Limiti*, pp. 6 y ss. Considera que la expresión “*leyes penales*” debe interpretarse en el Derecho italiano como “*ley incriminatoria*”, ANTOLISEI, *PG*¹⁴, pp. 97-98.

³⁴⁶ En tal sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 524.

³⁴⁷ En tal sentido, en la doctrina española, cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio*, pp. 57-58; SALGUERO, *Argumentación*, p. 215; LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense* (1983) 69, p. 33; bregando por una interpretación estricta del concepto de “*leyes penales*”, aunque sin pronunciarse sobre qué es lo que tal interpretación implica, FALCÓN Y TELLA, *El argumento*, p. 113. Interpretando también en este sentido lo dispuesto por el CC italiano, GUAUSTINI, *Estudios*⁵, pp. 101-102; DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale* (1936), pp. 607, 609-612; VASSALLI, *Limiti*, pp. 33 y ss.; de modo similar, respecto a una similar norma contenida en la Ley de Introducción al Código Civil brasileño, DE QUEIROZ, en *Separado del n.º VII de “Archivos do Ministerio de Justiça e Negócios interiores”*, pp. 19 y ss. Entre los civilistas, consideran que la prohibición sólo alcanza a la creación de delitos y penas, LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos*, p. 259; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, p. 329.

³⁴⁸ STC núm. 36/1982, Sala Primera, de 16 junio, “...la aplicación analógica es imposible de acuerdo con el número 2 del artículo 4 del Código Civil, al disponer que las Leyes excepcionales no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente contenidos en ellas; y el artículo 5 de la Ley del 76 es norma excepcional: por ser una norma limitadora del ejercicio de derechos que ha de interpretarse restrictivamente, excluyendo la analogía...”

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

restringen significativamente la analogía en el terreno de las eximentes. Dicha corriente de opinión³⁴⁹ viene a anclar sus puntos de partida en el art. 4. 3 CP, de manera que la proscripción de la analogía es predicable incluso cuando no funciona fundamentando o agravando la responsabilidad penal. Sería sólo posible admitirla en aquellos casos en que expresamente el legislador lo ha dispuesto³⁵⁰. En tal sentido, la analogía estaría prohibida en todo el Derecho penal y sólo sería admisible cuando el legislador expresamente lo hubiese autorizado³⁵¹. Quienes así opinan tienden solamente a ver legítimo el recurso a la analogía *in bonam partem* en la atenuante analógica, ya que aquí el legislador expresamente habría tomado la decisión de admitirla en su art. 21. 6 CP, al emplear la cláusula general de “*cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*”³⁵². Incluso, algunos autores llegan a reconocer que la analogía *in bonam partem* también estaría permitida en los casos del art. 20. 2 CP (“...*otras que produzcan efectos análogos*”) y en el art. 454 CP (“...*ligados de forma estable por análoga relación de afectividad...*”)³⁵³.

En la discusión doctrinaria parece imponerse una visión claramente formalista del conjunto de las eximentes, en virtud del cual sólo serán relevantes para el Derecho penal aquellas propiedades reconocidas por el legislador en toda ley. De esta manera, el universo de casos que interesan al Derecho penal se halla compuesto tan sólo por aquellos que contienen las propiedades reconocidas en la ley. Todos aquellos casos que tengan propiedades distintas a las requeridas por la ley o que no reúnan todas las exigidas legalmente serán considerados irrelevantes para el sistema jurídico-penal.

Lo así dicho sería evidente, al atender al funcionamiento que parece acoger el sistema de eximentes reconocido en el CP. En primer lugar, se encuentran las eximentes completas contenidas en el art. 20 y en el que se enuncian desde causas de justificación hasta causas de exculpación y de exclusión de la culpabilidad. Con motivo de esta regulación se establecen en algunos casos ciertos requisitos que deben concurrir para que las personas queden exentas de responsabilidad penal. En caso de faltar alguno de los requisitos exigidos en los incisos del art. 20, el art. 21. 1 tiene prevista una solución normativa, en virtud de la cual no se exime completamente de responsabilidad penal, pero se la atenúa. Por igual modo en otros incisos del art. 21 se recogen situaciones de menor entidad de injusto y culpabilidad que asimismo ameritan una reducción de la responsabilidad penal. Finalmente, el art. 21. 6 prevé efectos atenuantes para casos que, si bien distintos de los expresamente reconocidos por la ley, son ciertamente análogos a ellos.

Por tanto, el CP de 1995 ofrece un esquema de eximentes que parecería aceptar los siguientes niveles: 1º) eximentes completas de responsabilidad cuando se cumplan con los requisitos de la ley; 2º) eximentes incompletas, cuando no se cumplan los requisitos establecidos por el art. 20 para las causas excluyentes de responsabilidad penal; atenuación de la pena cuando se haya procedido a reparar el daño o cuando se haya confesado el delito antes de conocer la iniciación del proceso; y 3º) atenuante por analogía cuando un caso no reúna los requisitos exigidos por las atenuantes enunciadas por la ley y sea análogo a los expresamente contemplados³⁵⁴.

Los pasos de 1) a 3) parecerían estar presididos por la idea de una disminución del injusto y de la culpabilidad. De este modo, en las eximentes completas del art. 20 el injusto y la culpabilidad están tan relevantemente reducidos que deben quedar exentos de responsabilidad penal. A diferencia de ello,

³⁴⁹ En tal sentido, CEREZO MIR, *PG*⁵, I, pp. 173-174; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 30; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 17-18; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, p. 256; CORTÉS BECHIARELLI, en *Comentarios al Código penal*, p. 100, los supuestos de los artículos 20. 2 y 21. 3 CP serían también los únicos casos permitidos por el legislador; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, p.159-160, 162; EL MISMO, en *Comentarios al Código penal (RODRÍGUEZ MOURULLO dir.)*, p. 37; ROMEO MALANDA, en *RDPC (2005)* 16, pp. 196, 203-204, quien, sin considerarla inconstitucional, cree que hasta que no exista una autorización expresa del legislador, no puede decirse que sea legítimo recurrir a la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal español; GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 148; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*⁵, pp. 168; FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 201; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, pp. 525 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante*, pp. 30-31.

³⁵⁰ La proscripción de la analogía *in bonam partem* en el Derecho español, coincide con la anterior situación legal francesa, dado que el antiguo Código penal francés prohibía en su art. 65 que no podía ser exculpado ningún delito ni atenuada ninguna pena mediante causales distintas de las legalmente reconocidas; al respecto, NOLL, en *ZStW* 1956 (68), p. 186.

³⁵¹ De esta opinión es MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante*, pp. 27 y ss., para quien incluso son admisibles casos de analogía *in malam partem* cuando el legislador utiliza en la redacción de los tipos cláusulas que exigen el razonamiento analógico.

³⁵² Parece ser esta lo opinión vertida en su momento por el TS en STS, Sala de lo Penal, de 22 enero 1987.

³⁵³ ROMEO MALANDA, en *RDPC (2005)* 16, p. 197.

³⁵⁴ Entendiendo en estos términos el funcionamiento del sistema de eximentes y atenuantes, ARROYO DE LAS HERAS, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 29; GOYENA HUERTA, *Circunstancia*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 104.

la atenuante analógica acoge —según la interpretación que hacen los tribunales— casos con un contenido de injusto y culpabilidad menor que el de las restantes atenuantes reguladas³⁵⁵ o, en el supuesto de tener igual entidad, sólo cuando sean estructuralmente análogos³⁵⁶.

Si a esta explicación del cuadro de eximentes sumamos lo dispuesto por el art. 4. 3, según parte de la doctrina, no podría discutirse la voluntad del legislador de no dar cabida a la analogía *in bonam partem*. Sólo en lo que respecta a las atenuantes sería admisible la analogía, a partir de la habilitación que daría el art. 21. 6.

Con todo, este modo de entender el funcionamiento del sistema de eximentes y el papel de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal presupone un discutible concepto de Derecho y de legalidad. Además, pasa por alto los casos en los que, pese a faltar los requisitos de una eximente completa, aparece una propiedad que debería ser relevante para la exención de pena y que, sin embargo, el legislador no la ha reconocido como tal. Con esto aludo a casos en los que, pese a estar ausente alguna propiedad reconocida por el legislador, falta el mismo grado de merecimiento o necesidad de pena que las expresamente reguladas, al concurrir esta nueva propiedad.

Aquí, la mera aplicación de una atenuante sería inadecuada desde un punto de vista axiológico. En consecuencia, sólo cabe aceptar tal régimen cuando los casos en los que falta la propiedad exigida por el legislador son hechos injustos y culpables que sólo ameritan una atenuación. En tal caso el sistema no sería axiológicamente incuestionable y cabría perfectamente hablar de lagunas axiológicas en las eximentes completas y no sólo en las incompletas³⁵⁷. Por otra parte, como se verá en el Capítulo pertinente, pese a lo señalado por la jurisprudencia, los casos en los que la aplicación de la atenuante analógica importa una auténtica aplicación analógica de la atenuante son mucho menos de los que se piensa. La mayoría son claros casos de subsunción de casos en el supuesto de hecho del art. 21. 6 y, en consecuencia, sólo puede hablarse de interpretación y no de analogía.

Más allá de las críticas que puedan formularse al esquema de eximentes recogido por el legislador, no cabe dudar sobre el sentido que tiene el art. 4. 3 CP de prohibir la analogía *in bonam partem* y sólo dejar abierta la vía del indulto en el caso de que el juez estimase la inconveniencia de castigar el caso sometido a proceso. Ello no sólo se desprende de la misma lectura del citado artículo sino que además es perfectamente asumible al tomar en cuenta los debates parlamentarios. En tales debates se rechazó expresamente la posibilidad de habilitar al juez para la creación de eximentes supralegales mediante el recurso a la analogía.

En consecuencia, parece obvio que el camino a seguir para fundamentar la admisión de la analogía *in bonam partem* en el Derecho español tendría lugar con el cuestionamiento de la constitucionalidad del art. 4. 3 CP. Para ello conviene revisar lo dispuesto por los preceptos contenidos en el Título Preliminar y en el Título Primero de la CE, y los criterios de los cuáles se ha servido el TC a la hora de indagar en los fundamentos del principio de legalidad. Además no podrán faltar las críticas al modelo de legalidad por el que parece optar el pensamiento subyacente al artículo en discordia.

³⁵⁵ Ello es muy claro cuando se piensa en que los casos en los que se ha reconocido la atenuante de análoga significación respecto de causas de justificación y de exculpación incompletas presentan un contenido de injusto y de culpabilidad menor que las eximentes incompletas del art. 21. 1; cfr. la jurisprudencia del TS, STS núm. 1020/1996 (Sala de lo Penal), de 10 febrero; STS núm. 1121/1997 (Sala de lo Penal), de 18 septiembre.

³⁵⁶ Esta interpretación del funcionamiento del cuadro de eximentes y atenuantes del CP, no debe hacer pasar por alto que en muchos ámbitos se hace prácticamente imposible que quede alguna posibilidad de recurrir a la atenuante analógica. Al respecto, en concreto sobre la atenuante de arrebató u obcecación, cfr. MUÑOZ CUESTA, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 116; GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 154.

³⁵⁷ Tan es así que CEREZO MIR, *PG*⁵, I, pp. 173-174, pese a negar toda posibilidad de aplicar por analogía las eximentes y atenuantes en virtud del art. 4. 3 CP, acaba reconociendo que ello es un error del legislador, pues no está afectando la esencia del principio de legalidad. Además, hubiese sido conveniente seguir el criterio del Proyecto de Código penal de 1980 y de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 en el que se admitía la analogía. En tal sentido, estima el autor que sería importante para aplicar por analogía el desistimiento voluntario a los actos preparatorios y a los de conspiración, proposición y provocación para delinquir.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2 Toma de postura: vigencia parcial del art. 4 del C.P. y la inconstitucionalidad del párrafo 3º Entendimiento del sistema de eximentes en el CP

a Planteamiento de la cuestión

En la doctrina jurídico-penal contemporánea española no parece estar del todo claro lo insalvable que resulta ser el 3º párrafo del art. 4 CP para la admisión de la analogía *in bonam partem*. Quienes se muestran partidarios de admitir la analogía en las eximentes, asumen tal postura sin considerar debidamente las cabales connotaciones que el citado precepto tiene en la construcción de la argumentación. Como he señalado anteriormente, el tenor literal del art. 4. 3. CP prohíbe con indudable certeza el recurso a la analogía aún “*cuando de la rigurosa aplicación de la Ley resulte penada una acción u omisión que, ha juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo*”.

Dicho esto, los argumentos que apuntan en la dirección de admitir la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal español omiten cualquier tipo de referencia al artículo discutido o, haciéndolo, no creen que pueda suponer un impedimento insuperable³⁵⁸. En este último caso, o bien parten por saltar las exigencias de tal precepto y acudir directamente a los dictados de la Constitución³⁵⁹ o bien entienden que la analogía sería una forma de «*aplicación rigurosa*» exigida por el art. 4. 3 CP^{360/361}.

Pese a quedar en evidencia que tal regla contenida en el CP no coincide con las reglas o principios de derechos fundamentales, creo que la única vía de solución es el recurso a la declaración de inconstitucionalidad del art. 4. 3. CP. Un importante primer paso en este sentido —aunque tímidamente— fue dado por BACIGALUPO, al cuestionar la vigencia de tal artículo dentro del CP, al cual ve como una pieza extraña en el elenco normativo-penal. En tal sentido, propone el autor la derogación del art. 4. 3 CP, pues, en verdad, estaría contradiciendo el sistema institucional reconocido por la CE y lleva a reducir el ordenamiento jurídico a meros textos legales³⁶². De ahí que dicho artículo no supondría un obstáculo insalvable para el acogimiento de la analogía *in bonam partem*. No obstante, luego BACIGALUPO no avanza en la argumentación a favor de la inconstitucionalidad del precepto y sólo respalda la admisión de eximentes no contenidas en la ley interpretando la disposición a partir de los parámetros constitucionales y *iusfilosóficos* actuales³⁶³. Así acaba llegando a la conclusión que el margen de aplicación del art. 4. 3 CP queda reducido al caso en que la ley da una respuesta compatible con los valores supremos del ordenamiento jurídico y reduce la vía del indulto a la mínima expresión³⁶⁴.

Dado que en el concepto de legalidad aquí asumido, no puede el juez dar operatividad a los principios *iusfundamentales* para fundar la responsabilidad penal o para su exclusión, sólo cabrá la alternativa de acudir al TC para que declare la inconstitucionalidad del párrafo 3º del art. 4 CP. Para exponer los argumentos a favor de la inconstitucionalidad del precepto será conveniente seguir un orden lógico en la argumentación *iusfundamental*. En tal sentido entiende ALEXY³⁶⁵ que sería aconsejable construir un argumento global conformado por diversos planos de diverso peso

³⁵⁸ Así, por ejemplo, BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, p. 115; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 61; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo*, p. 74; NIETO, *El arbitrio*, pp. 349-350, quien entiende que una sentencia sustentada en el art. 4. 3 CP podría ser perfectamente impugnada, pese a estar basada en Derecho, por ser irrazonable. Criticando la redacción del art. 4. 3 CP, entre otras razones, por no admitir la analogía *in bonam partem*, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en *Código Penal*, p. 342.

³⁵⁹ Así, BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, pp. 133-134; JAÉN VALLEJO, *Principios*, p. 35.

³⁶⁰ En este último sentido, MIR PUIG, *PG7*, n.m. 43, p. 125, quien considera que el art. 4. 3 CP no es obstáculo a la admisión de la analogía *in bonam partem*, ya que “*también la analogía es una forma de «aplicación» de la ley, puesto que la interpretación no es más que una de sus formas, junto a la analogía. Nada impide, pues, una «aplicación analógica rigurosa»*”. Igualmente, cfr. MIR PUIG, *Introducción*, pp. 320 y ss., quien además rechaza que la expresión “*rigurosa aplicación*” deba asimilarse a “*rigurosa interpretación*”. Sin embargo, no comparto esta fundamentación, en cuanto estaría considerando la interpretación y la analogía como formas de aplicación del Derecho, lo cual debería ser diferenciado como sostendré más adelante. Al respecto, cfr. pp. 83 y ss.

³⁶¹ Contrario a la prohibición de analogía *in bonam partem*, aunque con argumentos diferentes, aunque algo confusos, CUELLO CONTRERAS, *PG3*, n.m. 96, p. 235.

³⁶² BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, p. 124; *EL MISMO, Principios*⁵, p. 72.

³⁶³ Cfr. BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, pp. 124 y ss.

³⁶⁴ BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, pp. 133-134.

³⁶⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos*, pp. 529 y ss., 534.

argumentativo. Por ello, un primer plano vendría dado a partir de las *disposiciones concretas de la CE* que avalarían tal postura; el segundo, se daría a partir de la *jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional*, el cual es el intérprete genuino de la CE y, finalmente, en tercer plano la *discusión dogmática* al respecto.

Por tanto, será conveniente analizar por separado los argumentos que pueden esgrimirse para solventar la inconstitucionalidad del art. 4. 3. CP. Evidentemente la amplitud con la que están redactadas las normas constitucionales daría lugar a interpretaciones que podrían llegar a ser contradictorias. En virtud de ello, para precisar y fortalecer la argumentación será fundamental acudir a otros criterios aportados por la jurisprudencia constitucional y la doctrina.

b Normas de derechos fundamentales que avalan la inconstitucionalidad

La primera aproximación al análisis de la constitucionalidad del art. 4. 3. CP tiene lugar al cotejar la prohibición que tal enunciado legal expresa con algunas de las normas más relevantes que respecto al tema se encuentran en el texto de la Norma fundamental. En el Título preliminar y en el Título primero, Capítulo segundo, se encuentran algunas disposiciones de derechos fundamentales que evidencian una serie de valores y principios que, interpretados correctamente, serían vulnerados por lo dispuesto en el citado artículo del CP³⁶⁶. En estos apartados de la CE se congregan una serie de principios y valores que informan todo el ordenamiento jurídico y presiden la conducta de los poderes públicos y servirán de rasero para interpretar las restantes disposiciones constitucionales³⁶⁷. En concreto, respecto a los valores constitucionales, si bien ellos no poseen evidentemente fuerza de fuente inmediata para el Derecho, no puede restársele importancia en cuanto a su rol de basamento del orden constitucional. Por ende, no pueden ser desconocidos por los órganos estatales³⁶⁸.

Para empezar, la CE en su art. 1. 1 estatuye entre los valores superiores del ordenamiento jurídico español a la *libertad* y la *justicia*. Ellas, junto a la igualdad y el pluralismo político, serán pautas axiomáticas ineludibles en la conformación del orden jurídico. Si se piensa en un concepto de libertad en modo alguno omnicompreensivo, esto arroja como resultado que la restricción a la libertad se constituirá como excepción, lo cual llevaría a los poderes constituidos a abogar por su ampliación. Además, el enaltecimiento de la justicia evidencia una dimensión axiológica, según la cual el Derecho no queda reducido a lo estrictamente contemplado por la ley, sino que pueden incluso tener lugar algunas diferencias entre ambas.

Con ello, parece evidente que una disposición legal como la discutida en el art. 4 CP se opone a los valores de libertad y justicia y busca subyugarlas a la legalidad. Si bien la idea de legalidad es de suma trascendencia en el esquema axiomático de la CE³⁶⁹, no puede asumirse que la misma CE otorgue primacía a ella sobre el valor de la libertad y la justicia.

Lo anterior, no obstante, no puede significar un vuelco al neoconstitucionalismo radical que he desestimado precedentemente. La seguridad o certeza jurídica y la jerarquía normativa son principios que el ordenamiento constitucional respalda abiertamente y que deben ser precisamente ponderados en la colisión frente a la libertad y la justicia. Pero evidentemente, la posibilidad de que el juez pueda aplicar por analogía una disposición que exime de responsabilidad penal puede ser una buena medida de escape para solucionar problemas de justicia que se puedan suscitar en el caso concreto. Cabe agregar que, además, tendería a favorecer espacios de libertad exentos de la injerencia del Estado. Tal disposición se atrincheró en un añejo concepto de legalidad, impracticable en el nuevo contexto constitucional.

Otro argumento normativo de peso adicional se encuentra en los artículos 9. 3 y 25. 1 CE que constitucionalizan alguno de los postulados del principio de legalidad; en concreto, la prohibición de

³⁶⁶ En este sentido afirma BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, p. 123, que la disposición del art. 4. 3 CP no se concilia con el actual orden constitucional.

³⁶⁷ MERINO MERCHÁN/PÉREZ-UGENA COROMINA/ VERA SANTOS, *Lecciones*, p. 156.

³⁶⁸ MERINO MERCHÁN/PÉREZ-UGENA COROMINA/ VERA SANTOS, *Lecciones*, p. 171.

³⁶⁹ Cfr. al respecto lo dispuesto en el art. 9. 3 CE.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

aplicación retroactiva de la ley penal y la proscripción de la analogía³⁷⁰. Cuando la CE garantiza en el art. 9. 3 la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras³⁷¹ o establece la necesidad de ley previa en el art. 25. 1³⁷², siempre lo hace aludiendo a que se trate de una agravación o fundamentación de responsabilidad penal o administrativa. Esto significa que sólo alcanza la prohibición a las situaciones en las cuales se quiera condenar o sancionar por acciones u omisiones que no son consideradas delito, falta o infracción administrativa antes del momento del hecho. Guarda silencio la normativa constitucional en relación a los casos en los cuales la actividad creadora del juez se dirige a aplicar eximentes por analogía a casos que antes no estaban comprendidos por las eximentes. Si a esto último se le suma lo reseñado en el párrafo precedente sobre el valor de la libertad, parecería evidente que, al guardar silencio el constituyente, lo que está haciendo es no prohibir el recurso a la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal³⁷³.

c Criterios jurisprudenciales asumidos por el TC y el TS que avalan la analogía in bonam partem y la práctica actual de los Tribunales

1. La abundante jurisprudencia del TC y (en menor medida) del TS aporta las herramientas teóricas suficientes como para solventar la tesis que aquí se propugna, de admitir la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal español. En consecuencia, consideraría opuesta a los parámetros constitucionales la disposición legal contenido en el art. 4. 3 CP³⁷⁴.

Si bien es cierto que dichos Tribunales no se han pronunciado al respecto frente a casos en los que se solicitaba la aplicación analógica de alguna eximente, los criterios aportados dejan en evidencia que la prohibición de la analogía en Derecho penal justamente se limita a la creación de delitos y penas. Asimismo, aportan parámetros interpretativos que avalan una comprensión de las leyes penales y del mismo principio de legalidad que van en el sentido de salvaguardar los derechos fundamentales y de ampliar la libertad de los ciudadanos.

Yendo por partes, el TC ha reconocido de manera abrumadora que el alcance de la prohibición de la analogía comprende tan sólo al ámbito del establecimiento o agravación de la responsabilidad penal. Dicho en otras palabras, solamente estaría vedada la aplicación analógica de los tipos y de las penas^{375/376}. Según señala en este sentido el TC (STC núm. 229/2003, Pleno, de 18 diciembre),

...[n]uestra jurisprudencia viene sosteniendo que la garantía material de certeza derivada del principio de legalidad en materia penal tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales, que en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales se encuentran, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, en situación de sujeción estricta a la ley penal, estándoles vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan.

³⁷⁰ Considera COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, en *Comentarios al Código penal*, I, pp. 28-33, que para la confección constitucional del principio de legalidad debe considerarse además el art. 81. 1 CE.

³⁷¹ STC núm. 81/1995, Sala Segunda, de 5 junio; STC núm. 34/1996, Sala Segunda, de 11 marzo; STS núm. 1428/2000, Sala de lo Penal, de 23 septiembre; STS núm. 1056/2000, Sala de lo Penal, de 16 junio.

³⁷² La jurisprudencia del TC entiende que el principio de legalidad se encuentra reconocido en el art. 25. 1 CE, STC núm. 52/2003, Sala Primera, de 17 marzo; STC núm. 75/2002, Sala Primera, de 8 abril; STC núm. 36/1982, Sala Primera, de 16 junio; STC núm. 133/1987, Pleno, de 21 julio; STC núm. 297/2005, Sala Segunda, de 21 noviembre; STC núm. 242/2005, Sala Primera, de 10 octubre; STC núm. 195/2005, Sala Primera, de 18 julio; STC núm. 120/2005, Sala Segunda, de 10 mayo; STC núm. 163/2004, Sala Segunda, de 4 octubre; STC núm. 129/2003, Sala Segunda, de 30 junio; STC núm. 196/2002, Sala Segunda, de 28 octubre; STC núm. 113/2002, Pleno, de 9 mayo; STC núm. 123/2001, Sala Segunda, de 4 junio; STS núm. 57/2005, Sala de lo Penal, de 26 enero; STS núm. 1664/2002, Sala de lo Penal, de 28 marzo; STS núm. 7/2002, Sala de lo Penal, de 19 enero; STS núm. 57/2005, Sala de lo Penal, de 26 enero; STS núm. 1358/2004, Sala de lo Penal, de 19 noviembre.

³⁷³ En este sentido, MADRID CONESA, *La legalidad*, p. 74; SALGUERO, *Argumentación*, p. 215. Esto último era también seguido por el CP de 1928, cuyo art. 2 rezaba: “no se admitirá la interpretación extensiva, ni tampoco la analogía o semejanza para definir delitos o faltas o agravar penas”. Al respecto, cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal (dir. COBO DEL ROSAL)*, p. 160; EL MISMO, en *Comentarios al Código penal (RODRÍGUEZ MOURULLO dir.)*, p. 35.

³⁷⁴ Ofreciendo un completo panorama de los criterios jurisprudenciales del TC, cfr. BACIGALUPO, *El principio*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, pp. 54-71.

³⁷⁵ STC núm. 151/1997, Sala Segunda, de 29 septiembre; STC núm. 133/1987, Pleno, de 21 julio; STS núm. 1428/2000, Sala de lo Penal, de 23 septiembre; STC núm. 297/2005, Sala Segunda, de 21 noviembre; STC núm. 34/1996, Sala Segunda, de 11 marzo; STC núm. 229/2003, Pleno, de 18 diciembre.

³⁷⁶ Pese a que el TC también hace extensible a las medidas de seguridad las exigencias derivadas del principio de legalidad, su vigencia debería concebirse no tanto aminorada, cfr. STS núm. 464/2002, Sala de lo Penal, de 14 marzo

En este sentido, la jurisprudencia del TC no se opone en lo más mínimo al empleo de la analogía *in bonam partem*, dado que tan sólo considera alcanzados por la prohibición aquellos casos en los cuales el recurso a la analogía tiene lugar a los fines de crear delitos o penas.

Además, la idea de que sea viable el acogimiento en el sistema de la analogía *in bonam partem* no se reduce meramente a su falta de prohibición expresa en las decisiones. En algunos casos ha tendido a hacerse un tanto más expresa; de lo que cabría deducir sin mayores esfuerzos una opinión favorable al reconocimiento de la analogía favorable al autor. En este sentido se ha pronunciado el TC en un Auto de 1996, en el que añade que

[e]l principio de legalidad criminal no es tan riguroso que reduzca al Juez a ser un mero ejecutor automático de la Ley, actuando de forma tan mecánica que anule su libertad, cuando, en uso de ésta, ni se crean figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la Ley³⁷⁷.

Según se desprende de este extracto del Auto, en situaciones en las cuales no se crean figuras delictivas ni se aplican penas, es dable admitir el apartamiento de un modelo de juez no tan apegado a la letra de la ley. Con posterioridad, este criterio asumido en el citado Auto ha sido mantenido en diversas sentencias del TC³⁷⁸.

Allende tales enfoques, la posibilidad de reconocer un funcionamiento diferenciado del principio de legalidad, según fundamente o excluya la responsabilidad penal y que se debilitaría en el último caso, encuentra soporte en decisiones adoptadas por del TC. El Tribunal deja bien en claro que, a la hora de interpretar las disposiciones legales, debe primar una orientación tendente a fortalecer los derechos y valores constitucionales, entre los cuales la libertad y la justicia alcanzan a ser vistas como verdaderas deidades consagradas en el art. 17 CE. De esta manera, toda norma o actuación de los poderes públicos que se refiera a la libertad ha de respetarla hasta el máximo posible³⁷⁹.

Incluso, avanzando en este sentido, el TC ha alcanzado a sostener que la jurisdicción habría de cumplir también con *“los fines que la Constitución consagra, entre ellos el de la tutela efectiva sin indefensión, que pide y exige que todas las normas han de ser interpretadas y aplicadas en el sentido más favorable para el ejercicio de esos derechos, sin hacer uso de interpretaciones restrictivas que lo disminuyan o menoscaben”*³⁸⁰. Por tanto, una interpretación que cuestione la constitucionalidad de una norma que —como el art. 4. 3 CP— restringe libertades individuales, sería perfectamente conciliable con los parámetros normativos y valorativos que nos establece el genuino intérprete de la Constitución. La idea de abogar por la promoción de interpretaciones y aplicaciones de la ley que amplíen reducidamente los espacios de libertad jurídicamente asegurados, hace plausible la tesis que abona la posibilidad de fundamentar la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal español³⁸¹.

Más clara es todavía la opinión vertida en este sentido en la STC núm. 32/1987, Pleno, de 10 marzo, al señalar que

... este Tribunal ha venido reiterando en distintas ocasiones que, «en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos» (...) doctrina que, por lo que al caso presente concierne, significa que las decisiones judiciales aquí cuestionadas, sin menoscabo de la ley, deberían haber optado por una interpretación más favorable a la libertad del inculpaado.

Por otra parte, similar criterio a aquel por el que aquí se aboga defiende por la jurisprudencia del TC al momento de asignar reconocimiento constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna. Dado que el art. 25. 1 CE no dice nada sobre la retroactividad de la ley penal más benigna, ni el art. 9. 3 reconoce esta aplicación de modo expreso, sólo cabe postular el reconocimiento constitucional de dicha excepción al principio de legalidad, a contrario *sensu* de lo dispuesto en el art. 9. 3 CE (*“La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...”*). En tal sentido, ha entendido el TC que *“en el ámbito del Derecho penal «stricto*

³⁷⁷ ATC núm. 68/1996, Sala Primera, Sección 1ª, de 25 marzo

³⁷⁸ STC núm. 38/2003, Sala Primera, de 27 febrero, *“...este Tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal (...), sin olvidar que el principio de legalidad, ni puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de ésta no se crean nuevas figuras delictivas o se aplican penas no previstas en el Ordenamiento”*. En igual sentido, STC núm. 228/2002, Sala Segunda, de 9 diciembre; STC núm. 167/2001, Sala Segunda, de 16 julio.

³⁷⁹ STC núm. 1/1995, Sala Primera, de 10 enero

³⁸⁰ STC núm. 148/1988, Sala Segunda, de 14 julio

³⁸¹ Esto desde luego dentro de los márgenes que no se frustren los fines jurídico-penales de generar incentivos de conductas lícitas y de generar incentivos a la reducción de la violencia informal.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

sensu», en el que en la mayor parte de las ocasiones está en juego el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), nuestra doctrina hasta el momento ha venido negando el encuadramiento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable en el art. 25.1 CE³⁸². De este modo, sólo sería posible reconocerlo gracias a una interpretación a *contrario sensu* del art. 9. 3 CE³⁸³.

Esta fundamentación constitucional de la retroactividad de la ley más favorable ayuda a asignarle a la analogía *in bonam partem* idéntica jerarquía constitucional. En concreto, la admisión de la analogía favorable al autor se derivaría también de una interpretación a *contrario sensu* del art. 25. 1 CE que sólo veda la prohibición de la analogía en la creación de delitos, faltas y penas³⁸⁴.

2. Pero también es importante sumar a esta jurisprudencia, la consideración de que en la práctica actual los Tribunales son mucho más activista de lo que pretenderían los legisladores mediante la regulación del CP. La pretensión de sujetar a los jueces a una rigurosa aplicación de la ley se sostiene según qué cuestión, mientras que en muchos aspectos las decisiones judiciales van mucho más allá de la letra de la ley, no obstante guardar ella silencio al respecto.

Un buen ejemplo de ello se presenta en las eximentes de responsabilidad penal y, en concreto, respecto a la categorización en requisitos esenciales y no esenciales de las eximentes completas que realiza la jurisprudencia^{385/386}. Aquí la distinción entre requisitos esenciales —ante cuya ausencia caería también la eximente incompleta— y los accidentales —ante cuya ausencia se aplica la eximente incompleta— es sumamente discutible. El legislador no reconoce en ninguna disposición del CP una regulación semejante de requisitos esenciales y accidentales, pese a lo cuál estatuyen los jueces estos criterios y aplican las eximentes conforme a estas normas jurisprudenciales.

La pretensión de erigir una concepción formalista del juez se desdibuja con esta actividad jurisprudencial que incluso es mucho más cuestionable de lo que podría llegar a ser la analogía *in bonam partem*. Aquí el activismo del juez tiende a reducir espacios de libertad, al privar incluso en algunos casos la concurrencia de una eximente parcial en el caso de estar ausente algún requisito esencial de la eximente completa. Pero, por otra parte, el riguroso seguimiento de estos criterios jurisprudenciales puede llegar a situaciones injustas en las que un hecho, pese a faltar un requisito esencial, precise de la concurrencia de alguna eximente parcial³⁸⁷.

Aún más activistas —y, en consecuencia, igualmente objetables— resultan ser los Tribunales en el enjuiciamiento de las eximentes cuando se autolegitiman para establecer requisitos que la ley no ha exigido para su otorgamiento³⁸⁸. En tal sentido son muy claras las muestras dadas por el TS en

³⁸² STC núm. 99/2000, Sala Segunda, de 10 abril

³⁸³ STC núm. 215/1998, Sala Primera, de 11 noviembre; STS núm. 113/2001, Sala de lo Penal, de 3 febrero.

³⁸⁴ Derivando la aplicación analógica favorable al reo de este precepto, LUZÓN PEÑA, *PG*, I, p. 157; SALGUERO, *Argumentación*, p. 215. Podría decirse que sigue en este punto una postura no tan distante a la aquí mantenida, ROMEO MALANDA, en *RDPC* (2005) 16, pp. 193-194. Sin embargo, no veo satisfactorio el escaso alcance que le asigna a la falta de prohibición constitucional de la analogía *in bonam partem*. Este autor considera constitucional la analogía *in bonam partem*, sin perjuicio de lo cual también sería posible que el legislador optara por prohibirla. No considera, como creo sería más acertado, inconstitucional la prohibición del legislador.

³⁸⁵ Ilustrativa al respecto la jurisprudencia constante del TS, respecto a legítima defensa, STS n° 1861/2001, Sala de lo Penal, 17 de octubre; STS núm. 900/2004, Sala de lo Penal, de 12 julio; STS n° 639/1998, Sala de lo Penal, de 6 de mayo; STS n° 1555/2003, Sala de lo Penal, de 19 de noviembre; STS n° 1708/2003, Sala de lo Penal, de 18 diciembre; STS n° 2442/2001, Sala de lo Penal, de 18 diciembre; STS n° 1291/2000, Sala de lo Penal, de 4 octubre; STS n° 1474/1999, Sala de lo Penal, de 18 octubre; respecto al estado de necesidad, STS n° 888/2002, Sala de lo Penal, de 14 mayo; STS n° 159/2002, Sala de lo Penal, de 8 febrero; STS n° 1415/1997, Sala de lo Penal, de 24 noviembre; STS n° 785/1997, Sala de lo Penal, de 29 mayo; STS n° 772/1995, Sala de lo Penal, de 16 junio; respecto a la eximente del cumplimiento de un deber y legítimo ejercicio de un derecho, oficio o cargo, STS n° 601/2003, Sala de lo Penal, de 25 abril; STS n° 1284/1999, Sala de lo Penal, de 21 septiembre; STS n° 871/1998, Sala de lo Penal, de 19 junio; STS n° 421/1996, Sala de lo Penal, de 13 mayo; STS n° 1929/2000, Sala de lo Penal, de 15 diciembre; respecto al miedo insuperable, STS n° 156/2003, Sala de lo Penal, de 10 febrero; STS n° 1095/2001, Sala de lo Penal, de 16 julio; STS n° 2067/2002, Sala de lo Penal, de 13 diciembre; STS n° 722/2003, Sala de lo Penal, de 12 mayo; STS n° 156/2003, Sala de lo Penal, de 10 febrero; STS n° 1530/2001, Sala de lo Penal, de 24 julio; STS n° 790/2002, Sala de lo Penal, de 7 mayo.

³⁸⁶ Aceptando esta distinción jurisprudencial entre requisitos esenciales y accidentales, CÓRDOBA RODA, *Las eximentes*, p. 24.

³⁸⁷ Precisamente esta es una de las razones por las que VALLE MUÑOZ, en *ADPCP* (1992) XLV, Fasc. II, pp. 564-565, se muestra escéptico en relación a la distinción entre elementos accidentales y principales.

³⁸⁸ Pese a todo, se muestra favorable a esta actividad forense por los problemas de despenalización y criminalización que aparejaría la declaración de inconstitucionalidad de tipos y de eximentes respectivamente, FERRERES COMELLA, *El principio*, pp. 153-156, especialmente 160 y ss.

relación con la eximente de miedo insuperable³⁸⁹ y del cumplimiento de un deber³⁹⁰. El TS ha optado aquí por la vía de racionalizar su aplicación mediante el establecimiento de una serie de requisitos.

Incluso la extralimitación de algunas de sus sentencias llega a tal punto que en el miedo insuperable se continúa exigiendo que el mal anunciado por el hecho sea mayor o igual que el causado por el sujeto con su acción³⁹¹, aun tras la reforma de 1995 en la que el legislador renunciara a tal requisito³⁹². Que este activismo judicial sea rechazable³⁹³ y que obedezca a una equivocada concepción en la que el juez tiene que enmendar los incumplimientos del mandato de taxatividad impuesto al legislador, no se sigue que el juez haya de estar maniatado ante la posibilidad de aplicar analógicamente eximentes y atenuantes³⁹⁴.

Con esta crítica lo que se pretende es poner al descubierto cómo, en ciertos sectores, se rasgan las vestiduras cuando se aboga por amparar a la analogía *in bonam partem*, mientras, por otra parte, comulgan con esta posibilidad de que el juez establezca *praeter legem* requisitos que recortan el ámbito de aplicación de las eximentes. Es cierto que las eximentes recortadas no han sido reguladas por el legislador siguiendo un tratamiento del principio de legalidad acertado y requiriendo algunos niveles más altos de taxatividad. Por este motivo, parecería necesaria una racionalización de las eximentes y que no se transformen en certificados en blanco de impunidad. Pero recortar el ámbito de aplicación por vía jurisprudencial es algo mucho más serio que ampliar eximentes por analogía. De ahí que resulte difícil comprender la razón por la que se rechaza la analogía *in bonam partem* y se acoge con beneplácito el establecimiento de los requisitos *praeter legem*.

Además de los anteriores casos en los que se observaba un claro alejamiento del modelo del juez autómatas, existen otros casos de gran trascendencia en la aplicación del Derecho penal. Estos casos dejan entrever un claro acercamiento a una concepción de la legalidad más cercana a la aquí defendida.

Por una parte, no pueden faltar las referencias a la aplicación que ha tenido lugar de la atenuante analógica por el TS. Aquí se llegó a extender su regulación a casos que no guardaban una análoga relación de significado con las atenuantes reconocidas en el art. 21 CP. Gracias a una apertura al verdadero significado teleológico de la institución jurídico-penal de las atenuantes, fue posible reconocer la necesidad de extender la regulación del art. 21 para resolver problemas de justicia que se

³⁸⁹ Reconoce la jurisprudencia constante del TS como requisitos del miedo insuperable: a) la *presencia de un temor* que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de su voluntad; b) que dicho miedo esté inspirado en un *hecho efectivo, real y acreditado*; c) que el miedo ha de ser *insuperable*, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes; y d) que el *miedo sea el único móvil de la acción*. Cfr. STS n° 778/2004, Sala de lo Penal, de 17 junio; STS n° 172/2003, Sala de lo Penal, de 6 febrero; STS n° 790/2002, Sala de lo Penal, de 7 mayo; STS n° 1530/2001, Sala de lo Penal, de 24 julio; STS n° 332/2000, Sala de lo Penal, de 24 febrero; STS n° 1491/1999, Sala de lo Penal, de 25 octubre; STS n° 2067/2002, Sala de lo Penal, de 13 diciembre.

³⁹⁰ Establece como requisitos de esta eximente: a) que el sujeto activo sea una autoridad o agente de la misma que esté autorizado para hacer uso de medios violentos en el ejercicio de sus funciones; b) que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo; c) que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos y privados cuya protección tengan legalmente encomendados (necesidad en abstracto); d) que la utilización de la fuerza sea proporcionada (necesidad concreta); y e) que concorra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. Cfr. STS n° 277/2004, Sala de lo Penal, de 5 marzo; STS n° 601/2003, Sala de lo Penal, de 25 abril; STS n° 1810/2002, Sala de lo Penal, de 5 noviembre; STS n° 1601/2002, Sala de lo Penal, de 30 septiembre; STS n° 2466/2001, Sala de lo Penal, de 24 diciembre; STS n° 1633/2001, Sala de lo Penal, de 18 septiembre; STS n° 1682/2000, Sala de lo Penal, de 31 octubre; STS n° 1695/1999, Sala de lo Penal, de 1 diciembre; STS n° 1284/1999, Sala de lo Penal, de 21 septiembre; STS n° 670/1998, Sala de lo Penal, de 14 mayo; STS n° 1404/1997, Sala de lo Penal, de 22 noviembre; STS n° 192/1997, Sala de lo Penal, de 14 febrero; STS n° 17/2003, Sala de lo Penal, de 15 enero; STS n° 871/1998, Sala de lo Penal, de 19 junio.

³⁹¹ STS n° 1555/2002, Sala de lo Penal, de 30 septiembre; STS n° 1495/1999, Sala de lo Penal, de 19 octubre; STS n° 995/1999, Sala de lo Penal, de 21 junio; STS n° 673/1999, Sala de lo Penal, de 26 abril; STS n° 322/1999, Sala de lo Penal, de 5 marzo; STS n° 92/1998, Sala de lo Penal, de 29 enero; STS n° 369/2000, Sala de lo Penal, de 6 marzo; STS n° 92/1998, Sala de lo Penal, de 29 enero.

³⁹² Aprueba BACIGALUPO, *El principio*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, p. 53, la restricción del alcance de una eximente cuando ella recoja una tradición interpretativa suficientemente establecida como para garantizar una aplicación objetiva del Derecho.

³⁹³ Ello es así si se piensa en el rechazo doctrinal claramente mayoritario de considerar a la jurisprudencia como fuente del Derecho penal, cfr. CEREZO MIR, *PG*, I, pp. 151, 161; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, pp. 157-158.

³⁹⁴ Incluso considera LUZÓN PEÑA, *PG*, I, p. 157, que los tribunales españoles reconocieron por analogía el error de prohibición invencible como causas de exculpación, cuando el CP no la regulaba expresamente.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

planteaban en casos de dilaciones indebidas³⁹⁵ y de responsabilidad del *extraneus* en los delitos especiales propios³⁹⁶.

Por otra parte, como prueba la ampliación de la atenuante analógica a casos de dilaciones indebidas, los acuerdos plenarios vienen cobrando una gran fuerza en la fijación de criterios interpretativos. Además tales acuerdos respaldan la creación analógica de eximentes. Prueba de ello es el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda que, en reunión del 1º de marzo de 2005, acordó la aplicación de la excusa absolutoria en delitos patrimoniales a personas unidas por una relación de afectividad semejante al matrimonio. Aquí se estaría avalando el recurso a la analogía respecto al art. 268 CP.

d Rechazo doctrinal al legalismo clásico y las consecuencias de un neoconstitucionalismo moderado

i Introducción

El tercer escalón de este argumento que aboga por la inconstitucionalidad del párrafo 3º del art. 4 CP, si bien posee un peso argumentativo menor que el esgrimido en los niveles superiores, no debe ser desdeñado. La doctrina influye en la opinión vertida por los Tribunales en sus sentencias, del mismo modo que sirve para poner en conexión la norma con el contexto político y social de la época. Por tanto, será preciso partir por el origen histórico del analizado artículo del CP y ponerlo en relación con el modelo institucional presupuesto en él (por cercanía histórica e ideológica). Finalmente, se retomarán algunas cuestiones ya analizadas al tomar postura a favor de un neoconstitucionalismo legalizado y se implementarán en el problema discutido aquí.

ii Marco histórico de la aparición del artículo 4.3. del CP.

1. El actual art. 4. 3 de nuestro CP tiene como antecedente más lejano al art. 2. 3 del CP de 1850³⁹⁷, el cual era fruto de una inmediata reforma realizada al Código penal español de 1848. Dicho artículo ofrecía una estructura que sólo difería de la actual en cuanto a que omitía la alusión a los casos en los cuales el juez estimaba que la conducta no debía ser castigada. En cambio, sólo contemplaba el caso en que el juez considerara que de la rigurosa aplicación de la ley resultare una pena notoriamente excesiva en atención a la *malicia* y al *daño causado por el delito*³⁹⁸. Con ello, se advierte que la interdicción de la discrecionalidad del juez sólo alcanzaba aquellos casos en los que se pretendía reducir la respuesta punitiva, mientras que guardaba silencio en relación a los casos de creación de eximentes por analogía *in bonam partem*.

En lo esencial, buscaban alcanzarse dos objetivos: evitar la arbitrariedad y la dureza excesiva de la pena que podrían tener lugar en ciertos casos³⁹⁹. Como dije, si bien no se encuentra contenida la prohibición de la analogía *in bonam partem* respecto a las eximentes, sí está presente la pauta rectora de que el juez debe permanecer firme en el respeto irrestricto a la voluntad del legislador. Ello inclusive

³⁹⁵ STS núm. 806/2002 (Sala de lo Penal), de 30 abril; STS núm. 1363/2004 (Sala de lo Penal), de 29 noviembre; STS núm. 742/2003 (Sala de lo Penal), de 22 mayo; STS núm. 655/2003 (Sala de lo Penal), de 8 mayo. Similar: STS núm. 622/2001 (Sala de lo Penal), de 26 noviembre. Todo eso, sobre todo, a partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del 21 de mayo de 1999.

³⁹⁶ STS núm. 1078/2002 (Sala de lo Penal), de 11 junio; similar, STS núm. 2052/2001 (Sala de lo Penal), de 7 noviembre; STS núm. 1493/1999 (Sala de lo Penal), de 21 diciembre, STS núm. 20/2001 (Sala de lo Penal), de 28 marzo.

³⁹⁷ BACIGALUPO, *La rigurosa*, en EL MISMO, *Principios constitucionales de derecho penal*, p. 115.

³⁹⁸ Art. 2º: "No serán castigados otros actos u omisiones que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas".

"En el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión, y no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal".

"Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código, resultare notablemente excesiva la pena, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito"

³⁹⁹ VIADA Y VILASECA, *Código penal*, p. 32.

en el caso de que dicha pauta importe asignarle al caso un tratamiento más severo que el que se estima justo; sólo quedaría la vía de la *gracia*, la vía del indulto.

Pero no es sino en el Código penal de 1928 en donde aparece una disposición redactada en términos prácticamente idénticos a los empleados en el actual art. 4. 3 CP. Reza el art. 3.2 CP 1928:

Asimismo acudirá al Gobierno exponiendo y proponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de este Código resultare penada una acción u omisión que, a su juicio, no debiera serlo, o la pena fuere considerablemente excesiva, atendidos el grado de malicia del delincuente, el peligro social y el daño causado por el delito...⁴⁰⁰.

Eso no parece generar ningún tipo de sorpresa si se considera que la CE de 1876 seguía limitando —al igual que las Constituciones anteriores— la actividad del juez a la mera aplicación; entendida ésta como todo proceso en el que no tiene lugar ningún tipo de aportación valorativa del juez⁴⁰¹.

Según surge de la opinión de PACHECO, tal limitación al juez era sostenible si se consideraban principalmente dos aspectos.

En un primer orden de ideas, este párrafo que no aparecía en el CP originario tuvo como inspiración a las situaciones que se generaron con ocasión de la acumulación de penas, producida en el concurso real de delitos, regulado en aquel entonces por el art. 76⁴⁰². A partir de la introducción de esta cláusula, si bien no se excluía definitivamente la posibilidad de atenuar la pena para casos de resultar una pena excesiva, sí quedaba considerablemente reducida y controlada su posibilidad, al quedar sólo la vía de escape del indulto.

Pero una segunda razón de importancia, y que además refleja la situación de la Ciencia jurídica de la época, vino dada a partir de una confianza sin precedentes en el Derecho y en su evolución. Esto llevaba a creer que la Ciencia jurídica y la legislación habían evolucionado a tal punto, que era el momento preciso de cristalizar en leyes el estado definitivo al cuál había llegado el Derecho luego de transitar largos años de historia⁴⁰³. Por tal motivo se creía ver que los largos años de la evolución del Derecho penal aportaban datos que nos indicaban con precisión cuáles eran las conductas que debían ser consideradas delictivas y cuáles no. Sus pruebas pueden hallarse en las palabras de PACHECO: "*porque la experiencia de tres mil años, porque la historia de todas las legislaciones, porque tantos centenares de códigos, porque tantos millares de leyes criminales como se han hecho hasta aquí, es muy difícil que hayan dejado fuera de sus noticias y de sus preceptos caso alguno que convenga vedar y castigar*"⁴⁰⁴.

Esto significa que si algún caso no ha quedado comprendido entre las disposiciones que tipifican los hechos es porque se juzga como no merecedor de pena. No obstante ello, estima PACHECO⁴⁰⁵ que pueden darse casos sumamente extraordinarios en los cuales pueda resultar excesiva la pena y es precisamente por ello por lo que la legislación permite a los jueces que acudan al Gobierno. Con todo, el recurso al Gobierno debía hacerse con pasmosa moderación y prudencia, ora por razones de economía procesal, ora por el peso que tiene la historia y que ha mantenido durante largo tiempo tal conducta como punible.

Incluso antes de que tenga lugar la incorporación de la prohibición de la analogía *in bonam partem* con el CP de 1928, VIADA Y VILASECA⁴⁰⁶ consideraba que si, al elevarse al Gobierno las consultas, éste estimaba que la dureza de la ley era excesiva no para un caso particular sino en general,

⁴⁰⁰ Sin perjuicio de que en el apartado correspondiente se cuestione la constitucionalidad del art. 4. 3 CP, se advierte cómo la fuente histórica de dicho precepto se encuentra en un Código fuertemente autoritario y que viene a condensar en un cuerpo sistemático leyes penales que ya había promulgado el régimen dictatorial del Gral. Primo de Rivera en 1923, cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos penales*, pp. 665-667; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio*, pp. 96-97.

⁴⁰¹ BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO*, *Principios constitucionales de derecho penal*, pp. 117-118.

⁴⁰² PACHECO, *El código penal*, p. 87. Recuerda BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO*, *Principios constitucionales de derecho penal*, p. 115, que el art. 76 CP 1848 contenía una norma que establecía el principio de acumulación ilimitada de penas para el caso del concurso de delitos.

⁴⁰³ CALVO GARCÍA, *Los fundamentos*, p. 71.

⁴⁰⁴ PACHECO, *El código penal*, p. 86, aunque parece luego "*dar marcha atrás*" cuando, al estudiar la atenuante analógica, señala que la materia que se encarga de las atenuantes es un terreno inagotable y que siempre van a estar apareciendo nuevos casos que requieran una atenuación (p. 211).

⁴⁰⁵ PACHECO, *El código penal*, p. 87.

⁴⁰⁶ VIADA Y VILASECA, *Código penal*, p. 32

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

cabría proponer la reforma al Poder legislativo. En cambio, cuando sólo las circunstancias individuales determinaran el exceso, sería natural que se propusiera al Jefe de Estado el indulto total o parcial. Con ello quedaba claro que quería cerrarse al juez toda posibilidad de decidir discrecionalmente frente a un caso concreto.

2. Es evidente que la aparición en los Códigos penales de disposiciones legales que supusieran un cierre a la aplicación analógica de las eximentes completas e incompletas, puede explicarse en igual medida prestando detenida atención a la corriente de pensamiento que fluye tras estas normas. Parece razonable pensar que detrás de la letra de los artículos de los CP que son antecedentes del actual art. 4. 3 CP está muy afincada una idea de legalidad que en su base jurídico-política se identifica con el constitucionalismo clásico. Ello no sólo presupone un concepto de Derecho hoy verdaderamente discutible, sino que además asume un modelo de jurisdicción ingenuo y comprometido más con el tributo a la ley, que por velar por la respuesta justa al caso. Además esta vinculación entre la noción de legalidad asumida en los Códigos penales y la noción de legalidad en un Estado constitucional de Derecho clásico queda aún más en evidencia cuando se considera la notable influencia ejercida por LARDIZÁBAL, el más eximio representante del Derecho penal ilustrado hispano⁴⁰⁷.

En su *Discurso sobre las penas* se hace patente la idea de que, en virtud del principio de división de poderes, la ley gozaba de una gran preeminencia y prestigio, puesto que ella siempre se conformaría a la razón y a la equidad⁴⁰⁸. De ello puede inferirse que la ley cristaliza, a su vez, el baremo de justicia que la sociedad posee. Pese a que el mismo LARDIZÁBAL sostuvo que el juez en ciertos casos particulares *debe* acudir al espíritu de la ley y no sólo quedarse con su rígida letra⁴⁰⁹, lo anterior explica que el autor fuera favorable al recurso al Príncipe para que él mismo declare su intención⁴¹⁰. Ello sucede especialmente cuando la ley es oscura y cuando el juez duda acerca de considerar el caso incluido o no en la ley. Así se busca confeccionar un modelo en el que el juez sólo deba encargarse de seguir ciegamente la voluntad de la ley, aun en el caso en que su aplicación importaría una respuesta penal no ajustada a la equidad. En palabras del propio LARDIZÁBAL, si *“la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fue incluir o excluir el caso particular, entonces, aunque sea o parezca dura y contra la equidad, debe seguirse literalmente”*⁴¹¹.

Solamente quedaría en este caso la vía de acudir al Príncipe para que sea él quien corrija, explique o modere la ley. Entiende que éstos son los casos en los que el arbitrio del juez sería pernicioso, porque recurriría a la equidad para apartarse de la ley y de la mente del legislador o, más aún, para usurpar los derechos que son propios del soberano. Por tanto, aquí el juez ya no estaría argumentando amparado en el espíritu de la ley, sino que directamente estaría guiándose por sus propios prejuicios, estaría obrando arbitrariamente⁴¹². Existe, como puede apreciarse, una identificación entre el ejercicio moderado de discrecionalidad del juez en la que se aplica la ley por analogía y la arbitrariedad, sustituyendo los criterios jurídicos por su propia voluntad.

El término *“rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley”*, en consecuencia, queda entendido en la obra de LARDIZÁBAL de un modo mucho menos rígido que el que se piensa habitualmente. Está latente la posibilidad de distinguir entre casos alcanzados por la letra de la ley y por el espíritu de la ley⁴¹³ y otros que sólo cabe incluir rebasando el tenor literal posible y que sería más propio de la arbitrariedad. Así el juez podría seguir siendo *riguroso* aplicando la ley aún en casos en que pase por encima del tenor literal en la búsqueda de la mente del legislador⁴¹⁴. Tan sólo permanece vedada la posibilidad de ir más allá de la ley, sea trayendo una punición *ex novo* o garantizando la impunidad del

⁴⁰⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos penales*, p. 190.

⁴⁰⁸ LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso*, p. 45; BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, pp. 119-120.

⁴⁰⁹ LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso*, p. 44. Ello mueve a PRIETO SANCHÍS, *La Filosofía penal*, p. 95, a señalar que LARDIZÁBAL daría la bienvenida a la interpretación extensiva, lo cual supondría, en este sentido, un alejamiento respecto a MONTESQUIEU y a BECCARIA. A mi modo de ver, y como he pretendido poder en evidencia *supra*, sólo se alejaría del pensamiento del marqués italiano, mientras que no respecto al pensador francés. Todo esto viene a mostrar una vez más lo discutida que resulta la existencia del modelo de la subsunción.

⁴¹⁰ LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso*, p. 43.

⁴¹¹ LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso*, p. 43, debiéndose verificar lo que en su tiempo dispuso ULPIANO en una ley romana: *“Esto es a la verdad sumamente duro pero así está escrito en la ley”*

⁴¹² LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso*, pp. 43-44.

⁴¹³ Cfr. LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso*, pp. 42 y ss.

⁴¹⁴ En su obra, LARDIZÁBAL emplea indistintamente las palabras *“espíritu de la ley”* y *“mente del legislador”*, sin distinguir entre ambas, siendo tal distinción la expresión rudimentaria de las teorías objetivas y subjetivas de la interpretación.

hecho. Lo que desde luego resulta objetable es la dilución del concepto de analogía en el de arbitrariedad⁴¹⁵.

3. Otro punto sobre el cuál conviene reflexionar es el significado que tiene el indulto para el constitucionalismo clásico y que subyace al art. 4. 3. Precisamente, para un modelo ilustrado de división de poderes, la facultad de indultar gozaba del más alto valor, al representar una señal de clemencia del monarca⁴¹⁶. Además, buscaba mantener la libertad política de los poderes públicos. La importancia del indulto concedido por el Rey reposaba en la garantía que suponía frente al arrogamiento de facultades jurisdiccionales por parte del Poder Ejecutivo. Éste debía encargarse en aquel modelo de acusar a los ciudadanos, aunque sin asumir funciones jurisdiccionales. En caso de no ser así, el monarca sería juez y parte a la vez, anulándose la imparcialidad del juzgador y sumiendo al acusado ante una arbitrariedad en ciernes. Dicho esto, se consideraba relevante mantener separada la potestad del monarca (Poder Ejecutivo en nomenclatura republicana) de indultar y la asunción de facultades jurisdiccionales.

Pero este altísimo valor asignado al indulto estaba sensiblemente ligado a su carácter excepcional, con lo que tan sólo en circunstancias realmente extraordinarias sería posible acudir a la clemencia del monarca⁴¹⁷. Un Gobierno en el que el monarca concediera ampliamente indultos se vería expuesto ante una contradicción, en la medida que, al momento de indultar, estaría deshaciendo sus propios juicios pasados. Se prestaría así a una confusión tal en la que no se podría saber con certeza cuando un hombre era absuelto o cuando era indultado⁴¹⁸.

Con todo lo que también es dable poner de manifiesto es que la atribución de indultar era propia de los Estados monárquicos⁴¹⁹. Ello también aparece en nuestro CP como un resabio del régimen de antaño, en el que el príncipe demostraba su clemencia al juzgar injusta una imposición de pena que se derivaba de la rigurosa aplicación de la ley⁴²⁰. Si el Derecho estaba reducido a la ley y la consideración de los resultados justos o injustos derivados de la aplicación de la ley no debía ser concerniente a los jueces, el indulto parecería ser una “*especie de recurso de equidad*” que considerara tales resultados⁴²¹.

4. El mantener una legislación que todavía siga pretendiendo ser el fiel reflejo del modelo ideal del Iluminismo e interpretarla conforme a la intención del legislador histórico, sólo supone tributar una concepción jurídica que, como he señalado, es anacrónica y nunca ha existido en los exactos términos que se reproduce. Desconocer los enormes cambios que han tenido lugar en el mundo del Derecho a partir de la segunda posguerra y que han repercutido directamente en la discusión jurídico-penal posterior, importaría renunciar de antemano a poner al Derecho penal en contacto con la realidad social y jurídica de nuestro tiempo⁴²². El rechazo del atrincheramiento en el concepto clásico de legalidad tampoco supone que buena parte de los logros alcanzados con el liberalismo penal sean arrojados por la borda. Pero el incorporar el esquema garantista aportado por el Derecho penal del constitucionalismo clásico no lleva necesariamente a tener que suscribir todas las tesis que condensa aquél.

Puede entonces estimarse acertada la ilustración de JOST⁴²³, de que la proscripción de la analogía sería fruto del formalismo jurídico, el cual sólo habría permitido limitar la interpretación a

⁴¹⁵ En el siguiente Capítulo se esbozarán criterios distintivos de ambos términos, ver pp. 95 y ss.

⁴¹⁶ Las expresiones que se encuentran en MONTESQUIEU, *Del espíritu*, pp. 58 y 68, son muy gráficas al respecto: “*el más hermoso atributo de su soberanía*”; “*...va ésta [la clemencia] siempre seguida de tanto amor, obtienen con ella tanta gloria, que casi siempre es una dicha el poder de ejercitarla*”.

⁴¹⁷ Es evidente que ello no se corresponde con el enjuiciamiento actual del instituto, el cual ve severamente puesta en duda su buena reputación, por considerárselo un instrumento destinado a canalizar intereses partidarios; cfr. BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO*, *Principios constitucionales de derecho penal*, p. 121.

⁴¹⁸ Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 58.

⁴¹⁹ Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 68, “[e]n las Monarquías donde gobierna el honor, es más necesaria, pues dicho honor suele exigir lo que prohíben las leyes”, en cambio, “[n]o es tan necesario en la República, cuyo principio es la virtud, y está menos en uso en los Estados despóticos donde reina el temor, ya que en ellos hay que contener a los grandes con ejemplos de severidad”.

⁴²⁰ Señalando incluso que en este punto el art. 4. 3 CP encuentra su raíz en el art. 261. 10 de la Constitución de Cádiz, la cual establecía que el Tribunal Supremo tenía que “*oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Rey y con los fundamentos que hubiere para que promueva la convincente declaración en las Cortes*”, BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO*, *Principios constitucionales de derecho penal*, p. 117.

⁴²¹ BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO*, *Principios constitucionales de derecho penal*, p. 120.

⁴²² Pese a ello, atrincherado al origen histórico del precepto, ROMEO MALANDA, en *RDPC (2005)* 16, p. 198.

⁴²³ JOST, en *Revue Penale Suisse (1950)*, p. 360.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

conclusiones formales procedentes de la ley. Sin embargo, en el cambio del siglo XIX se habría producido un fuerte cambio en diferentes zonas de la cultura, que no sólo se limitó al mundo del arte y la filosofía, sino que alcanzó también las riberas jurídicas. Dicho moviente —continúa JOST— estuvo representado en la filosofía por la *teoría del valor* (*Wertlehre*) y por el *pragmatismo*, mientras que, en lo jurídico, lo estuvo por la dirección valorativa y teleológica. Todo ello parecería haber llevado a que la interpretación de la prohibición tuviese sentido sólo cuando se buscaba castigar *per analogiam*, y no cuando fuera para beneficiar al acusado⁴²⁴.

Por una parte resulta sumamente cuestionable abrazar un concepto de Derecho comprendido en términos tan estáticos como los reconocidos por el constitucionalismo clásico. Ello supone la renuncia al dinamismo necesario que se deriva de concebir al Derecho abierto moderadamente a la contingencia de una dimensión axiológica y llevaría a reducirlo en un conjunto de especulaciones de aplicación universal.

Asimismo, la confianza exagerada en el estado de evolución del Derecho y la cristalización de la justicia en la ley, aleja al Derecho de la respuesta justa del caso y asume una postura ingenua de creer que el Derecho puede ser concebido independientemente de su dimensión axiológica. Por otra parte, la constitucionalización del ordenamiento jurídico que supuso el auge de las Constituciones materiales tras la Segunda Guerra Mundial ha tendido a mostrar un mayor protagonismo del juez en el elenco institucional y lo ha llevado a velar, en cierta forma, por la resolución justa de casos, más que por la aplicación ciega de la ley. Esto, sin llegar a entenderse como un entronamiento del juez en el pedestal de la creación del Derecho, supone, dentro de las limitaciones que le caben a su actividad, un rol mucho más activo que el asumido en el constitucionalismo clásico.

Por último, resulta dudoso que el recurso a indulto sea en la actualidad político-institucional la mejor alternativa ante los casos en que sea necesario morigerar los efectos punitivos de la ley. En un sentido, no han faltado ocasiones para cuestionar agudamente el significado que tiene el indulto para la garantía de la división de poderes, dado que muchas veces acaba siendo una instancia de corrección de errores judiciales, salteando las etapas o mecanismos procesales legalmente establecidos⁴²⁵. De allí que afectaría, en definitiva, a la certeza jurídica y a la independencia del Poder Judicial, con lo que —en palabras de RÜPING— se estaría creando una instancia extrajudicial, una especie de “*suprema casación*”⁴²⁶. En tal caso, exigencias de certeza jurídica y de las finalidades jurídico-penales, sugieren la conveniencia de reservar buena parte de los casos que reflejan la injusticia de la ley a las competencias del juez. Esto último importa no dejar abandonada completamente la exclusión de respuesta penal en el ejido de un poder público excesivamente politizado como es el Gobierno. Se evidencia así lo incompatible que resulta ser el modelo de Estado de Derecho que subyace en el Código con el fundamento excepcional del indulto.

iii ¿Qué decisión ha tomado el legislador respecto a la analogía *in bonam partem*?

1. Como se había expuesto en párrafos anteriores, el esquema propuesto por el legislador español ofrecía a la analogía *in bonam partem* un espacio francamente reducido. En virtud de ello, sólo cabría admitir la posibilidad de acudir a la analogía en las atenuantes, dado que se contaría con un permiso expreso otorgado por el legislador mediante la atenuante de análoga significación. Este papel de *descompresión* que desempeña la atenuante análoga en esta cualificada corriente doctrinal, encontraba también razones comprensibles antaño.

Según entendía PACHECO⁴²⁷, la aparición en el CP de una circunstancia como la atenuante análoga ofrecería una clara contradicción a la voluntad inicialmente declarada por el legislador de prever legalmente todas las conductas que deben ser consideradas delictivas. Así, estima que, si bien lo lógico sería que todas las atenuantes sean expresadas por la ley, tal rigor debe ser abandonado en aquellos campos del *orden moral*, pues un raciocinio inflexible conduciría a mirar la realidad

⁴²⁴ JOST, en *Revue Penale Suisse* (1950), pp. 360-361.

⁴²⁵ GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, pp. 225 y ss.

⁴²⁶ RÜPING, en *SCHAFFSTEIN-F5*, p. 39.

⁴²⁷ PACHECO, *El código penal*, pp. 210-211.

erróneamente⁴²⁸. Por ello estimaba PACHECHO que el legislador optó por un camino intermedio, que toma como regla a la ley y como excepción a la prudencia del juez para tales casos⁴²⁹. Esto evidencia los primeros resquebrajamientos del edificio conceptual del positivismo jurídico tradicional subyacente en el tratamiento de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal español.

No obstante, como se ha defendido aquí, esta decisión que habría tomado el legislador de prohibir en general el recurso a la analogía *in bonam partem* y sólo admitirla a título de excepción con permisos expresos, quedaría puesta en cuestión ante la inconstitucionalidad del art. 4. 3 CP. Esta argumentación estaba viciada, entre otras cosas, porque pretendía tomar como indicadores de casos de analogía permitida aquellas expresiones utilizadas por el legislador que hacía referencia a “*situación análoga*”, “*situación semejante*”, etc. Ello es, sin temor a equivocarme, el fruto de una confusión entre el cometido del mandato de taxatividad y de la prohibición de analogía, del mismo modo que supondría también afectar al principio de legalidad.

Tal doctrina, que toma como “llamadas” a las expresiones “*análoga*” u otras semejantes, no sólo nos haría pensar que se está haciendo analogía cuando en realidad ello no sucede, sino que además llevaría a admitir la analogía *in malam partem* (!). Esto último es perfectamente explicable a partir de considerar que comúnmente aparecen estas cláusulas en los tipos y en disposiciones de la Parte general que agravan la responsabilidad penal⁴³⁰. El recurso a cláusulas generales que emplean expresiones tales como “*institución análoga*” (art. 323 CP), “*cualquier otro tipo de soporte o medio*” (art. 270.1 CP), “*análoga relación de afectividad*” (art. 23 CP), etc., es, en determinadas materias regulables (especialmente socio-económicas), una técnica legislativa ineludible. Pero, a partir de ello, no se puede afirmar que se conceda un permiso al juez para emplear la analogía.

Si tales cláusulas presentes en los tipos o en las eximentes pretenden ser vistas como una flexibilización al principio de legalidad, ellas no tienen absolutamente nada que ver con la prohibición de analogía, sino que constituyen una flexibilización del mandato de taxatividad que se le impone al legislador⁴³¹. En estos supuestos, en los que la norma le llega al juez no determinada absolutamente, no habilita en lo más mínimo a éste a hacer analogía, sino que sólo amplía los límites legales dentro de los cuales el juez puede individualizar la norma en la aplicación al caso concreto.

El juez, manteniéndose dentro de este amplio margen dado por el legislador, cumple constitucionalmente con la función asignada; es el legislador quien no respetaría el principio de legalidad. En estos casos el juez estaría ante un problema de vaguedad que sería solventado a través de la interpretación de la ley y no se trataría de un caso de laguna, solucionable mediante el recurso a la analogía⁴³². La única posibilidad de que se pueda señalar la existencia de una norma que habilite al juez a recurrir a la analogía *in bonam partem* podría sólo ser vista en términos similares a los empleados en el Proyecto de CP de 1980 y el Anteproyecto de CP de 1983⁴³³.

2. Sería posible avanzar más y preguntarnos si, pese a considerar inconstitucional el art. 4. 3 CP, el legislador seguiría tomando la decisión de aceptar sólo limitadamente en el Derecho penal la posibilidad de dar cabida a la analogía *in bonam partem*. Dicho en otros términos: ¿Sería sólo aceptable acudir a la analogía en la atenuante analógica dado que el sistema de eximentes prevé soluciones para los casos de ausencia de requisitos?. Desde luego que aquí la pregunta por la admisión de la analogía *in bonam partem* es fundamentada de modo diferente, pese a lo cual igualmente debe ser respondida de modo negativo.

En este caso debe resaltarse que en el sistema de eximentes previsto en el CP está preestablecido el tratamiento normativo que debe seguirse en los casos que se presenta una acción parcialmente justificada o exculpada porque no concurre algún requisito exigido por el legislador. Es

⁴²⁸ PACHECHO, *El código penal*, p. 210.

⁴²⁹ PACHECHO, *El código penal*, p. 211.

⁴³⁰ Mostrándose expresamente favorable a reconocer la autorización al legislador de aplicar por analogía *in malam partem* los tipos, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, pp. 168. Haciendo una rica exposición sobre los debates parlamentarios seguidos con motivo de la enmienda al art. 4 CP presentada por el Grupo Popular, con motivo del debate sobre el Proyecto del Código penal de 1995, cfr. ROMEO MALANDA, en *RDPC* (2005) 16, pp.199-203.

⁴³¹ Así también, KUHLEN, en *OTTO-FS*, p. 98.

⁴³² Cfr. KUHLEN, en *OTTO-FS*, p. 98: “*La aplicación analógica de una norma presupone una laguna de regulación así como la semejanza del caso no regulado con los casos abarcados por la norma. Así entendido no puede haber una «analogía dispuesta legalmente», debido a que a causa de la autorización legal falta una laguna de regulación*”.

⁴³³ El art. 4 de sendos Proyecto y Anteproyecto disponía: “*Las Leyes penales no se aplicarán a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. No obstante, podrán aplicarse analógicamente los preceptos que favorezcan al reo*”.

CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

evidente que en estos supuestos no puede hablarse de lagunas jurídicas y, por tanto, el tratamiento normativo a asignar es el contemplado en el art. 21. 1 CP, en virtud del cual se aplica sólo una atenuante. Sólo cabría plantear alguna remota posibilidad de que aún faltando los requisitos se estime aconsejable atenuar la pena y se atiende a la analogía, mediante la atenuante analógica.

Lo que, sin embargo, no llega a ponerse debidamente de relieve es que tal regulación sólo alcanza a los casos en los que la acción tiene una menor entidad de injusto o de la culpabilidad, mientras que no a aquellos casos que directamente no pueden considerarse injustos o realizados culpablemente según parámetros supralegales. Siendo un poco más claro, la regulación no apunta a hechos que son *análogos* a los regulados por cada causa de justificación o de exculpación, sino a otros que son *diferentes* por el carácter injusto y culpable que todavía mantienen. Esto daría lugar a que el terreno de la analogía *in bonam partem* en el Derecho español no quede reducido a la atenuante de análoga significación, sino que podría ser también aceptada la aplicación analógica de causas de justificación y de exculpación.

CAPÍTULO 2

LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA JURÍDICO-PENAL

I LA RELEVANCIA DE LOS ASPECTOS METODOLÓGICOS PARA LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM*

Para poder desarrollar un sistema que explique solventemente los fundamentos y los límites de la admisión de la analogía *in bonam partem*, no deben quedar reducidos los análisis a puras cuestiones de *legitimidad*. En el primer capítulo se sentaron las bases de una fundamentación del principio de legalidad que delimitaba el ámbito de vigencia de la prohibición de analogía. A partir de esta interpretación era posible determinar en qué ámbitos el juez estaba *legitimado* para reconocer la existencia de lagunas y para integrarlas mediante la analogía. En este sentido, se concluía que el juez sólo iba a estar autorizado a acudir en ayuda de la analogía *in bonam partem* cuando se trate de crear judicialmente causas de justificación, causas de exculpación y atenuantes. En aquel capítulo se resolvían, por tanto, las cuestiones que tienen que ver con la *legitimidad del juez* para crear judicialmente eximentes y se concluía que el principio de legalidad establecía algunas limitaciones en relación a la analogía favorable al autor del hecho.

El presente capítulo busca aportar una perspectiva extra de análisis que complemente a la anterior. Si bien las cuestiones *metodológicas* pueden tener *prima facie* poco que ver con las vinculadas a la legitimidad, en un punto se complementan de modo evidente. Puede que sepamos con certeza en qué ámbitos el juez está *legitimado* para aceptar la analogía *in bonam partem*, pero al mismo tiempo puede que no sepamos si es *posible* acudir a la analogía, por no saber si se han dado las condiciones metodológicas para que ella entre al rodeo. La analogía requiere que se den algunas condiciones y de ahí que sólo opere en determinados casos y de cierta manera. Deben haberse disuelto ya los problemas interpretativos de las normas, deben existir lagunas axiológicas, etc. Vemos entonces que un juez penal podría estar *legitimado* o *autorizado* para crear Derecho en un determinado sector, pese a lo cual no exista la *posibilidad* de hacerlo, al no estar dados los requisitos metodológicos para que opere la analogía *in bonam partem*.

Es posible ver, entonces, que la concreción de algunos aspectos metodológicos permite delimitar conceptualmente casos de analogía *in bonam partem* de otros que, pese a guardar similitudes con ella, no son más que supuestos de interpretación o de aplicación de Derecho extrapenal. Esta es una cuestión de vital importancia no sólo para presentar el problema a debatir de un modo claro y sin sincretismo de planos de análisis, sino también para poner en evidencia la gran confusión que reina desde hace tiempo en las aproximaciones jurídico-penales. Pese a la abundante literatura que existe sobre la interpretación y la analogía en el Derecho penal, no puede ocultarse la orfandad de criterios claros que hagan posible precisar conceptualmente el significado de la analogía. Con ello busco acentuar que no podemos quedarnos solamente con la legitimación que pueda tener un juez desde la óptica jurídico-penal o jurídico-política, sino que es esencial clarificar qué debe entenderse por “interpretación de la ley penal” y por “analogía”.

Existe, asimismo, otra cuestión de no menor envergadura que aporta precisión conceptual en conexión con el principio de legalidad. A decir verdad, un concreto modelo metodológico hace posible que las garantías político-criminales tengan una vigencia real y no una existencia sólo virtual. Dicho esto con otras palabras: podemos estar todos de acuerdo en pregonar un discurso político-criminal ilustrado y, sin embargo, tirar estas afirmaciones por la borda cuando aceptamos ciertas aplicaciones de la ley que, enmascaradas con el nombre de interpretación, sean verdaderos casos de analogía contraria al reo. La carencia de un modelo metodológico coherente ha expuesto permanentemente a la prohibición de la analogía al ridículo y al fraude de etiquetas. Los problemas

derivados de las inconsistencias metodológicas en el Derecho penal saltan a la vista por doquier. Un claro ejemplo lo encontramos cuando se aceptan en ciertos casos interpretaciones extensivas y se niega rotundamente la analogía, para acto seguido definir la interpretación extensiva mimetizada con esta última. Por tanto, puede decirse que las precisiones conceptuales respecto al método pueden reforzar la real vigencia de la prohibición de la analogía que rige en determinados ámbitos del Derecho penal. Lo que no se discute es que el modelo político-criminal y el metodológico deben estar en armonía¹.

El lugar trascendental que ocupan las cuestiones metodológicas para la analogía *in bonam partem* sobresaldrá asimismo de modo singular cuando se analice en concreto el empleo de la analogía en las eximentes. Será posible encontrar allí un buen terreno donde se evidencian las confusiones y los errores conceptuales que se han producido al no contar con un aparato metodológico determinado. Especialmente podremos ver cómo gran parte de los casos que la doctrina entendió como de analogía *in bonam partem* estaban muy lejos de serlo.

Finalmente, debe advertirse aquí al lector de algunas cuestiones fundamentales que tienen que ver con la estructura de este capítulo y que espero sirvan para una mejor comprensión del contenido. A partir de esto, busco poner de relieve algunos puntos teóricos y expositivos que estimo relevantes.

En primer lugar, pese a prestarse atención a los aportes que trajo la hermenéutica a la metodología jurídica, la clave de bóveda de este capítulo se construye desde la metodología de tradición analítica². Por esta razón, el presente capítulo se encuentra presidido por una distinción crucial que tiene lugar en el ámbito de la actividad judicial, a saber, entre la *interpretación*, la *aplicación* y la *integración del Derecho*³. Pese a que la tradición hermenéutica ha tendido a unificar estas etapas y ha controvertido largamente la tesis de la separación, aquí se insistirá en que ellas deben ser distinguibles en la tarea judicial⁴. Por tanto, intentaré exponer un modelo que despliegue todas las consecuencias de asumir la posibilidad de separar las etapas de la interpretación, aplicación e integración del Derecho penal⁵.

Debe decirse que son enormemente fructíferas las consecuencias que la distinción tiene para el Derecho penal, al mismo tiempo que me llevan a asumir algunas tesis centrales respecto a la analogía y la interpretación. La primera de ellas es que solamente podremos hablar del recurso a la analogía *in bonam partem* cuando ya se hayan solucionado los problemas interpretativos. La analogía favorable al reo es un mecanismo de integración del Derecho penal, lo cual presupone la existencia de una laguna axiológica. Y, para saber cuándo estamos frente a aquella, habremos tenido que interpretar previamente la norma habiendo resuelto los problemas de vaguedad, ambigüedad o textura abierta que puedan haberse presentado en la aplicación de la norma.

La segunda tesis se refiere a la función del tenor literal en la interpretación. Pese a que abiertamente defenderé la vigencia del mismo, pondré de relieve que no se trata del límite entre la interpretación y la analogía. Esto último se derivará como consecuencia de distinguir los planos de la interpretación y la aplicación del Derecho penal, pero, sobre todo, de establecer que la interpretación atiende a problemas semánticos o pragmáticos del significado de las normas penales y la analogía atiende al modo de correlacionar en el sistema normativo casos genéricos con consecuencias jurídicas.

¹ Esto último es algo que no parece haber sido atendido del todo, especialmente por las corrientes hermenéuticas, dado que la representación que hacen del juez sólo podría conjugarse de modo excesivamente distorsionado con buena parte de los postulados garantísticos defendidos desde siempre. Esto es así especialmente en relación al valor de la legalidad. Su mayor proximidad a corrientes *iusnaturalistas* les obligaría a partir de un modelo institucional diferente o, cuanto menos, a dar una explicación más convincente de cómo puede interpretarse la legalidad desde una perspectiva *iusnaturalista*, sin que confronte con las disposiciones constitucionales.

² Para una clarificadora lectura sobre la influencia de la filosofía analítica en las teorías de la argumentación continentales, cfr. HILGENDORF, *Argumentation, passim.*, especialmente en pp. 203 y ss.

³ Relativiza la distinción entre interpretación e integración, DE FIGUEIREDO DIAS, *PG²*, I, p. 191, para quien ambos procedimientos son momentos de un proceso metodológico de aplicación unitario.

⁴ Incluso puede verse que desde corrientes no tan emparentadas con la hermenéutica se niega que la distinción entre la *interpretación* y la *integración* del Derecho pueda trazarse en términos claros, cfr. KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP* (2007) 93, p. 132.

⁵ No puede evitarse que ello suene un tanto raro en la discusión jurídico-penal, más aun si se considera la fuerte influencia que tiene la hermenéutica en los aspectos metodológicos, como consecuencia de la proximidad con el Derecho alemán. Pese a ello, quiero aclarar que en este capítulo no se pretende entrar en polémica con la hermenéutica sino que, al contrario, estará centrado en un tipo de análisis que disecciona planos conceptuales, sin dar prioridad o, más directamente, sin embeberse de pura retórica.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

En segundo lugar, me interesa aclarar algunas cuestiones que tienen que ver con aspectos puramente expositivos. La primera cuestión tiene relación con el concepto de laguna jurídica y los restantes requisitos que exige la analogía. Según la estructura del capítulo, este análisis tendrá lugar en su última parte. Ello se justifica en que considero ineludible clarificar una serie de cuestiones que son de previo abordaje y a las cuales se subordina la claridad de la explicación de los requisitos de la analogía. Podría decirse que la determinación del concepto de laguna jurídica requerido por la analogía sería una de las cuestiones que en mayor medida podría haberse visto afectada. Mi visión del problema va a ir apareciendo a lo largo del capítulo, sin ser analizada en profundidad hasta llegada la última parte. Ello explica que en más de una oportunidad se diga que la analogía colma lagunas jurídicas, sin precisar de cuál de ellas se trata, esto es, si se trata de lagunas de reconocimiento, normativas, axiológicas o de cualquier otro tipo.

Una tercera cuestión aclaratoria relativa a los aspectos expositivos se vincula con el abordaje de los principios jurídicos. No se busca seguir en este punto la opinión de algún autor concreto, sino que pretendo delinear un esquema acerca de las posturas que existen sobre la naturaleza de los principios y su diferencia con las reglas. Ello explica que, al correlacionar el texto con las citas, el lector pueda mostrarse algo sorprendido al observar que un mismo autor pueda asumir opiniones diferentes sobre la naturaleza de los principios. Se aclara aquí que ello tiene que ver, principalmente, con el hecho de que muchos teóricos del Derecho aceptan la existencia de varias clases de principios jurídicos.

Lo que sigue pretende tratarse, en definitiva, de un exhaustivo estudio del papel de la analogía en la metodología jurídico-penal, destacando especialmente el papel que desempeña en el ámbito de las circunstancias que excluyen o atenúan la responsabilidad penal. En consecuencia, los puntos de apoyo principales serán los requisitos que deben darse para que pueda operar la analogía y las clases que pueden reconocerse (analogía *legis in bonam partem*, analogía *institutionis in bonam partem* y analogía *iuris in bonam partem*). Aunque también existen otras cuestiones que, pareciendo ser secundarias para el tema del razonamiento analógico, tienen sobre éste una gran incidencia. Existen conceptos como los de interpretación de la ley penal o de creación judicial de Derecho cuya delimitación es sumamente confusa, lo cual ha llevado a oscurecer el significado de la analogía.

Una última precisión conceptual que me interesa realizar está referida al empleo que se hace del término “norma” jurídica. En la Teoría del Derecho de tradición analítica es común distinguir entre enunciado normativo o formulación normativa y norma⁶. El enunciado normativo o la formulación normativa sería una expresión lingüística mediante la cual una autoridad pone en conocimiento de ciertos agentes cómo pretende dirigir su conducta⁷. Utilizando otras palabras, el enunciado normativo sería la expresión escrita de la disposición jurídica. En cambio, el término “norma” queda reservado al contenido significativo del enunciado, lo cual depende de un proceso interpretativo. Lo último significa que la norma se obtiene recién cuando el enunciado normativo es interpretado. En la presente obra, pese a reconocerse implícitamente la distinción, se opta por un concepto amplio de “norma”, puesto que en la discusión jurídico-penal no se ha recogido esta distinción e introducirla explícitamente generaría algunas dificultades en la comprensión del texto.

II LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* COMO MÉTODO DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO PENAL

A INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL Y LA DISTINCIÓN ENTRE CASOS GENÉRICOS Y PARTICULARES

En el trayecto que va desde la creación legislativa de un tipo penal o de una eximente hasta llegar a la solución de un caso en concreto se atraviesan diferentes etapas. Para solucionar el conflicto generado por el atentado contra un bien jurídico, el juez parte de interpretar la ley penal. Necesita saber cuáles son los casos que la ley regula y aquellos que no. Pero una vez que ello se ha logrado, la

⁶ Cfr. ALONSO, *Interpretación*, p. 13.

⁷ RODRÍGUEZ, *Lógica*, 14.

actividad subsiguiente del juez es aplicar la norma interpretada al caso y, eventualmente, integrar posibles vacíos legales o inconsistencias axiológicas que puedan ser advertidas⁸.

La disección de estas etapas es de vital importancia para las tesis sobre la analogía *in bonam partem* que se defienden aquí, puesto que ésta debería ser tratada como un mecanismo de integración del Derecho penal que no desempeña ningún papel en la interpretación. La analogía *in bonam partem* es uno de los escasos métodos al que puede recurrir el juez, legitimado por el principio de legalidad, para la integración del Derecho penal y que permite salvar determinados tipos de inconsistencias axiológicas del sistema normativo⁹.

Para comenzar, debe decirse que uno de los principales legados del liberalismo que hasta hoy se mantienen en el Derecho penal es el empleo de una técnica legislativa marcada por la abstracción y la generalidad. A partir de esta decisión, puede verse cómo el legislador ha optado por reglamentar grupos de casos, prefiriendo no comulgar con un sistema que diera prioridad a la comunicación “cara a cara” entre el Estado y el ciudadano o que respondiera a un excesivo casuismo¹⁰. El sistema penal, en lugar de castigar el homicidio conminando con una pena a quien mate con arma de fuego, con arma blanca, disparando a la cabeza, etc., se abstrae de estas particularidades y castiga de modo general “al que matare a otro”. Debe decirse entonces que las normas generales se refieren a *clases* de actos, *clases* de personas, *clases* de objetos y *clases* de circunstancias¹¹. Algunas de las razones que llevan al legislador a mantener esta técnica se explican atendiendo a la economía legislativa y, sobre todo, al propósito de evitar que algunos comportamientos no previstos y que merecen castigo sean considerados atípicos. Conviene denominar a estas clases de hechos que regulan las normas penales como *casos genéricos*¹².

Puede aseverarse que una de las principales tareas en la implementación del Derecho es la *interpretación de la ley*, principalmente de estos *casos genéricos*. Solamente una vez que hayamos interpretado el tipo de lesiones o la eximente del miedo insuperable sabremos cuáles son los comportamientos que el legislador considera como de lesiones o como de miedo insuperable, respectivamente. La tarea interpretativa es un acto de comprensión del material jurídico ineludible en la implementación de la ley¹³, que sirve para identificar el caso genérico que regula la norma¹⁴. Ello explica que la interpretación tenga como objetivo central desentrañar las cuestiones semánticas y pragmáticas del significado de las normas penales. En el nivel de la interpretación se discute cómo deben entenderse los términos “matar”, “apoderarse”, “racionalidad de la defensa”, “mal mayor”, “cosa”, etc. En este plano no pretende corregirse nada de lo dicho en la ley, como sí podría verse en la etapa de integración del Derecho. En la interpretación del Derecho penal el juez solamente indaga por el significado de un término o de una expresión legal.

A estas afirmaciones subyace la tesis de que la interpretación debe aparecer no sólo para resolver *casos difíciles u oscuros*, sino que también es imprescindible en los *casos fáciles o claros*¹⁵, donde no se presentan problemas de indeterminación semántica de ningún tipo¹⁶. Estos problemas pueden venir

⁸ Distinguiendo en la discusión jurídico-penal entre los planos de la interpretación y la integración del Derecho penal, entre la *Strafrechtsfindung secundum legem* y la *Strafrechtsfindung praeter legem*, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 283 y ss.

⁹ En cambio, KUDLICH/CHRISTENSEN, EN *ARSP* (2007) 93, p. 128, parecen mostrarse favorables a renunciar a la distinción entre interpretación e integración del Derecho, considerando más adecuado distinguir entre *decisiones legítimas* y *decisiones ilegítimas*.

¹⁰ KUDLICH, *Die Unterstützung*, pp. 252-253. Desaconsejando la confección casuística de los tipos penales, MAYER, M., *PG*, p. 5.

¹¹ ALONSO, *Interpretación*, p. 62.

¹² ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 59.

¹³ TRIFFTERER, *AT*², Cap. 2, n.m. 22, p. 23; FUCHS, *AT*, 4. Cap., n.m. 1, p. 30; OTTO, *AT*², § 2, n.m. 38, pp. 25-26; ANTOLISEI, *PG*¹⁴, p. 84; BACIGALUPO, *Principios*⁵, p. 68; CUELLO CONTRERAS, *PG*³, n.m. 73, p. 223; GUASTINI, *Estudios*⁵, pp. 5-8, deduce de esta visión de la interpretación una serie de conclusiones que, al menos desde mi punto de vista, no son necesarias. En este sentido, GUASTINI entiende que este concepto de interpretación se conecta con una perspectiva de análisis, según la cual cada palabra tiene su significado con independencia de los modos de usar y de entenderlas. De igual modo que esta postura tendería a identificar los textos legislativos con las normas, siendo objeto de la interpretación la norma, al ser ella preexistente al intérprete.

¹⁴ ALONSO, *Interpretación*, p. 4.

¹⁵ Respecto al concepto de casos claros, merece la pena mencionar las esclarecedoras distinciones que plantea en su excelente obra KLATT, *Theorie*, pp. 220-221. Para este autor cabe distinguir, por un lado, entre *claridad semántica* y *claridad jurídica*, y, por otro lado, entre *claridad constitutiva* y *claridad epistémica*.

¹⁶ Es importante destacar la posibilidad de distinguir tres conceptos de interpretación, según lo hace GUASTINI, *Estudios*⁵, pp. 4 y ss.: un concepto restringido, otro amplio y finalmente un concepto muy amplio de interpretación. Según el *concepto restringido*, la interpretación sólo tiene lugar cuando de lo que se trata es de determinar la solución jurídica que cabe dar a los casos difíciles; respecto a los *casos claros* la aplicación de la ley sería mecánica y no presupondría una comprensión previa. Sustentan esta tesis, SCHAUER, *Las reglas*, pp. 271 y ss; MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische*, pp. 478 y ss., nn.mm. 481-482; PUIG BRUTAU,

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

dados por la ambigüedad, la vaguedad o la textura abierta del lenguaje¹⁷. Debe enfatizarse, con todo, que la existencia de supuestos de claridad o de falta de claridad semántica no amerita una teoría independiente para cada ámbito, sino, al contrario, una teoría del significado unitaria¹⁸.

De más está decir que este proceso de identificación del significado de la norma no constituye una tarea inmune a las valoraciones del juez¹⁹. La interpretación es una tarea *condicionada valorativamente*²⁰. En cada acto intelectual nuestras apreciaciones se encuentran tamizadas necesariamente por nuestros valores y experiencias pasadas²¹. Sin embargo, este condicionamiento valorativo de la interpretación no debe verse como una señal de arbitrariedad, como había pretendido defender el modelo metodológico del constitucionalismo clásico. Igualmente es necesario poner a salvo que esta valoración que intrínsecamente acompaña cada interpretación, no debe entenderse como que el juez está creando Derecho. El juez no está creando Derecho porque incluya dentro del término “cosa” al fluido eléctrico o al considerar como “carruaje uncido” a un automóvil, como consecuencia de atender a la dimensión pragmática del significado. Se podrá discutir sobre si la interpretación que llega a esos resultados es la correcta, pero no puede decirse que el juez está creando Derecho. La creación es algo que corresponde, como tendrá oportunidad de exponer, a la analogía *in bonam partem* en fase de integración del Derecho penal.

2. Una vez interpretado el tipo o la eximente en cuestión corresponde aplicar la norma a un caso individual que se haya suscitado. En este segundo nivel entramos en la etapa de la *aplicación del Derecho* y solamente podrá aplicarse la ley cuando los problemas que involucran los planos semánticos y pragmáticos de la norma se hayan resuelto²². Gracias a la interpretación de la ley penal sabremos qué requisitos deben ser satisfechos para hacer operativas las condiciones de aplicación de la norma. Solamente, una vez identificado lo que debe entenderse por “agresión ilegítima”, “temporalidad de la defensa”, “racionalidad del medio empleado” y por “falta de provocación suficiente”, podrá aplicarse la justificación a una defensa en la que están satisfechas estas condiciones. Justamente el proceso de aplicación de la norma tiene lugar cuando se analiza si la norma puede cubrir un caso que ha tenido lugar en la realidad.

La *aplicación del Derecho penal* debe verse como una actividad mediante la cual tienen lugar tres actividades diferentes: se determina que un concreto caso individual ha acaecido, que este caso individual se subsume en un determinado caso genérico, y que la persona que ha cometido el hecho debe ser pasible de la consecuencia jurídica prevista en la norma^{23/24}. Por una parte, el juez debe determinar si un hecho ha acontecido en la realidad del modo en que se ha denunciado. En

*Fundamentos*², pp. 303-304. Parece ser ésta la postura seguida por HART, *El concepto*, p. 158, quien cree que en los casos claros los términos “parecen no necesitar interpretación”. La interpretación en *sentido amplio* concibe que, aun en los casos que puedan parecerse más obvios, el intérprete debe hallar el sentido de la norma jurídica para aplicarla. De ahí, cualquier decisión sobre el significado de un texto constituye interpretación, tanto si se trata o no de desentrañar el significado de un texto controvertido. Esta concepción es la seguida aquí y se pliega a la opinión claramente dominante, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 154; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*⁴, § 9, nn.mm. 56-57, p. 149; MAURACH/ZIPF, *AT*⁸, I, § 9, n.m. 2, p. 110; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 40, p. 110; WESSELS/BEULKE, *AT*²⁴, § 2, n.m. 56, p. 14; FUCHS, *AT*, 4. Cap., n.m. 1, p. 30; TRIFFTERER, *AT*², Cap. 2, n.m. 22, p. 23; *Schönke/Schröder*²⁷-ESER, § 1, n.m. 36; SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 47 y ss.; HASSEMER, *Tatbestand*, pp. 98 y ss.; RÖHL, *Allgemeine*², § 75, pp. 592-593; RÜTHERS, *Rechtstheorie*², nn.mm. 731-732, pp. 466-467; KLATT, *Theorie*, p. 236; NINO, *Introducción*, p. 246; ROSS, *Sobre el Derecho*, p. 130; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 57. Finalmente, según un *concepto muy amplio*, la interpretación, además de ser requerida en los casos fáciles o difíciles, permitiría la integración de lagunas normativas y axiológicas, y la solución de los problemas derivados de las redundancias y las contradicciones en los sistemas normativos. De este modo aparecerían confundidos los planos de interpretación e integración del Derecho. Defienden esta tesis, KAUFMANN, *Art. Analogie*, pp. 27 y ss.; MOORE, en *Southern California Law Review* (1985) 278, pp. 284-285, especialmente nota 14; ALONSO, *Interpretación*, pp. 311 y ss.

¹⁷ BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche*, p. 173. Entendiendo que la textura abierta es una variante de la vaguedad, ALONSO, *Interpretación*, pp. 62 y ss.

¹⁸ En este sentido, KLATT, *Theorie*, pp. 235-236.

¹⁹ Siendo este proceso volitivo imprescindible, cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense* (1983) 69, p. 15.

²⁰ BACIGALUPO, *Principios*³, p. 69; ROSS, *Sobre el Derecho*, p. 135, “hay que reconocer que la distinción entre la función cognoscitiva o la valorativa es artificial, en la medida en que ambas se fusionan en la práctica, lo que imposibilita decir con precisión dónde termina una y dónde comienza la otra”.

²¹ SÁNCHEZ TOMÁS, en *ADPCP* (2005) LVIII, p. 31. Destaca el valor de las precomprensiones (*allgemeines Vorverständnis, juristisches und rechtstheoretisches Vorverständnis e institutionelles Vorverständnis*) en el reconocimiento del significado de la norma, MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische*, pp. 489-490, n.m. 495. En términos similares, FUCHS, *AT*, 4. Cap., n.m. 3, pp. 30-31.

²² JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 153; DE FIGUEIREDO DIAS, *PG*², I, p. 187.

²³ ALONSO, *Interpretación*, p. 7. De modo similar, JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 152. Contrario a esta concepción lógica de la aplicación del Derecho, HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación*, pp. 216 y ss.

²⁴ En la instancia de aplicación de las normas generales a casos individuales se presentarían problemas de índole empírico o empírico-conceptuales, cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 61; NINO, *Introducción*, p. 272.

consecuencia, deberá recabar todos los datos fácticos del hecho para tomar conocimiento de cómo tuvo éste lugar²⁵. Además, una vez que se ha podido acceder a los datos sobre el modo en que fue cometido el delito y se aprecia que se verifican las condiciones de aplicación de la norma, el caso concreto debe ser subsumido en ella. Por último, la subsunción de un caso particular en la norma trae como consecuencia necesaria que la solución jurídica de esa norma también recaerá sobre este hecho particular.

En este punto estimo conveniente incorporar una noción de especial significancia para la aplicación de la ley penal. Del mismo modo que he hablado de *caso genérico* para caracterizar el supuesto de hecho de la norma, debe trazarse una distinción con los *casos individuales*. Siguiendo en este punto también a ALCHOURRÓN y BULYGIN, sería conveniente utilizar la expresión *caso individual* cuando ha tenido lugar un hecho en un tiempo y espacio concreto²⁶. Puesto que las normas regulan *clases* de comportamientos, los casos particulares son una *especie* dentro del género que suponen los casos genéricos recogidos en la norma jurídica²⁷. Ya no nos ocupamos, como sí sucedía en la etapa de interpretación, del caso genérico de homicidio o de hurto en estado de necesidad, sino del homicidio de Johnny Tolongo cometido por su asistente Teodoro o del hurto de leche cometido por Juan en estado de necesidad²⁸.

Puede verse que los casos individuales son una especie dentro de los casos generales, con lo que al correlacionar el sistema una solución normativa con el caso general, está al mismo tiempo *solucionando todos los casos particulares*²⁹. La tarea del juez será, por tanto, solucionar los casos individuales que pertenecen a los casos generales de la norma³⁰. Esto lleva a ver a la aplicación del Derecho penal como una etapa puramente lógica en la que la solución genérica prevista en una norma se traslada a un caso genérico que está implicado lógicamente en ella³¹. Por ejemplo, si el sistema permite matar en legítima defensa, también estará permitido el homicidio de Juan cometido por Pedro en legítima defensa. Aquí el homicidio de Juan en legítima defensa es un caso particular del caso genérico del homicidio en legítima defensa que se regula en los artículos 138 y 20 4º CP. Por ello se entiende que la consecuencia de justificar la conducta se derive lógicamente de la consecuencia que el legislador reconoce para el caso genérico en el art. 20. 4º CP. Solamente quedará sin solución jurídica un caso particular cuando el caso general del cual es especie no se encuentra correlacionado con una solución jurídica. Aquí estaremos frente a una laguna normativa³².

B LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO PENAL Y LA FUNCIÓN DE LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM*

La etapa de la actividad judicial que despierta un singular interés para el trabajo es la de la *integración del Derecho penal*. Pese a las innumerables facetas que desempeña la analogía en el razonamiento jurídico, se defiende aquí la tesis de que la analogía *in bonam partem* opera como un mecanismo de integración del Derecho penal.

Esta fase de la actividad judicial tiene en común con la aplicación de la ley penal que ambas presuponen la solución de los problemas de significado de las normas. La diferencia está en las

²⁵ No debe olvidarse que en este punto pueden aparecer problemas empíricos al faltar información acerca de los hechos del caso individual. Estaríamos aquí frente a lagunas de conocimiento, cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 61-63, que se solucionarían sirviéndose el juez de las presunciones legales.

²⁶ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 61; BULYGIN, *Creación*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 32; EL MISMO, en *Isonomía* (2003) 24, p. 11. Siguiendo también esta distinción, NINO, *Introducción*, pp. 248, 272 y ss.; NAVARRO, *Casos difíciles*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, pp. 91 y ss., quien incluso destaca la importancia de reconocer además la existencia de *casos judiciales*.

²⁷ No obstante, pasa por alto esta cuestión fundamental, JAKOBS, *AT*², Ap. 4, n.m. 33, p. 82.

²⁸ Conviene aquí resaltar que MAYER, M., *PG*, pp. 3-4, ya postulaba esta distinción entre casos genéricos y casos individuales, aunque empleando el par de conceptos equivalentes "*tipo abstracto*"—"tipo concreto".

²⁹ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 59. Sin embargo, entiende esta relación de implicación en otros términos, HASSEMER, *Tatbestand*, pp. 101-102; JAKOBS, *AT*², Ap. 4, n.m. 33, p. 82.

³⁰ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, pp. 59-60.

³¹ Contrario a esta tesis, CHRISTENSEN, en *Die Sprache des Rechts*, pp. 8 y ss., para quien esta etapa se caracteriza por ser una construcción que se sirve de los principios del Estado de Derecho.

³² ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 59; NINO, *Introducción*, p. 281.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

situaciones dentro de las que operan. Mientras en la aplicación del Derecho penal el caso particular es una especie o instancia de aplicación de un caso genérico regulado satisfactoriamente, en la integración del Derecho penal el caso particular es una instancia de aplicación de un caso genérico, cuya regulación es axiológicamente defectuosa, por no haberse tomado alguna otra propiedad como relevante³³. Esto quiere decir que la integración del Derecho penal sólo tiene lugar cuando se identifican lagunas jurídicas, en especial, lagunas axiológicas. Aunque además es en la integración del Derecho donde se adoptan criterios para enmendar incoherencias y redundancias normativas.

Tiene una enorme trascendencia circunscribir el concepto de analogía al ámbito de la integración del Derecho penal³⁴. El carácter multifacético del razonamiento por analogía es algo que se repite por doquier en la doctrina³⁵ y que explica las innumerables dificultades que se presentan a la hora de precisar su alcance conceptual³⁶. Se predicán con insistencia en las aproximaciones al tema las funciones de la analogía en la interpretación y en la integración del Derecho³⁷. Sin embargo, sólo circunscribiendo la analogía a la integración del Derecho pueden evitarse los equívocos que hasta nuestros días priman en la discusión³⁸.

Un claro ejemplo de estos equívocos lo ofrece la conocida obra de Arthur KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*³⁹. Tras una lectura detenida de este trabajo, uno puede constatar, al menos, el empleo del término *analogía* o *analógico* en cinco sentidos diferentes⁴⁰. La analogía, además de ser un mecanismo para colmar lagunas jurídicas⁴¹, encuentra en el libro de KAUFMANN un alcance mucho más vasto, llegando a identificarse con los conceptos vagos⁴², con la interpretación teleológica⁴³, con la (denominada por algunos autores) “interpretación analógica”⁴⁴ y hasta con la subsunción^{45/46}. Que

³³ La integración del Derecho penal sólo presupone inconsistencias axiológicas dado que, como más adelante defenderé, en el Derecho penal no pueden reconocerse lagunas normativas en virtud del principio de legalidad. En cambio, debe advertirse que la integración del Derecho en general es una instancia en la que, una vez interpretada la norma, constatamos la existencia de un vacío legal o laguna normativa. ALCHOURRÓN y BULYGIN señalan que solamente las lagunas normativas se colman mediante la analogía y el recurso a los principios generales del Derecho. No obstante ello, más adelante defenderé la idea de que la analogía, especialmente en el Derecho penal, es un mecanismo para solucionar las lagunas axiológicas. Siguiendo el criterio de los autores argentinos respecto a los medios para colmar lagunas normativas, NINO, *Introducción*, p. 281; MORESO/VILAJOSANA, *Introducción*, p. 113. Destacando el papel de los principios jurídicos para colmar lagunas jurídicas, GUASTINI, *Distinguiendo*, p. 165, aunque advirtiéndose de su inidoneidad para resolver controversias muy particulares; BELADIEZ ROJO, *Los principios*, pp. 111 y ss. Solamente de modo minoritario se acepta en la Teoría general del Derecho la analogía también para la integración de lagunas axiológicas, cfr. VASSALLI, *Limiti*, pp. 4-5.

³⁴ Según la terminología empleada por GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 292 y ss., esta etapa coincidiría con la de *Strafrechtsfindung praeter legem*.

³⁵ De la discusión estándar sobre las acepciones de la palabra “analogía” pueden inferirse tres sentidos. En primer lugar, se caracterizan determinados conceptos jurídicos como analógicos, ATIENZA, *Sobre la analogía*, pp. 32-33; SALGUERO, *Argumentación*, p. 15. En este caso sería entendida la analogía como concepto, cfr. FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 46. Con ello, está queriéndose aludir a aquellos conceptos cuya extensión no se encuentra precisamente delimitada. Términos o expresiones tales como “extrema gravedad” (art. 370. 3 CP) o “violencia” (art. 172. 1 CP) muestran la existencia de un núcleo de significado claro y en el que nadie dudaría de que se trata de un caso de “extrema gravedad” o de “violencia” y otro de penumbra donde emergen las dudas. En un segundo lugar, en la interpretación de la ley permanentemente se razona analógicamente, cfr. BINDING, *Handbuch*, p. 214; MÜLLER-SCHMITZ, § 1, n.m. 56; WELZEL, *Das deutsche*, p. 22; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*³, § 3, n.m. 32, p. 52; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 47. Ello sucede tanto para resolver problemas de vaguedad planteados a nivel del significado de la norma, como también en la identificación de los casos amparados por la norma interpretada. Finalmente, en tercer lugar, la analogía opera para integrar el Derecho.

³⁶ Incluso no puede dejar de considerarse que el razonamiento analógico es permanentemente empleado en nuestra vida cotidiana, cfr. SUNSTEIN, en *Harvard Law Review (1992-1993)*, p. 741; SALGUERO, *Argumentación*, p. 11. Ver también la enumeración de razonamientos que cotidianamente emplean los tribunales al resolver los casos y que mantienen la estructura del razonamiento por analogía en BREWER, en *Harvard Law Review (1996)*, pp. 934 y ss.

³⁷ Además, según entiende ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 180; EL MISMO, en *Doxa (1985)* 2, p. 224, la analogía permite resolver el problema de innovar el sistema jurídico conservando su estructura, con lo que adaptaría el Derecho a un medio en constante transformación.

³⁸ Ya así correctamente, VASSALLI, *Limiti*, pp. 4-5; SCHUHR, *Rechtsdogmatik*, pp. 215-216.

³⁹ KAUFMANN, Art., *Analogie, passim*. Mantiene un concepto igualmente amplio de analogía, la cuál comprendería también el terreno de la interpretación, MAYER, M., *PG*, pp. 33-34.

⁴⁰ También pueden encontrarse cuatro sentidos distintos de analogía en BINDING, *Handbuch*, pp. 215-216.

⁴¹ KAUFMANN, Art., *Analogie*, pp. 26-27.

⁴² KAUFMANN, Art., *Analogie*, pp. 4-5, «Porque cuando se dice que la interpretación llega hasta el “sentido posible de la palabra”, se está desde ya en el centro de la analogía, porque este “sentido posible de la palabra” no puede ser unívoco ni equívoco, sino solamente analógico».

⁴³ KAUFMANN, Art., *Analogie*, p. 51. Identificando también la analogía con una interpretación teleológica más allá del tenor literal, HIRSCH, en EL MISMO, *Derecho penal*, p. 332. En términos similares, JAÉN VALLEJO, *Principios*, pp. 33-34.

⁴⁴ KAUFMANN, Art., *Analogie*, pp. 27-28, «también la moderna legislación penal trabaja con el cada vez más preferido “método ejemplificador”, con una unión de casuística y cláusulas generales, lo que se traduce abiertamente en la utilización de la analogía».

⁴⁵ KAUFMANN, Art., *Analogie*, p. 37, «La llamada “subsunción” es en nada diferente a la “conclusión analógica” referida a situaciones de hecho».

⁴⁶ Manteniendo un concepto de analogía igualmente amplio, que abarca la tareas de interpretación, aplicación, creación e integración del Derecho, DANCKERT, *Die Grenzen*, pp. 18-19; CUELLO CONTRERAS, *PG*³, n.m. 89, p. 230; SALGUERO,

estemos o no ante un auténtico razonamiento analógico en todos estos casos es algo que merece un análisis más detallado. Pero sí estimo que es menester poner de relieve que difícilmente alcanzaremos un panorama metodológico satisfactorio en medio de esta *mélange* conceptual.

La integración del Derecho coincide, en grandes líneas, con lo que en la doctrina alemana se conoce como *Rechtsfortbildung* y se entiende como una fase de la actividad judicial que presupone que todos los problemas de significado se hayan salvado⁴⁷. Por eso mismo, en la integración del Derecho buscan solventarse problemas de *incompletitud*, *redundancia* e *incoherencia* que afectan a los *sistemas normativos*⁴⁸. Aunque también cabe agregar que la integración del Derecho puede producirse como consecuencia de que el sistema asigne un inadecuado tratamiento jurídico a un caso genérico como consecuencia de no haber reconocido todas las propiedades relevantes. Este último problema que afecta a los sistemas es catalogado con el nombre de *laguna axiológica* y constituye un presupuesto básico para la analogía *in bonam partem*. Puede así verse que los problemas que afectan al sistema normativo pueden ser de índole lógica (incompletitud o lagunas normativas, redundancia e incoherencia) o axiológica (lagunas axiológicas). Por consiguiente, los mecanismos de integración del Derecho y de integración del Derecho penal se hallan al margen de las cuestiones de significado y, bien al contrario, presuponen que ellas ya han sido resueltas⁴⁹.

En este punto, por ejemplo, ya no se duda sobre el significado de “cosa” o de “escalamiento” a los fines del delito de robo. Redondeando la idea y empleando otras palabras: la analogía se desentiende de cuestiones que tienen que ver con la identificación del concepto de “violencia”, “racionalidad de la defensa”, “arma”, etc. La analogía *in malam* como *in bonam partem* presuponen que ello ya está claro, por más que el término o la expresión legal sea vaga o ambigua.

Suele afirmarse en la doctrina que cuando un tribunal considera que determinados medios químicos pueden ser vistos como armas, estamos frente a un caso de analogía *in malam partem*. Aquí se habría estirado el campo del significado del término “arma”, dado que éste quedaría reservado en principio a aquellos medios mecánicos que permitían lanzar o disparar⁵⁰. Igualmente se sostiene que en casos de legítima defensa, el estirar el concepto de “temporalidad de la defensa” a instantes que lindan previamente al comienzo de la agresión, constituirían un caso de analogía *in bonam partem* para quien se defiende, pero *in malam partem* respecto a quien ataca⁵¹. Sin embargo, estas afirmaciones deben considerarse erróneas porque en estos casos la analogía no desempeña ningún tipo de rol. El juez no está solucionando aquí una inconsistencia axiológica del sistema como presupone la integración del Derecho penal. En realidad, seguimos intentando resolver problemas semánticos de la norma concreta, no problemas que afectan a un sistema de normas ya interpretadas. Por tanto, seguimos en el nivel de la interpretación y no de la integración del Derecho⁵².

La analogía no se involucra con cuestiones del significado, porque éstas afectan a las normas generales en su aplicación concreta y su vía de solución es la interpretación. Todos los problemas que pueden derivarse de la vaguedad, la ambigüedad o de la textura abierta son solventados a partir de la interpretación o del recurso a definiciones legales⁵³. La analogía sólo interviene cuando ya sabemos qué se entiende por “arma” o por “racionalidad de la defensa”.

Argumentación, pp. 29-30; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 56 y ss.; un poco más reducida es la tesis de ATIENZA, *Sobre la analogía*, pp. 34-35; LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense (1983)* 69, p. 15.

⁴⁷ Justamente así lo entiende TRIFFTERER, *AT*², Cap. 2, n.m. 25, p. 24, “[r]ecién cuando se haya delimitado el ámbito de aplicación de un precepto mediante la interpretación, puede comprobarse si todavía un determinado hecho se subsume en él o si se encuentra fuera de su ámbito de validez”.

⁴⁸ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, pp. 100-102. Un sistema normativo es incompleto cuando existe por lo menos un caso genérico que no está correlacionado con una solución jurídica. Este caso genérico estaría afectado por una laguna normativa. Un sistema normativo es redundante cuando un caso genérico está correlacionado con al menos dos soluciones jurídicas, que regulan el caso de la misma manera. Finalmente, un sistema normativo es incoherente cuando un caso genérico es correlacionado con dos soluciones que son deónticamente contradictorias.

⁴⁹ La necesidad de que primero deben solucionarse los problemas interpretativos de las normas y recién luego estaremos en condiciones de saber si existe una laguna integrable *per* analogía, ha llevado a algunos autores a señalar que lo decisivo para la aplicación del Derecho no es el *tenor literal del tipo* sino la *interpretación del tipo*, cfr. SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 42, p. 111.

⁵⁰ ROXIN, *AT*⁹, § 5, n.m. 29, pp. 149; SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 56-57.

⁵¹ ROXIN, *AT*⁹, I, § 15, n.m. 28, p. 668.

⁵² Pese a ello, KAUFMANN, *Art., Analogie*, p. 27, se encuentra convencido de estar en estos casos, especialmente respecto al hurto de fluido eléctrico, ante un claro caso de analogía.

⁵³ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 62.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Si en el primer caso se considera que el ácido clorhídrico puede ser considerado “arma”, concluiremos que el caso genérico del § 224. 2 StGB agrava el castigo de las lesiones producidas mediante artefactos que lanzan o disparan y mediante medios químicos. De esta conclusión se deriva también que todos los casos particulares de empleo de medios químicos para lesionar son abarcados por la norma.

Lo mismo sucede respecto al concepto de “temporalidad de la defensa”. Si se concluye que un hombre no debe esperar a que su mujer accione el mechero para incendiar la casa donde éste se encuentra y admitimos que el *concepto de temporalidad abarca* también una defensa inmediatamente previa, no podemos hablar de analogía sino de interpretación. Aquí se habría concluido que, según el *significado* de “temporalidad de la defensa”, una defensa será temporal cuando se realice simultáneamente al ataque o inmediatamente previa a ello, para evitar que ya sea demasiado tarde la repulsa del ataque.

Pese a la insistencia en los distintos planos en los que operan la interpretación y la analogía, no obstante, existe una íntima relación entre ellas. Determinar el significado de una norma condiciona cuáles son los casos genéricos que regula el sistema y los que no. Siguiendo con los ejemplos anteriores, sólo podrá considerarse que el castigo como lesiones agravadas por el uso de ácido clorhídrico importa el recurso a la analogía *in malam partem*, cuando se identifica que el significado de “arma” abarca sólo a mecanismos de disparo o lanzamiento. Aquí, pese a que el legislador no considera regulado el delito de lesiones agravadas por el uso de medios químicos, el juez habría considerado que merece igualmente castigarse con la pena agravada. Sólo en este caso podría hablarse del recurso a la analogía. Sobre el particular, no se trata de resolver problemas de significado del término sino que se resolvería la inconsistencia axiológica de considerar como unas simples lesiones este hecho según el parámetro axiológico del juez. Sólo vistas así las cosas podría decirse que opera la prohibición de la analogía.

Algo similar sucede con el ejemplo anterior de la legítima defensa. Sólo podremos decir que el juez ha creado una nueva eximente a partir de la analogía *in bonam partem* cuando justifica defensas realizadas con anterioridad al comienzo de la ejecución de la agresión, pese haberse establecido que el significado de temporalidad sólo comprendía acciones simultáneas al ataque. La única manera de que el juez pueda fundar su sentencia es creando una nueva causa de justificación, similar a la legítima defensa, que ha sido obtenida mediante la analogía *in bonam partem*.

Puede así observarse que el terreno de la analogía, como el de otros medios de integración del Derecho, se sitúa en un nivel distinto al de la interpretación. Solamente los problemas que afectan al sistema normativo pueden ser salvados por los diferentes mecanismos de integración del Derecho penal. En el Derecho penal encontramos algunos problemas que pueden afectar al sistema. El sistema penal puede verse afectado por *contradicciones, redundancias e inconsistencias axiológicas*⁵⁴. La *incompletitud* es un defecto que no se puede predicar en el Derecho penal como sí sucede en otras ramas. En nuestra disciplina, el principio de legalidad representa una cláusula de cierre que no deja caso genérico sin regular, lo cual pudiese generar lagunas normativas⁵⁵. Igualmente sobre ello volveré más adelante.

Existe un claro caso de *contradicción* en el sistema penal cuando una conducta típica ejecutada bajo el amparo de una causa de justificación no es castigada. Poniendo como ejemplo un caso genérico de homicidio en legítima defensa, puede observarse que concurre la prohibición de castigar en ciertas circunstancias (art. 20. 4 CP) y la obligación de castigar (art. 138 CP). El sistema penal, sin embargo, prevé reglas que dan prioridad a la permisón y reconocen el prevalecimiento de la causa de

⁵⁴ Conviene destacar que la opinión estándar en Teoría del Derecho considera principalmente que las lagunas axiológicas son problemas que afectan a normas individuales y no al sistema. En este sentido, afectarían a un tipo penal concreto o a una determinada eximente y no a un específico sistema normativo-penal. Empero, sin desatender esta visión, mostraré que cuando en la discusión jurídico-penal se ha discutido sobre problemas de la índole de las lagunas axiológicas, se ha tomado como referencia no tanto a la norma en concreto, sino principalmente al sistema de causas de justificación, de causas de exculpación, de atenuantes, etc.

⁵⁵ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 238. En cambio, señala erróneamente que el Derecho penal no sería completo, atendiendo al principio de inexigibilidad, LÜCKE, en *JR (1975) 2*, p. 56.

justificación⁵⁶. Obviamente, para saber que existe esta contradicción deben haberse cubierto las cuestiones de significado de los artículos 20. 4 CP y 138 CP.

Un caso de *redundancia* en el sistema jurídico-penal puede encontrarse en el art. 4. 1 CP. En él se prohíbe la aplicación analógica de las leyes penales, pero también se reconoce la misma solución en los incisos 2 y 3 del mismo artículo. Puede apreciarse que las redundancias no ofrecen serios problemas para la solución del caso, sino que sólo podrían ser reprobables por puras cuestiones de técnica legislativa. No obstante, debe recordarse que para saber si el sistema presenta problemas de redundancia debe haberse interpretado previamente la norma.

El principal problema del sistema que cobra una enorme trascendencia para la analogía en el Derecho penal es el de las *inconsistencias axiológicas*. Éstas se presentan cuando el intérprete estima que si el legislador hubiese reconocido todas las propiedades que debería haber reconocido, habría optado por otra solución jurídica. Por ejemplo, el legislador no habría reconocido para una regla una excepción que sería necesaria. Aquí nos hallamos frente a lagunas axiológicas que, siguiendo a ALCHOURRÓN Y BULYGIN, tratarían de contradicciones entre las propiedades que el legislador estimó relevantes (*tesis de relevancia*) y las propiedades que considera el juez que deberían haberse tomado como tales (*hipótesis de relevancia*)⁵⁷.

Explico esto último con otras palabras, valiéndome del ejemplo de legítima defensa que vengo tratando. La solución que cabe en un caso de defensa anticipada es el castigo de la conducta. Sin embargo, el juez puede estimar que el legislador se ha equivocado al establecer las propiedades relevantes. Supongamos que en este caso la mujer era una conocida pirómana. Este dato, sumado a la presencia de una defensa racional y a la falta de provocación suficiente, ameritaría justificar el comportamiento, pese a que la agresión no haya sido actual. El legislador, según la hipótesis del juez, debería haber reconocido como relevante la propiedad de los conocimientos especiales de la mujer a los efectos de justificar. El juez entiende que el legislador habría optado por justificar el comportamiento pese a la falta de actualidad si hubiese tomado como relevante los conocimientos de la mujer. Sobre el concepto de laguna axiológica volveré con profundidad al analizar los conceptos de lagunas.

MECANISMOS DE INTEGRACIÓN DE INCONSISTENCIAS AXIOLÓGICAS EN LAS EXIGENCIAS: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* Y LA APLICACIÓN DE DERECHO EXTRAPENAL

Con anterioridad señalaba que la analogía *in bonam partem* es un mecanismo posible de integración del Derecho penal. Su función principal sería la de enmendar las inconsistencias de índole valorativa que se presentan con las lagunas axiológicas. Sin embargo, no siempre es posible reconocer la existencia de una laguna axiológica en el Derecho penal y, en consecuencia, no siempre queda la vía de la analogía para colmarlas. Cabe recordar al respecto que, al analizar el principio de legalidad, enfatice que el juez no se encontraba legitimado para integrar lagunas en los tipos penales y en las excusas absolutorias. Tanto las finalidades jurídico-políticas del principio de legalidad como las jurídico-penales, exigirían que el juez deba respetar la decisión del legislador al escoger las propiedades relevantes y la solución jurídica. De este modo, no podrían reconocerse inconsistencias axiológicas del tipo de las lagunas axiológicas respecto a los tipos penales y a las excusas absolutorias.

Esto último se encontraría plasmado en la extensión de la prohibición de la analogía en el Derecho penal: la analogía *in malam partem* siempre debería ser rechazada, mientras que mediante la analogía *in bonam partem* sólo podrán crearse causas de justificación, causas de exculpación y atenuantes. En estos ámbitos abarcados por la prohibición deberá aplicarse el tipo y la excusa absolutoria rigurosamente, sin cuestionar posibles inconsistencias valorativas que requiriesen la integración del Derecho penal.

⁵⁶ Para RUNTE, *Die Veränderung*, p. 27, la contradicción se solucionarían apelando al criterio de la especialidad y excepcionalidad de las causas de justificación. Desde mi perspectiva, ofrece interesantes criterios para comprender esta contradicción y para solucionarla a partir de la óptica de las *causas de justificación extrasistemáticas*, HRUSCHKA, en *DREHER-F3*, pp. 192 y ss.

⁵⁷ Cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, pp. 157 y ss.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Entre los mecanismos de integración del Derecho penal me interesa destacar aquí dos que tienen un importante papel para eximir de responsabilidad penal. El primero de estos mecanismos es la *analogía in bonam partem*, la cual puede caracterizarse como el medio de integración del Derecho penal destinado a resolver inconsistencias axiológicas mediante la creación judicial de causas de justificación, causas de exculpación y circunstancias atenuantes.

El RG en su sentencia del 11 de marzo de 1927 ofreció un buen ejemplo de recurso a la analogía *in bonam partem* para absolver a un médico que había practicado un aborto a una mujer con tendencias suicidas a causa del embarazo. Puesto que el § 54 del antiguo StGB solamente exculpaba por estado de necesidad cuando el peligro inminente lo padeciera el autor del hecho o un pariente de éste, y justamente no era éste el caso, correspondía castigar conforme al § 218. Sin embargo, el RG justificó al médico a partir de la creación de una causa supralegal de justificación que se apoyó en el principio del interés preponderante.

Una de las notas sobresalientes de este mecanismo de integración de lagunas jurídicas en las eximentes es que el juez deja de acotar su actividad al ámbito nuclear de sus competencias constitucionales y asume de modo excepcional una tarea legislativa. La analogía *in bonam partem* importa, en cualquier caso, una creación judicial de eximentes de responsabilidad penal. No obstante, este acto creativo no debe asimilarse —como señalaré más adelante— a la creación de Derecho penal que realiza el legislador. Ello explica que en el primer capítulo se viera que la prohibición de analogía era un mandato que abarcaba solamente la actividad de creación *judicial* de Derecho y no la interpretativa o cualquier otra.

Un segundo medio de integración del Derecho penal en el ámbito de las eximentes es la *aplicación de Derecho extrapenal*. Si bien esto tiende a vérselo en muchas oportunidades como otra modalidad de analogía *in bonam partem*, empero, entiendo que, por razones de orden conceptual, la aplicación de Derecho extrapenal debe verse como una entidad diferente. Este método de integración tendría una gran importancia principalmente en las causas de justificación, dado que permitiría alcanzar la armonía entre las ramas del Derecho que viene a exigir el postulado de la unidad del ordenamiento jurídico. Podría decirse entonces que con el recurso a causas de justificación extrapenales se busca un balance entre las específicas finalidades del Derecho penal y las finalidades generales del ordenamiento⁵⁸.

Hablar de aplicación de Derecho extrapenal puede sonar algo raro en la discusión jurídico-penal, pero es un recurso que los tribunales han empleado en no pocas oportunidades⁵⁹. Cuando el RG, para justificar situaciones de necesidad, recurría a la regulación del BGB sobre el estado de necesidad, estaba integrando el Derecho penal mediante la aplicación de una norma que no se contenía en el StGB de 1871. Igualmente, cuando se reconoce actualmente la posibilidad de acudir al estado de necesidad defensivo regulado en el § 228 BGB para solucionar casos que se presentan en jurisdicción penal, se trata también de una aplicación de Derecho extrapenal⁶⁰. Pese a lo que se diga más adelante sobre este concepto, debe sólo adelantarse que la norma del Derecho civil no es una norma del sistema originario que el juez se encuentra obligado a aplicar, de ahí que sea una disposición legal externa al Derecho penal.

Ambos métodos de integración del Derecho penal tienen en común que modifican el sistema originario que el juez estaba obligado a aplicar. Esto es, incorporan una norma nueva al sistema jurídico-penal. Tanto en el caso de la interrupción justificada del embarazo, como en la justificación de situaciones de necesidad mediante las normas del Derecho civil, se resuelve el caso a partir de una norma que no formaba parte del sistema con anterioridad. La norma creada analógicamente a partir del principio de interés preponderante y la incorporación de las normas del BGB modifican el sistema originario, al incorporarse como parte del mismo. El sistema contaría ahora para solucionar esos casos con normas nuevas que permitirán fundar la decisión.

⁵⁸ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 91.

⁵⁹ Destacando los problemas que igualmente trae el recurso a disposiciones legales extrapenales, en especial a las causas de justificación del Derecho civil, cfr. HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 104.

⁶⁰ Obviamente esto se entiende así en el caso de considerar que el § 34 StGB no regula estas situaciones de necesidad y, por tanto, no se trata de una concreción del estado de necesidad regulado en el StGB. Interpretando que el § 228 BGB, al igual que el § 904 BGB, serían meras concreciones del § 34 StGB, ROXIN, *AT*, I, § 16, nm.mm. 107, 111, pp. 775, 777.

III LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* COMO MEDIO DE CREACIÓN JUDICIAL DE EXIMENTES

A EL CONCEPTO DE CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO Y LA OBTENCIÓN DE NUEVAS EXIMENTES MEDIANTE LA ANALOGÍA

Es un lugar común en la discusión jurídico-penal la asociación de la analogía con la creación judicial del Derecho⁶¹. Cuando un juez, pese a la carencia de una regulación concreta, atenúa la responsabilidad del acusado a causa de la duración excesiva del proceso, está creando una circunstancia atenuante a partir de la analogía *in bonam partem*. Igualmente, se dice que se ha creado una causa de justificación análoga a la legítima defensa cuando se justifica una acción de defensa que se ha anticipado al comienzo de la agresión. En cierto modo, no parece ofrecer serias dudas afirmar que cuando un juez soluciona estos casos está apoyando su decisión en una norma que ha sido creada por él mismo a partir de la analogía *in bonam partem*. Sin embargo, no es sencillo encontrar en los estudios sobre la analogía en el Derecho penal concreciones claras e indiscutidas del alcance conceptual de la expresión “creación judicial de Derecho penal”.

La poca claridad que domina este terreno trae consigo innumerables inconvenientes como consecuencia de no distinguir algunas cuestiones cardinales. Por una parte, brillan por su ausencia criterios que nos permitan distinguir entre casos de simple interpretación de la ley y de creación judicial. Del mismo modo que, por otra parte, no resulta ser muy complicado dar en la doctrina con una asociación entre la analogía y la arbitrariedad⁶². Tanto la primera como la segunda confusión explican algunas de las opiniones que más frecuentemente se han encontrado cuando se aborda a la analogía en el Derecho penal: considerar a la interpretación como una forma de analogía o a la analogía como un caso de arbitrariedad. Parece pasar inadvertido que la analogía es un medio que no busca solventar problemas semánticos o pragmáticos del significado de las normas. Del mismo modo que parece olvidarse que la analogía no supone apartarse de modo absoluto del ordenamiento jurídico, ni tampoco es la mera plasmación del subjetivismo del juez sin un soporte racional y razonable.

En las escasas referencias que pueden encontrarse en la doctrina penal sobre el tema, puede observarse el predominio de una *visión amplia* del concepto de creación judicial⁶³. Muy posiblemente esta *concepción amplia de la creación judicial de Derecho penal* esté fuertemente influenciada por el pensamiento de KELSEN, que, con matices varios, recaló de un modo singular en la hermenéutica jurídica⁶⁴. La actividad judicial siempre constituiría una auténtica creación de Derecho. Para KELSEN la explicación de este carácter creativo radicaba en que la actividad judicial era simultáneamente de creación y de aplicación, debido a que cuando se aplica la ley se está creando una norma individual⁶⁵.

En cambio, para los hermeneutas el juez siempre crea Derecho, pero ello es debido a que la ley no tiene en sí un significado, sino que éste se atribuye por el juez a partir de analizar las circunstancias

⁶¹ STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*³, § 3, n.m. 31, p. 51; ROXIN, *AT*⁴, § 5, nn.mm. 26-28, 31-32, pp. 148 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, pp. 134-135; JAKOBS, *PG*, pp. 99-102, nn.mm. 33-34; SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 17 y ss.; HIRSCH, en *EL MISMO*, *Derecho penal*, p. 321; FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 203; en la Teoría del Derecho, IGLESIAS VILA, *El problema*, p. 51; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 56 y ss. Sin embargo, entiende v. HIPPEL, *Deutsches*², p. 40, que la analogía importaría aplicar el Derecho ya existente, mientras que se crearía Derecho con la costumbre. Rechazando igualmente que con la analogía se estaría creando Derecho, SAX, *Das strafrechtliche*, p. 152.

⁶² Resaltando esta confusión, FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 192.

⁶³ Entre muchos otros, suscriben esta tesis, JAKOBS, *AT*³, Ap. 4, n.m. 33, p. 82; TRIFFTERER, *AT*³, Cap. 2, n.m. 29, p. 25; MEYER-LADEWIG, en *MdR (1962)* 4, pp. 262-263; KREY, *Studien*, p. 205; en la doctrina de habla hispana, MIR PUIG, *El Derecho*, pp. 14 y ss.; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 24-25; HURTADO POZO, en *BACIGALUPO-Hm*, II, p. 1005; SÁNCHEZ TOMÁS, en *ADPCP (2005)* LVIII, p. 31; en la doctrina italiana, ANTOLISEI, *PG*¹⁴, p. 85; DE SILVA, en *Insonomía (1996)* 5, pp. 11-12. Conviene destacar asimismo que esta concepción amplia de la creación judicial de Derecho es trasladada por algunos autores a la función de la dogmática jurídico-penal, lo cual lleva a considerar que se está creando Derecho cuando un dogmático elige entre las diversas posibilidades que ofrece la literalidad de la ley o realiza propuestas de *lege ferenda*, aunque subordinándose al Derecho positivo, cfr. MIR PUIG, *El Derecho*, pp. 20 y ss.

⁶⁴ Explicando esta relación, CALVO GARCÍA, *Los fundamentos*, p. 130.

⁶⁵ KELSEN, *Teoría pura*, pp. 246 y ss.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

históricas, las valoraciones del juez tendientes a realizar la justicia y de un “ir y venir” de la norma a los hechos^{66/67}. En palabras de KLATT⁶⁸, en la hermenéutica

[p]ara el juez no sería posible únicamente determinar semánticamente el significado del texto legal verdadero o correcto en relación a su contenido. Él normaría más bien la determinación de éste en el círculo hermenéutico mismo. Esta determinación normativa del significado mediante los intérpretes tomaría como base las precomprensiones.

Para afirmar que el juez no crea Derecho debía constatarse que el aplicador no había introducido ningún tipo de valoración y que su actividad era simplemente automática, puramente cognoscitiva. Puesto que esto último sería una pura ficción para la hermenéutica, cualquier clase de valoración del juez implicaba un acto creativo por parte de éste⁶⁹.

En consecuencia, para esta acepción amplia de “creación judicial de Derecho”, toda aplicación de un tipo o de una eximente importaría un acto creativo por parte del juez, dado que cada concreción de una norma general a un caso individual importaba incorporar algo que no había sido previamente puesto por el legislador⁷⁰. El legislador no habría dispuesto que sea punible el hurto de la cartera de Luisa cometido por Juan, ni que la pena que le corresponde por tal delito sea de 12 meses. Simplemente se habría limitado a establecer que era punible la acción de apoderarse de una cosa mueble con ánimo de lucro y que correspondería una pena de prisión de entre 6 y 18 meses.

A mi entender, este concepto de creación judicial tan amplio lleva a consecuencias contraintuitivas y a no tener presentes cuestiones epistemológicas básicas. Resulta extraño afirmar que un juez está creando Derecho cuando determina una pena de tres años y dos meses dentro de un marco penal de entre 2 y 6 años. También resulta sorprendente señalar que el juez cree una causa de justificación cuando justifica a A por el hurto de medicamentos realizado en un contexto de necesidad, a partir de la disposición genérica del art. 20. 5º CP. Es cierto que esta tarea del juez no pueda entenderse como una actividad puramente cognoscitiva, pero ello no implica que se esté creando Derecho⁷¹. En todo caso, podría llegarse a decir que en su decisión incidieron sus propias valoraciones, pero no que el juez asume el papel de legislador. Parece implausible que toda valoración importe un acto creativo en el sentido jurídico, más aun si consideramos algunas cuestiones epistemológicas básicas⁷².

Nuestro acceso al conocimiento del mundo no viene libre de nuestros prejuicios y precomprensiones que, de alguna manera, condicionan nuestra aprehensión en un sentido bruto. Así, cada acercamiento aprehensivo de la realidad lo hacemos condicionados por nuestras experiencias y valoraciones⁷³. Esto es algo que no escapa al conocimiento del mundo jurídico. En este punto, desde luego, desempeñan un influjo importante factores de la más diversa índole, a partir de considerar las consecuencias pragmáticas de una concreta interpretación o aplicación⁷⁴. Empero, resultaría sumamente extraño afirmar que en cada actividad cognoscitiva del mundo jurídico se esté creando Derecho en el sentido que lo hace el legislador, dado que en tal caso deberíamos decir que toda actividad judicial sería en realidad una actividad creadora del Derecho⁷⁵. No caben dudas de que ello parece ser por lo menos dudoso.

⁶⁶ HASSEMER, *Tatbestand*, p. 99; JAKOBS, *AT*², Ap. 4, n.m. 34, p. 83. Criticando abiertamente esta tesis, CHRISTENSEN, en *Die Sprache des Rechts*, pp. 7-8.

⁶⁷ En consecuencia, cabría entender que, para este sector de la hermenéutica, la norma jurídica no sería previa a la interpretación, sino que la norma sólo surgiría tras ella. Contrario a esta tesis, GIANFORMAGGIO, en *Doxa* (1987) 4, p. 89.

⁶⁸ KLATT, *Theorie*, p. 55.

⁶⁹ En este sentido, PRIETO SANCHÍS, *Ideología*, p. 105.

⁷⁰ De allí que conciba TRIFFTERER, *AT*², Cap. 2, n.m. 29, p. 25, que el Derecho judicial juega en este ámbito del Derecho penal un rol decisivo.

⁷¹ BULYGIN, *Sentencia judicial*, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, pp. 359 y 360; ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 204.

⁷² Sin embargo, de otra opinión SALGUERO, *Argumentación*, pp. 150-151, quien distingue tres sentidos de creación: “muy débil”, “débil” y “fuerte”.

⁷³ De modo similar, BACIGALUPO, *Anuario de Derechos Humanos* (1983) 2, p. 18; BOCKELMANN/VOLK, *AT*⁴, p. 20; NINO, *Introducción*, p. 297; ZITELMANN en *AAVV, La ciencia del Derecho*, pp. 319-320. Contrario a esta tesis, sustentando un concepto fuerte de objetividad, KLATT, *Theorie*, pp. 215-216.

⁷⁴ PRIETO SANCHÍS, *Ideología*, p. 106.

⁷⁵ Si bien es cierto que es inherente a toda interpretación un componente creativo (en el sentido de que el juez valora) no puede ello justificar que se considere éste un caso de creación judicial de Derecho y se confundan, a partir de ello, la interpretación y la creación de la ley penal, cfr. SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 26-27.

Eugenio BULYGIN estima que lo adecuado sería optar por un significado restringido de creación judicial. En este sentido señala que “para que una norma formulada por una autoridad normativa sea considerada creada por ella, el contenido de esta norma no ha de ser idéntico al de alguna otra perteneciente al mismo orden jurídico, ni consecuencia lógica de otras normas”⁷⁶. No puede decirse que el juez haya creado una nueva norma jurídica de carácter general cuando condena a Gastón a dos años de prisión por robo con fuerzas en las cosas, dado que no se ha creado ninguna norma jurídica general. La condena —esto es, la aplicación de la ley— solamente constituye una inferencia lógica de la norma contenida en el art. 240 CP⁷⁷. Tampoco puede decirse que el juez haya creado alguna nueva eximente análoga a la legítima defensa porque haya tenido que valorar para resolver problemas de significado derivados de la expresión “necesidad racional del medio empleado” en la legítima defensa. Ello también deja entrever que se entenderá como norma —a los efectos de norma creada judicialmente— solamente a las normas generales, dado que las normas individuales generadas con la sentencia no son más que inferencias lógicas de normas generales⁷⁸.

Ahora bien, en el Derecho penal el principio de legalidad se encarga de delimitar las competencias de los poderes constituidos y, en consecuencia de ello, reconoce sólo con carácter excepcional la creación judicial de Derecho penal. Para empezar, el reconocimiento de la finalidad de *reducir el ius puniendi* que persigue el Derecho penal, deja afuera toda posibilidad de crear nuevos delitos. Solamente podrá el juez crear nuevas causas de justificación, de exculpación y circunstancias atenuantes que complementen las reguladas legalmente. Por tanto, esta creación tendrá lugar en casos en los cuales el juez haya tenido que construir por la vía de la analogía una norma general para excluir o atenuar la imposición de una pena. Estaremos frente a un caso de creación judicial del Derecho y no de una mera inferencia lógica, dado que la analogía no es un razonamiento que sea lógicamente válido, en el sentido que para ser válido requiere la introducción de premisas adicionales⁷⁹. Mediante la analogía el juez crea una norma general sobre la cual sustentará la resolución del caso.

Cuando el juez, a falta de regulación legal, atenúa la responsabilidad de un imputado por haber padecido en el proceso dilaciones indebidas está creando una norma jurídica por analogía, debido a que la norma que fundamenta la decisión del juez no se infiere lógicamente de otra. En realidad, otra norma del sistema fue tomada en consideración en el razonamiento analógico, pero sólo para acabar siendo un molde de la eximente que finalmente crea el juez. Lo mismo puede decirse frente a cualquier otra utilización de la analogía *in bonam partem* que origine una nueva causa de exculpación o de justificación. La analogía favorable al autor importa siempre un mecanismo que, además de integrar al Derecho penal, introduce para fundamentar su decisión un producto legal completamente nuevo y que no puede asimilarse a otra norma previamente estatuida por el legislador⁸⁰. Con esta creación jurídica, el juez contruye un nuevo supuesto de hecho y una nueva consecuencia jurídica que configura la norma.

Según entiendo, también está creando Derecho el juez cuando aplica en una contienda penal una norma que produce de otra parcela del ordenamiento jurídico. Pensemos en el reconocimiento de efectos justificantes en el Derecho penal del estado de necesidad defensivo recogido en el § 228 BGB, a partir de la aplicación del Derecho civil en el ámbito penal. Según este mecanismo de integración del

⁷⁶ BULYGIN, *Sentencia judicial*, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, p. 360.

⁷⁷ Precisamente entiende ALBERTS, *Gesetzliche*, pp. 87 y ss., que la etapa de la individualización de la pena importa un momento de concreción de lo dispuesto en la norma general y no una instancia de creación de Derecho.

⁷⁸ Pese a lo que señala NIETO, *El arbitrio*, p. 105, se evidencia que es perfectamente factible mantener un concepto acotado de creación judicial sin necesidad de acoger para ello un sistema rígido de división de poderes o de legalismo fuerte.

⁷⁹ BULYGIN, *Sentencia judicial*, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, p. 361. De otra opinión, negando que con la analogía se modifique el sistema y se cree Derecho, ZITELMANN, *AAVV*, *La ciencia del Derecho*, pp. 311-312, según quien el juez decide en cada caso de analogía con la pretensión de que su decisión responda al Derecho existente. Según su opinión, el Derecho sería “lo que la ley establece, con ciertas alteraciones (ampliaciones o limitaciones) que surgen por analogía”. Según entiendo, próximo a la tesis de ZITELMANN, BINDING, *Handbuch*, pp. 216-217. Respecto a la profusa producción literaria sobre la estructura del razonamiento jurídico por analogía, se recomienda a efectos de un estudio general, ATIENZA, *Sobre la analogía, passim*. Al respecto resulta especialmente ilustrativo el brillante trabajo de BREWER, en *Harvard Law Review* (1996), pp. 944 y ss., 1003 y ss., en el que destaca el papel que tiene el razonamiento abductivo en la argumentación por analogía y reconstruye de un modo muy sugerente el establecimiento de la razón de identidad en la analogía (*Analogy Warranting Rules*) y su justificación (*Analogy Warranting Rationale*). Considera igualmente la importancia de la abducción como primer paso del razonamiento analógico —en el contexto de descubrimiento—, al cual le sigue una instancia inductiva y finalmente una deductiva, SALGUERO, *Argumentación*, pp. 123, 130-132.

⁸⁰ Sería de otra opinión, NOWAKOWSKI, en *SchwZStr* 1950 (65), p. 330, para quien la introducción de estas normas al sistema de eximentes —en especial de las causas de exculpación— no representaría incorporar un Derecho completamente nuevo, sino que solamente estaríamos frente a un mero reconocimiento de Derecho no escrito.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Derecho penal, el juez habría modificado el sistema del RStGB porque esa norma del BGB no formaba parte del mismo originariamente; esto es, que su contenido no era idéntico ni se derivaba lógicamente de otra norma. En la aplicación de Derecho extrapenal el juez recurre a una norma destinada a regir en otra parcela del ordenamiento jurídico y al aplicarla al caso penal modifica la consecuencia jurídica que originariamente tenía esta norma.

Así, el § 228 BGB regula el caso genérico del estado de necesidad defensivo, pero tiene como consecuencia jurídica la exclusión de la antijuridicidad civil. No obstante, cuando el juez penal quiere excluir la antijuridicidad penal mediante esta norma, no le queda más remedio que respetar el supuesto de hecho de la disposición civil, pero modifica la consecuencia jurídica. Justamente con esta modificación de la consecuencia jurídica es que se produce el acto de creación judicial. El juez introduce en el sistema jurídico-penal una norma ya promulgada por el legislador y que rige en otra rama, pero al introducirla modifica su consecuencia jurídica originaria.

Es posible concluir, por tanto, que se crea judicialmente Derecho penal cuando el juez introduce, para fundamentar jurídicamente su decisión, una norma, cuyo contenido no es idéntico al de alguna de las normas puestas por el legislador en el sistema normativo ni se deriva lógicamente de alguna de ellas, debiéndose construir por el juez *ex novo*. Esta definición abarcaría como métodos de creación judicial a la analogía *in bonam partem* y a la aplicación de Derecho extrapenal⁸¹.

Finalmente debe insistirse en que asumir que el juez puede crear en determinados casos causas de justificación, causas de exculpación o atenuantes, no obliga a seguir que se comporte en tales situaciones como un legislador⁸². No conviene olvidar que la “creación judicial del Derecho” y la “creación legislativa de Derecho” deben entenderse de modo diferentes por exigencias metodológicas y constitucionales⁸³.

B ANALOGÍA Y ARBITRARIEDAD EN EL DERECHO PENAL: EXCURSO

No parece ser una cuestión menor distinguir entre analogía y arbitrariedad, más aun cuando uno de los motivos por los cuales se rechaza en Derecho penal—incluso la analogía *in bonam partem*—se corresponde con la asimilación entre la analogía y la arbitrariedad⁸⁴. Debe ponerse un especial énfasis en ello por la simple razón de que tal actividad no supone el simple traslado de los caprichos del juez, pese a que integrar una laguna jurídica mediante la analogía *in bonam partem* importa que el

⁸¹ Conviene aclarar que la referencia a la “creación judicial de Derecho”, se refiere a la creación de Derecho de carácter sustantivo y no procedimental. Es decir, analizo la creación de aquellas normas que pueden fundamentar una sentencia y no de las normas que habilitarían al juez a llevar a cabo este acto creativo y que tendrían una naturaleza más bien competencial o procedimental. La creación de normas de competencia es algo que siempre tiene lugar cuando se crea judicialmente Derecho. Dicho con otras palabras: siempre que el juez crea Derecho *sustantivo*, está también creándose una norma de competencia que lo habilita a hacerlo. Por ejemplo, en la analogía *in bonam partem* el juez también está creando una norma de competencia que lo habilita a crear causas de justificación, causas de exclusión de la culpabilidad y atenuantes. En cambio, en la aplicación de Derecho extrapenal, se crearía primero una norma de competencia que lo habilita al juez a recurrir a una norma extrapenal y otra norma que le permitiría modificar la consecuencia jurídica de esta disposición extrapenal.

⁸² En cambio, no parece ser de esta idea DWORKIN, *Los casos*, en EL MISMO, *Los Derechos en serio*, pp. 150-152, quien considera a la creación judicial como un procedimiento de creación *ex novo* de Derecho idéntica a la del legislador, aunque ilegítima desde una perspectiva democrática. Señalando también que cuando el juez crea Derecho no lo hace de modo distinto al legislador, POSNER, en *Cornell Law Review* (2006) March, p. 773; SALGUERO, *Argumentación*, pp. 150-151. LIFANTE VIDAL, en *Doxa* (2002) 25, p. 415 interpreta que en el pensamiento de KELSEN la distinción entre la creación judicial y la creación legislativa sería sólo de grado.

⁸³ Debe señalarse igualmente que no puede identificarse la “creación judicial de Derecho” con la “creación legislativa de Derecho”. En cuanto a los límites de la actividad, el legislador está limitado solamente por pautas constitucionales que le dejan un amplio margen de maniobra para concretar un derecho o valor constitucional; en cambio, el juez se encuentra sujeto a lo dispuesto por la ley, la cual restringe la libertad de éste de un modo mucho más preciso, cfr. BULYGIN, *Sentencia judicial*, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, p. 362; EL MISMO, en *Isonomía* (2003) 24, p. 25; EL MISMO, *Creación*, en *AAVV*, *Las lagunas en el Derecho*, p. 43. De ahí que cuando se acude a la analogía se sigue estando, en algún sentido, vinculado a la ley y al orden jurídico en general, cfr. RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 883, pp. 487-488. Pero, ante todo, las normas creadas por el legislador son válidas y obligatorias, en el sentido de que el legislador se encuentra habilitado para crearlas y además las autoridades encargadas de su aplicación estarán obligadas a hacerlo. En cambio, las normas creadas judicialmente son válidas pero no obligatorias, dado que los restantes tribunales no se encuentran obligados a aplicarlas, cfr. BULYGIN, *Sentencia judicial*, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, pp. 363 y ss.

⁸⁴ Este parece ser uno de los motivos que llevó al Parlamento español a rechazar la propuesta de modificar el CP y paralizar la propuesta de introducir la excepción de la analogía *in bonam partem* en la prohibición de la analogía contenida en el art. 4 CP.

juez se aparte del material puesto por el legislador⁸⁵. Las actividades jurisdiccionales tienen lugar en ámbitos diferentes, dentro de los cuales el grado de apego a la ley es diferente, atravesando estadios de un rígido seguimiento de la ley en su aplicación hasta llegar a una decisión que se aparta absolutamente de criterios jurídicos. Dicho ello, parece existir una línea continua que va desde la interpretación hasta la aplicación arbitraria de la norma, pasando por el empleo de la analogía⁸⁶. Cabe entonces precisar qué es lo que el juez hace en cada una de estas instancias.

Por otra parte, clarificar la distinción tiene de relevante que la analogía *in bonam partem* es un medio de integración del Derecho penal autorizado por el principio de legalidad en determinados casos. En cambio, queda fuera de dudas que el principio de legalidad proscribiera cualquier ejercicio arbitrario de la potestad jurisdiccional⁸⁷. Ello ya viene establecido en el art. 9. 1 y 3 CE, en la medida que la Constitución española declara la expresa sujeción de los poderes públicos a ella y al resto del ordenamiento jurídico, confiando además en la interdicción de la arbitrariedad.

Ciertamente el acto creativo que se deriva de la utilización de la analogía *in bonam partem* exige una valoración del juez, la cual, no obstante, no puede identificarse con la arbitrariedad. Cuando un juez crea una nueva causa de justificación para resolver un caso que era considerado punible por el legislador, se encuentra condicionado valorativamente en dos sentidos principalmente. Por una parte, la identificación de las inconsistencias axiológicas es algo que sólo puede hacerse valorativamente⁸⁸. Precisamente se trata, *grosso modo*, de la confrontación entre la tesis valorativa del legislador (castigar la conducta) y la del juez (justificar la conducta)⁸⁹. Pero también el proceso de acceso a la *ratio legis* y al establecimiento de la razón de identidad (que constituye el núcleo del razonamiento por analogía) se encuentra permeado por valores.

Es algo evidente que cualquier introducción de una nueva eximente en el sistema penal constituye un acto de alejamiento de la ley. Esto incluso es agudizado cuando se piensa que la decisión del juez de introducir una nueva causa de exculpación, por ejemplo, va en contra de una decisión del legislador. A partir de semejante curso creativo, aparece en el sistema una nueva norma que introduce una excepción a las conductas que en principio serían consideradas típicas⁹⁰. Pese a todo, en muchos casos existe un claro predominio del fin de *reducir el ius puniendi* lo que justifica que ciertos casos de analogía *in bonam partem* no supongan una separación de la ley que merezca reproches, pese a ir en contra de la decisión del legislador. Con todo, este proceso creativo que tiene lugar con la analogía no puede identificarse con la arbitrariedad⁹¹.

En realidad, con la arbitrariedad además de existir un claro apartamiento del material normativo incorporado al Derecho, también está ausente todo razonamiento que repute racional la actividad del juez. Esto apunta, principalmente, a señalar la carencia de justificación que se encuentra en la decisión judicial arbitraria⁹². Sería coherente afirmar que toda decisión que afecte a terceros requiere una justificación, del mismo modo que el rol del juez se ve acompañado por la obligación de

⁸⁵ Insistiendo precisamente en la distinción entre analogía y arbitrariedad, DWORKIN, *El modelo (I)*, en *EL MISMO, Los derechos en serio*, pp. 85-86; CARRIÓ, *Notas*, pp. 56-57; ORTEGO COSTALES, en *Revista de la Facultad de Derecho (1941)*, pp. 65-66.

⁸⁶ ATIENZA, en *Doxa (1998)* 21, p. 227; *EL MISMO, Sobre la analogía*, pp. 183-184.

⁸⁷ MAURACH/ZIPE, *AT*, I, § 10, n.m. 16, p. 124. Sin embargo, sustenta MAYER, *AT*, p. 85, la posibilidad de admitir la identificación completamente libre del Derecho por parte del juez, siempre y cuando sea compatible con el principio de legalidad. (!)

⁸⁸ NINO, *Introducción*, p. 285; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 177 y ss.

⁸⁹ Estos casos, que se conocen con el nombre de lagunas axiológicas, serían, en palabras de ATRIA, *On Law*, p. 75, casos *evaluativamente difíciles*. Entiende también que estaríamos aquí frente a casos difíciles, SCHAUER, *Las reglas*, p. 275. En sentido similar, REDONDO, en *Doxa (1997)* 20, p. 186.

⁹⁰ Sin embargo, entiende ATRIA, *Creación*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, pp. 47-48, que en los casos en los que, a pesar de existir un caso que se ajusta a los hechos operativos de las reglas, el juez decide que la regla no debe ser aplicada, no estamos frente a una creación de Derecho. La introducción de una excepción al ámbito de aplicación de una norma, si bien podría significar en algún sentido "creación", en realidad no estaría modificando la regla sino que estaría adecuando su aplicación. Próximo a la postura de ATRIA, RUIZ MANERO, *Algunas concepciones*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 110. En cualquier caso, no estimo fructífera la distinción que propone ATRIA entre *modificación de la regla y adecuación de su aplicación*, dado que en ambos casos se estaría creando Derecho. Con otras palabras, se estaría *modificando la regla* y, con ello, introduciendo en el sistema una norma que no existía con anterioridad. Opinando en este último sentido, BULYGIN, *En defensa*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, pp. 74-75.

⁹¹ Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, pp. 317-318; NOLL, *Übergesetzliche*, pp. 6-7, tomando como principal anclaje de la diferenciación a los criterios de justicia; NAVARRO, *Casos difíciles*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 96; SALGUERO, *Argumentación*, p. 100, «[e]l límite que separa la analogía del decisionismo judicial es que esa preocupación por la solución justa y por la equidad se mueva en los límites de la "coherencia del sistema"»; LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense (1983)* 69, pp. 35-36.

⁹² IGLESIAS VILA, *El problema*, pp. 56-57.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

aportar razones en favor de su decisión⁹³. En la analogía, por el contrario, se sigue hablando, cabe recalcar, de una creación que tiene lugar a partir de otras normas⁹⁴.

Suministrar un concepto lo suficientemente preciso de arbitrariedad judicial resulta ser sumamente dificultoso, entre otras razones, porque también está presuponiendo un determinado anclaje dentro de una concepción del Derecho. Parte de las aproximaciones al concepto de arbitrariedad tuvieron en cuenta principalmente un apartamiento de las reglas del sistema. Desde esta perspectiva, un juez estaría ejerciendo su función de modo arbitrario cuando no esté basando su decisión en algún elemento jurídico. No obstante, el fuerte impulso dado a los principios dentro del cuadro general de piezas jurídicas vino a afincar la idea de arbitrariedad en la falta de racionalidad de la decisión adoptada. Este cambio de perspectiva obedece a que la mera alegación de algún elemento del orden jurídico no hace a la decisión judicial suficientemente controlable y apegada al Derecho. Vemos que los principios carecen de condiciones de aplicación, lo que facilita que muchas veces éstos sean omnisciosos y acaben siendo un subterfugio por el que se filtra la pura voluntad del juez^{95/96}.

Creo que un posible abordaje del problema de la arbitrariedad tendría lugar combinando ambas perspectivas. En este caso, la referencia principal para determinar si existe o no arbitrariedad en una concreta actuación judicial lo marca el posible apartamiento de cualquier material jurídico. De esta manera no existiría ninguna pauta externa que guíe la decisión del juez, más que su propia voluntad. Pero no basta con basar la sentencia en un elemento del sistema jurídico. Puede suceder que nos encontremos con que el recurso a principios jurídicos sea, en realidad, un ropaje para ocultar la genuina voluntad o capricho de quien decide. En consecuencia, la decisión que se adopte también debe ser racional y razonable⁹⁷.

A modo de ejemplo, puede suceder que un juez no considere axiológicamente correcta la tipificación de una conducta. En este caso puede que decida apartarse de la voluntad del legislador y excluir la pena por la mera alegación del principio de subsidiariedad o de presunción de inocencia⁹⁸. Este último caso no puede ser caracterizado como un auténtico recurso a principios. En esencia, para determinar si nos encontramos ante una genuina utilización de principios —y en este caso fuera de la arbitrariedad— o ante su fachada, será preciso analizar la racionalidad y la razonabilidad de la argumentación⁹⁹. En todo caso, habrá que considerar si la regla o principio jurídico es una razón que guía el enjuiciamiento del caso, o bien es la voluntad del juez la que lo hace¹⁰⁰. A este dato sólo será posible acceder si se analiza el razonamiento que subyace a la sentencia¹⁰¹.

⁹³ IGLESIAS VILA, *El problema*, p. 57.

⁹⁴ BULYGIN, *Sentencia judicial*, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, p. 362; SALGUERO, *Argumentación*, p. 197.

⁹⁵ RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 724, pp. 463-464; NIETO, *El arbitrio*, p. 332. No obstante ello, confían excesivamente en la racionalidad que aportarían los principios generales del Derecho en la actividad judicial, YACOBUCCI, *El sentido*, pp. 359-360; SALGUERO, *Argumentación*, p. 201.

⁹⁶ Posiblemente, la única manera de entender que el recurso a los principios no reporta necesariamente una marcada ampliación de las atribuciones judiciales, sería concibiendo que los principios no precisan interpretación, dado que su significado lingüístico sería autoevidente; sólo cabría, por tanto, “adherirse” a ellos. De esta opinión, ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 110. Sin embargo, difícilmente creo que pueda hablarse, en el terreno del Derecho y de la filosofía práctica en general, de cuestiones autoevidentes.

⁹⁷ Vale la pena destacar que incluso desde corrientes teóricas como el pragmatismo que le restan valor al tenor literal y, por ende, a la sujeción del juez a la ley, se considera igualmente censurable la decisión judicial marginada de parámetros racionales, cfr. CHRISTENSEN/SOKOLOWSKY, en *Nene Theorien des Rechts*, pp. 257-258.

⁹⁸ Con ello se pretende también mostrar que no entiendo que el concepto de arbitrariedad se corresponda con el de mayor injerencia del Estado sobre los derechos de los ciudadanos. La arbitrariedad vendría dada por este apartamiento del material jurídico y de criterios de racionalidad, con independencia de si con la decisión arbitraria se está beneficiando o no al reo.

⁹⁹ Siguiendo en este punto a NIETO, *El arbitrio*, pp. 346-347, la racionalidad se predica respecto al procedimiento argumentativo seguido, mientras la razonabilidad se refiere al resultado que se alcanza con la decisión. En este segundo sentido, el resultado debe ser razonable, esto es, proporcionado, no absurdo e igualitario. Suministrando un concepto de arbitrariedad afinado en los estándares de racionalidad, justicia y eficacia, DWORKIN, *El modelo (I)*, en EL MISMO, *Los derechos en serio*, p. 86.

¹⁰⁰ Utilizando otras palabras y recurriendo a las expresiones meridianamente claras de IGLESIAS VILA, *El problema*, p. 58, “actuar conforme a razones no significa meramente utilizar un estándar que fundamente una decisión cuando existen varias posibilidades. Se requiere, además, que el resultado de la decisión se base en aquellas razones que, en última instancia, el intérprete cree que son las mejores”.

¹⁰¹ Pese a todo, no pretendo ocultar con esta aproximación al concepto de arbitrariedad lo difícilmente definible que resulta ser este término. Tan sólo pretendo estipular dentro de lo posible y de los fines de este trabajo su alcance. El concepto dependería en último término de la delimitación precisa del ámbito dentro del cual opera legitimado el juez, lo cual es absolutamente difícil de precisar. Al respecto NIETO, *El arbitrio*, pp. 368 y ss. se halla convencido de encontrar esa precisión conceptual en el concepto de *arbitrio judicial*. Lamentablemente, la lectura de su obra no llega a hacerme sentir la confianza que evidencia el autor cuando concreta el concepto de arbitrio. Incluso, el autor, sin escatimar recursos literarios, la caracteriza de la siguiente manera: “cuando la doctrina moderna sale de las luces de la legalidad se pierde en una oscuridad nocturna en la que no encuentra un norte determinado. Pues bien, para mí la estrella polar es el arbitrio, de tal manera que el juez siempre cuenta con una orientación: la ley y, en su caso, el arbitrio” (NIETO, *El arbitrio*, p. 369).

IV LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PENALES Y EL SIGNIFICADO DEL TENOR LITERAL¹⁰²

A ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL Y EL ROL LIMITADOR DEL TENOR LITERAL

1. La interpretación de la ley penal, así como otras cuestiones que se involucran con la aplicación de ésta, son temas que han interesado desde siempre a la dogmática jurídico-penal. No sólo abundan aportaciones en monografías, artículos científicos y obras generales, sino que el tema ha sido objeto de acaloradas discusiones en el seno de las deliberaciones de los altos tribunales con competencia en lo penal.

Existen diversos motivos que justifican este interés en el Derecho penal y que no deberían sorprender a nadie. Por un lado, nadie niega la necesidad de interpretar la ley penal para poder aplicarla; más aún cuando se piensa en casos oscuros o difíciles. Por otra parte, una de las luchas que ha librado el Derecho penal ilustrado es la de reducir el poder punitivo en la aplicación de la ley, con lo que concentró desde siempre sus esfuerzos en encorsetar la actividad judicial en la interpretación. Así es entendible que pese sobre el juez la prohibición de ir más allá de la ley y crear tipos penales mediante la analogía.

Tomando como marco esta abundante literatura me interesa destacar el posicionamiento que asume la doctrina en algunas cuestiones cardinales de la teoría de la interpretación de la ley penal. La primera de ellas se conecta con el límite que separa la interpretación de la analogía. Preocupa delimitar el método que está legitimado a emplear el juez en su quehacer cotidiano y evitar que subvierta el sistema de distribución de competencias de los poderes públicos. Además, la segunda de estas cuestiones tiene que ver con la manera en que se llega a hallar el significado de la norma penal. Esto último implica indagar sobre cómo entiende la doctrina dominante el funcionamiento de los cánones interpretativos.

2. La pregunta por el límite que separa a la analogía de la interpretación es respondida por la doctrina jurídico-penal de una manera contundente. De modo abrumadoramente mayoritario, se erige el tenor literal de la ley como el límite que establece los mojones conceptuales entre ambos métodos jurídicos¹⁰³. Igualmente la jurisprudencia se hace eco de esta opinión y defiende el papel del tenor literal como límite de la interpretación¹⁰⁴. El tenor literal delimita el universo de casos al que el legislador asignará una determinada consecuencia jurídica. La tarea del juez quedará, en principio,

¹⁰² Me parece importante advertir al lector que en las páginas correspondientes a este subapartado solamente se desarrollan algunos criterios generales sobre la interpretación de la ley penal, analizando sólo parcialmente cuestiones relativas a la naturaleza de la interpretación, los criterios interpretativos en relación a los términos con trascendencia institucional y los vinculados a las ciencias empíricas, los cánones interpretativos, etc. Por ende, quedan sin profundizar algunos aspectos de estos temas y otros puntos de la teoría de la interpretación de la ley penal, cuyo análisis desbordaría las pretensiones de este trabajo.

¹⁰³ ROXIN, en *EL MISMO, Iniciación al Derecho penal de hoy*, p. 107; *EL MISMO, AT*, § 5, nn.mm. 26-27, pp. 148-149; JESCHECK/WEIGEND, *AT*², p. 159; BAUMANN/WEBER/IMITSCH, *AT*¹¹, § 9, n.m. 84, pp. 155-156; FREUND, *AT*, § 1, n.m. 28, p. 13; SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 20-22; GROB, *Die strafrechtliche*, p. 82; MÜLLER-SCHMITZ, § 1, n.m. 58; *Schönke/Schröder*²⁷-ESER, § 1, nn.mm. 37, 55; KINDHÄUSER, *AT*, § 3, n.m. 6, p. 42; SUPPERT, *Studien*, pp. 82 y ss.; MAYER, *AT*, p. 87; LK¹¹/GRIBBOHM, § 1, n.m. 84; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 49; MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 40, p. 124; CEREZO MIR, *PG*⁵, I, pp. 170-171; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, p. 93; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*², p. 163; CUELLO CONTRERAS, *PG*³, n.m. 89, p. 230; RÖHL, *Allgemeine*², § 77, p. 620; LARENZ, *Metodología*, pp. 319-320; KLATT, *Theorie*, p. 280; KREY, *AT*², § 3, n.m. 87, p. 33; ANTOLISEI, *PG*¹⁴, p. 95. En clara proximidad con este criterio, FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 66, para quien la existencia de un vacío legal (laguna normativa) es lo que marca la diferencia entre la analogía y la interpretación. Rechazando que pueda verse al tenor literal como límite de la interpretación, JAKOBS, *AT*², Ap. 4, n.m. 37, p. 85; KAUFMANN, Art., *Analogie*, p. 5 y ss., 52-53; MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische*, pp. 506-507, n.m. 526; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, nn.mm. 40-43, pp. 110-112; *EL MISMO, Studienbuch*, § 3, n.m. 52, p. 42; WOHLERS, en *Die Bedeutung*, pp. 80-81; SAX, *Das strafrechtliche*, p. 82, "...el tenor literal de la ley únicamente puede tener significado de indicio del sentido. Es sólo uno de los elementos constitutivos del sentido junto con otras circunstancias formales y de contenido", de manera que sólo el sentido de la ley sería el verdadero límite.

¹⁰⁴ Esta misma opinión mantiene el TC (cfr. STC núm. 297/2005, Sala Segunda, de 21 noviembre) y también, según la opinión de SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 100 y ss., 577-578, sería éste el criterio dominante en la jurisprudencia del BGH y del BVerG, no obstante lo cual existen algunas fluctuaciones jurisprudenciales que cuestionan la vigencia de este límite. Sólo a título de ejemplo ver BGH, NJW 8/2007, p. 525.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

reducida a interpretar la norma y a partir de ella determinar si los casos individuales que se le presentan son una especie comprendida dentro de la generalización del enunciado fáctico de la norma.

Puede decirse, siguiendo a KLATT¹⁰⁵, que la gran importancia que tiene el tenor literal para la ciencia jurídica en general es la de reconocerle legitimidad y objetividad a las decisiones judiciales¹⁰⁶. Además de caer sobre el juez penal la obligación de resolver los casos que se le plantean, pesa sobre éste la obligación de fundar su decisión en el Derecho. Lo que legitima al juez para castigar o absolver debe encontrarse plasmado en la letra de la ley. Igualmente, la proscripción de la arbitrariedad que impera en el Derecho obliga a que el juez decida según parámetros externos y no según su subjetivismo. Precisamente, el tenor literal haría posible este parámetro externo que otorgue objetividad a la decisión del juez.

Dicho esto, la actividad interpretativa queda comprendida dentro del tenor literal. Cuando el juez, empero, traslada la consecuencia jurídica de la norma a un caso que no está comprendido dentro de su tenor literal, decididamente no está interpretando, sino que se aparta de los criterios puestos por la ley. Frente a tales casos es común decir que se estaría fuera del ámbito puramente interpretativo de la actividad jurisdiccional y se adentraría en el terreno del perfeccionamiento o integración del Derecho¹⁰⁷. Precisamente la analogía aparecería comprendida dentro de este segundo campo.

No obstante ser ésta la visión dominante en la discusión, algunas opiniones patrocinadas especialmente por la hermenéutica, entienden que una tal delimitación de la analogía y la interpretación perdería fuerza cuando se analizan los problemas semánticos del significado de las normas. No ha pasado desapercibida en la discusión la imposibilidad de pregonar la certeza absoluta respecto a este límite que establecerían las palabras de la ley. Ello explica que MÜLLER, CHRISTENSEN o KUDLICH entiendan que el tenor literal solamente es determinado una vez que se ha concluido el proceso interpretativo¹⁰⁸. Esta razón ha llevado a algunos autores a ensayar interpretaciones posibles del tenor literal a partir de los avances en la Filosofía del lenguaje, de tal manera que pueda establecerse con cierta certeza tal límite¹⁰⁹. Pero en sentido opuesto, otros se han sentido ampliamente desilusionados frente a la imposibilidad absoluta de dar márgenes mínimos de certeza y optaron por admitir que no existe diferencia entre interpretación y analogía^{110/111}.

3. Igualmente resulta conveniente destacar el estado de la discusión que existe en torno al tema de la identificación del significado de la norma. Si bien éste es un asunto que arroja consecuencias menos controvertidas que lo anterior, no son del todo satisfactorias las conclusiones a las que llega la doctrina dominante.

Desde siempre se ha entendido en la metodología jurídica que el juez, para dar con el significado de la norma, debería tomar como herramientas diversas clases de métodos. Desde SAVIGNY se habla de la existencia de diversos cánones interpretativos que muestran cuáles son los diversos modos en que una disposición legal puede ser interpretada. Así se alude a diversos cánones: el gramatical, el genético, el lógico, el teleológico, el sistemático, etc.¹¹². En el Derecho penal ello también ha tenido trascendencia y hasta el día de la fecha conserva vigencia.

Debido a que el motivo de la exigencia de apegarse al tenor literal es la necesidad de aplicar rigurosamente la ley penal, no debe sorprendernos que prevalezca en el concurso de estos métodos o

¹⁰⁵ KLATT, *Theorie*, pp. 19, 21, 22-23; EL MISMO, en *Die Sprache des Rechts*, p. 346, resaltando además que el tenor literal busca concretar las exigencias constitucionales derivadas de los principios de división de poderes, de taxatividad, de prohibición de la analogía, de sujeción a la ley y de prevalencia y reserva de ley.

¹⁰⁶ Destacando también la necesidad de la objetividad de las sentencias en el Derecho penal, JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 151.

¹⁰⁷ LARENZ, *Metodología*, pp. 359 y ss. Por ello, señala con razón KLATT, *Theorie*, pp. 19, 20-21, que una de las funciones del tenor literal es la de separar los campos de la interpretación y del perfeccionamiento del Derecho (*Rechtsfortbildung*).

¹⁰⁸ MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische*, n.m. 533, pp. 511-512; KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP (2007)* 93, p. 137.

¹⁰⁹ SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, pp. 19-20.

¹¹⁰ Cfr. KAUFMANN, Art., *Analogie*, p. 66, para quien el límite entre analogía e interpretación sería demarcado por el *tipo de injusto*, el cual estaría constituido por un caso prototípico que recepta la norma, como modelo de comportamiento punible. Para otros autores, el límite de la interpretación estaría representado por el *programa normativo*, cfr. MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische*, pp. 505 y ss.; con términos similares, KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP (2007)* 93, p. 137; FUCHS, *AT*, 4. Cap., n.m. 2, p. 30; KREY, *Studien*, p. 205.

¹¹¹ Para una resumida, aunque consistente, exposición sobre la crítica al límite semántico que supone el texto de la ley, KLATT, en *Die Sprache des Rechts*, pp. 347-349.

¹¹² Para una exposición completa del funcionamiento de los cánones interpretativos en la discusión jurídico-penal, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, pp. 154 y ss. Sobre todo, BOTKE, *Strafrechtswissenschaftliche*, pp. 180 y ss.

cánones interpretativos aquél que se ciña en mayor modo al texto de la ley. Es necesario advertir cuáles son los casos abarcados por la norma a partir del significado de las palabras con las que fue redactada la ley. Para ello se apelará al significado ordinario de los términos, sin atender a las intenciones que pueda haber tenido el legislador. Por tanto, según la opinión mayoritaria¹¹³, debe reconocérsele prioridad al canon gramatical o literal para desentrañar el significado de la norma, o bien tomárselo siempre como el punto de partido del proceso interpretativo. Toda interpretación deberá tomar como punto de partida a la interpretación gramatical¹¹⁴. La explicación de esta prioridad podría encontrarse en una muy extendida comprensión de que solamente la interpretación según el sentido ordinario de los términos conduciría a un significado restrictivo¹¹⁵.

Los restantes cánones interpretativos cobran una gran importancia cuando el juez o el dogmático se encuentran con problemas de indeterminación semántica. Estos inconvenientes han sido puestos en evidencia desde larga data por la dogmática, en especial cuando se trataba del hurto de fluido eléctrico o del robo realizado mediante automóviles. Pese a que en ambos casos se solía interpretar el concepto de “cosa” y el de “carruaje a tiro” de manera tal que dejaba fuera al fluido eléctrico y a los automóviles, se plantearon serias dudas atendiendo a las necesidades de castigo de estos hechos. Frente a casos como éstos entendía algún sector doctrinal¹¹⁶ que el tenor literal deja de ser un camino seguro para solucionar adecuadamente el caso. De ahí que se proponga la consideración del sentido de la ley, el cuál, obviando ulteriores precisiones, puede buscarse mediante los restantes cánones; en especial, el teleológico y el histórico o genético.

Tomar ahora en consideración la finalidad de la norma, reconocida mediante la interpretación teleológica, o bien la voluntad del legislador, gracias a la interpretación genética, importa ceñirse al sentido de protección que tiene el tipo o al sentido de exclusión de pena que tiene la eximente concreta. Así, casos polémicos como los anteriores podrían ser regulados satisfactoriamente apelando a la finalidad de la norma. La norma reconocería sólo determinados casos según su literalidad, pero gracias a una rectificación patrocinada por la finalidad de la norma o la voluntad legislativa se disolverían los problemas.

Pese a que todavía la dogmática jurídico-penal no ha ofrecido una teorización consistente sobre el concepto de finalidad de la norma¹¹⁷, los autores no dejan de destacar el importante valor que ésta tiene en la interpretación. Según una opinión extendida, la interpretación teleológica tendría en el Derecho penal un papel central para orientar la interpretación de la ley hacia consecuencias político-criminales y resolver los conflictos que se plantean en la vida cotidiana¹¹⁸. La finalidad de la ley corregiría el tenor literal para adaptarlo al fin de la norma.

El necesario complemento que importa la interpretación teleológica o genética respecto a la interpretación semántica de la ley penal, explica que para algunos autores pueda distinguirse entre *Wortlaut* y *Wortsinn*¹¹⁹. El juez debería tener en consideración a ambos para alcanzar una interpretación que satisfaga las necesidades de justicia del caso. Lo que sí debe destacarse una vez más en este punto es que la opinión convencional entiende que la interpretación semántica prevalece sobre la teleológica o genética, esto es, que el *Wortlaut* se impone frente al *Wortsinn*.

¹¹³ Cfr. ROXIN, *AT*, I, § 5, n.m. 28, p. 150; JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 159; KÖHLER, *AT*, p. 92; WESSELS/BEULKE, *AT*²⁴, § 2, n.m. 57, pp. 14-15; KINDHÄUSER, *AT*, § 3, n.m. 7, p. 43; FUCHS, *AT*, 4. Cap., n.m. 5, p. 31; Schönke/Schröder²⁷-ESER, § 1, n.m. 53; BOCKELMANN/VOLK, *AT*³, p. 18; MEZGER, *Tratado*², I, pp. 145-146; OTTO, *AT*⁷, § 2, n.m. 41, p. 26; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, p. 192. En contra de esta tesis, SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 32, pp. 105-106. Haciendo prevalecer la interpretación subjetivo-histórica, MÜLLER-SCHMITZ, § 1, n.m. 88.

¹¹⁴ Entendiendo la relación entre los cánones interpretativos en otros términos y proponiendo que la prioridad de un método en lugar de otro será dependiente de cada caso concreto, BOTKE, *Strafrechtswissenschaftliche*, pp. 181 y ss., 266. Contrario a la postura dominante y entendiendo que la interpretación es producto de considerar todos los criterios interpretativos, CUELLO CONTRERAS, *PG*³, n.m. 84, pp. 226-227.

¹¹⁵ KLATT, *Theorie*, p. 21.

¹¹⁶ Cfr. HASSEMER, *Tatbestand*, p. 161

¹¹⁷ En este sentido, creo que una de las aproximaciones más profundas al tema se debe a BOTKE, *Strafrechtswissenschaftliche*, *passim*.

¹¹⁸ FUCHS, *AT*, 4. Cap., n.m. 11, p. 32; Schönke/Schröder²⁷-ESER, § 1, nn.mm. 40, 43.

¹¹⁹ Destaca SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 43-44 la particularmente confusa referencia que hace la jurisprudencia del BGH, tomando en algunos casos *Wortlaut* y *Wortsinn* como sinónimos, mientras que en otros casos se advierte una insistencia en su diferenciación. Constata la opinión de SIMON el BGH en una reciente sentencia, cfr. BGH, NJW 8/2007, p. 524.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

B CRÍTICA A LA DOCTRINA DOMINANTE

En este apartado se procura develar algunos puntos que, a mi modo de ver, resultan problemáticos para la doctrina dominante. El acogimiento de la distinción entre los planos de la interpretación y la integración del Derecho llevaría a cuestionar la idea de que es el tenor literal el límite que separa la analogía de la interpretación. Además, me interesa destacar que la manera en que entiende la doctrina mayoritaria el funcionamiento de los cánones interpretativos presupone una conceptualización del tenor literal que me parece cuestionable. A continuación se exponen estos puntos.

Para empezar, conviene destacar que, pese a la abundante literatura jurídico-penal que versa sobre la interpretación de la ley penal y pese a reinar en muchos puntos un amplio acuerdo doctrinal, el estado de desarrollo de la teoría de la interpretación de la ley penal muestra la orfandad de una teorización general. Puede decirse que el Derecho penal padece en muchos casos los problemas derivados de no hacer una lectura de este fenómeno desde una perspectiva metodológica general, independientemente de las particularidades de esta rama. Aunque también ha faltado el interés por parte de penalistas de ofrecer un modelo alternativo de interpretación de las normas del CP, que sea distinto del ofrecido por la hermenéutica.

Podrían ensayarse diversas críticas que pongan en evidencia grandes puntos flacos que ofrece en la actualidad la teoría de la interpretación de la ley penal, como ser la falta de teorización sobre el concepto de fin de la norma, de la voluntad del legislador¹²⁰, etc. Pero las que principalmente me interesan aquí tienen que ver con la falta de consideración de planos de análisis que llevan a seguir viendo al tenor literal como el límite entre interpretación y la analogía¹²¹. Finalmente, mi crítica se centrará en el concepto de tenor literal y, en concreto, en los elementos que éste incluye¹²².

La función que desempeña el tenor literal en la delimitación de la analogía y la interpretación debería ser puesta en entredicho si se asume la tesis de la separación entre la interpretación del Derecho penal y la integración del Derecho penal. En ambas etapas, el operador jurídico realiza actividades completamente distintas: en la interpretación, atiende a cuestiones de significado de un tipo o de una eximente, mientras que en la integración estos problemas ya están resueltos, con lo que cabe abocarse a salvar redundancias, incoherencias e inconsistencias axiológicas (lagunas axiológicas)¹²³. La analogía *in bonam partem* será, como se ha dicho, una herramienta tendiente a resolver los problemas del último tipo.

¹²⁰ En la literatura jurídico-penal sólo pueden destacarse los diversos sentidos de “voluntad del legislador” que reconoce SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 215 y ss. Es posible encontrar un buen panorama respecto a las diversas formas de reconstruir la intención del legislador desde la perspectiva de la Teoría del Derecho en LIFANTE VIDAL, en *Doxa* (1999) 22, pp. 183 y ss., quien expone la existencia de, al menos, tres sentidos posibles de intención legislativa a efectos de la interpretación. Exponiendo igualmente los problemas que se presentan en la reconstrucción de la voluntad legislativa, RÖHL, *Allgemeine*², § 76, p. 611. Según entiende MOORE, en *Southern California Law Review* (1985) 278, pp. 338-339, la dificultad de identificar la intención legislativa es el hecho de que se debe contar con una pluralidad de personas, cada una de las cuales tiene sus propias intenciones, del mismo modo que no acabaría de quedar claro si se trata de la específica intención tenida al realizar el acto legislativo específico o la intención general de prohibir, permitir u obligar una determinada conducta. Pero además considera la posibilidad de encontrar cuatro interpretaciones posibles de la intención legislativa, combinando visiones realistas y convencionalistas (pp. 348-349).

¹²¹ Poniendo ello de manifiesto, MEYER-LADEWIG, en *MdR* (1962) 4, p. 262.

¹²² Respecto a estos dos puntos se harán aquí tan sólo algunas aproximaciones críticas, para luego profundizar en otros apartados específicos los problemas que aparecen en situaciones concretas como la interpretación arbitraria o absurda, la interpretación extensiva o la interpretación analógica.

¹²³ Debe lamentarse que esta distinción, al igual que la que tiene que ver con la de los *casos genéricos* y *casos individuales*, haya sido prácticamente obviada en la discusión. Confundiendo especialmente estos niveles de análisis, Schönke/Schröder²⁷-ESER, § 1, n.m. 55; ROXIN, *AT*⁴, I, § 5, nn.mm. 27-28, pp. 149-150; KAUFMANN, Art., *Analogie*, pp. 16 y 26 y ss.; HASSEMER, *Tatbestand*, p. 99. Incluso, con anterioridad incurri en este error, cfr. MONTIEL, en *Cuadernos* (2000) 3, pp. 204 y ss. En la jurisprudencia, además de no reconocer ambos planos de análisis, se entremezclan los conceptos de interpretación y analogía, cfr. STC núm. 34/1996, Sala Segunda, de 11 marzo “por haberse **acudido a la analogía para la interpretación del tipo penal** descrito en el art. 497 bis del Código Penal”. Sin embargo, es posible encontrar alguna referencia en la doctrina jurídico-penal que distingue implícitamente ambos planos de modo correcto. Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 39, nota 30, señala respecto al fraude de ley en el delito fiscal, que “*al final se acaba reconociendo que el supuesto de hecho no es subsumible en la letra de la ley tributaria —y tampoco de la ley penal— pero que la situación es análoga a otras en las que se establece una determinada tributación, de modo que debe sancionarse. En realidad, se trata efectivamente de una aplicación analógica in malam partem de los conceptos de contribuyente o de hecho imponible*”. Creo que solamente interpretando en estos términos se puede decir que el fraude de ley en el Derecho penal implica acudir a la analogía *in malam partem*. Sin hacer esta distinción de planos y manteniendo el concepto estándar de analogía, resulta erróneo señalar que el fraude de ley importa aplicar el tipo penal mediante analogía.

Cuando un juez vulnera el tenor literal por reconocer un uso de los términos legales distinto del adoptado por la comunidad de hablantes, no está haciendo analogía. En este punto, se analizan cuestiones de significado de la norma que se siguen circunscribiendo a la etapa de la interpretación de la ley penal. Aquí, se reconocen condiciones de uso del término completamente distintas de las contabilizadas por esta comunidad. A este caso lo entiende KLATT como una situación de transgresión del *Konditionale Festlegungsgrenze*¹²⁴. Cuando el juez entiende que basta la concurrencia de dos personas para reconocer una “banda”, pese a que el uso ordinario del término exigiría un mayor número de personas, seguimos discutiendo sobre el significado de un término, en este caso, “banda”. Podrá señalarse con razón que este distanciamiento de la convención es rechazable, e incluso podría vérselo como un caso de interpretación arbitraria, pero desde luego que no es analogía. Esta última, reitero, presupone que las cuestiones de significado hayan sido zanjadas, cosa que no sucede en este supuesto, dado que se seguiría debatiendo sobre el significado de “banda”.

La segunda crítica tiene que ver con los componentes que integran el tenor literal, lo cual repercute de modo directo en el funcionamiento de los cánones interpretativos. Cuando se entiende que lo esencial es reconocer prioridad al significado de los términos de la ley y que en casos difíciles el fin de la norma o la voluntad del legislador corrigen la letra de la ley, parece dudoso que podamos seguir hablando en este último caso de interpretación. Que estemos o no frente a un caso de interpretación de la ley dependerá del lugar que le asignemos a la finalidad de la norma.

La idea que parece imponerse en la discusión jurídico-penal es que la finalidad de la norma o la voluntad legislativa son algo externo al tenor literal. Dicho en otros términos, la finalidad de la norma o la voluntad del legislador no están incorporadas al tenor literal¹²⁵. Ello se desprende de las consideraciones dominantes en la polémica, según las cuáles el tenor literal quedaría corregido a partir de elementos externos a él¹²⁶. En la interpretación extensiva como en la interpretación restrictiva, la finalidad de la norma y la voluntad legislativa logran hacer que la ley abarque más o menos casos, respectivamente, de los que ésta abarcaba conforme a su literalidad¹²⁷.

El no distinguir entre los planos de la interpretación y aplicación del Derecho penal, lleva a pasar por alto que, según esta tesis, los casos de interpretación extensiva, restrictiva y teleológica se moverían dentro del terreno de la integración. Aquí aparecerían los llamados de atención del principio de legalidad, sobre todo cuando se trata de tipos penales. Ya se habrían solucionado los problemas de significado de la norma, pese a lo cual mediante estas *pseudo-interpretaciones* se corrige este significado, adaptándolo a la finalidad de la norma.

Por ejemplo, piénsese en la situación que el legislador solamente agravaría la pena de las lesiones cuando se produjera mediante el empleo de “armas” y entendemos por ellas sólo a los instrumentos que permiten lanzar o disparar objetos, golpear, cortar, etc. Si pese a esta interpretación del concepto de “arma” el juez entiende que deberían castigarse de modo agravado las lesiones producidas mediante el uso de ácido clorhídrico y las abarca mediante la “interpretación” teleológica, deja de moverse en el campo de la interpretación de la ley penal. Aquí el juez habría puesto un tipo nuevo en el orden jurídico-penal, habría creado una nueva agravante.

Por momentos, uno no puede evitar la experimentación de cierta perplejidad cuando lee una defensa rimbombante del tenor literal según el sentido ordinario de los términos, para acto seguido empotrar referencias a fines de la ley, a la voluntad del legislador, a principios subyacentes que corrigen dicho tenor, etc.¹²⁸. Lo llamativo es que en estos últimos supuestos se sigue hablando de

¹²⁴ KLATT, *Theorie*, pp. 238 y ss.

¹²⁵ RÖHL, *Allgemeine*, § 76, p. 602

¹²⁶ No obstante, de otra opinión y ampliando en demasía el tenor literal, KUHLEN, *Die verfassungskonforme*, p. 12, aceptando la integración del tenor literal por la letra de la ley, el sentido y la finalidad de la norma y el sistema donde la norma se encuentra ubicada.

¹²⁷ Debe hacerse en este punto la salvedad en relación a las tesis de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 286-287, quien entiende al fin de la norma incorporado al tenor literal. En realidad, el límite a la interpretación sería la letra de la ley, de la cual sería posible extraer el *telos* de la norma, el cual estaría a su vez condicionado por la voluntad histórica del legislador.

¹²⁸ Un buen ejemplo de ello lo encontramos en ROXIN, *AT*, I, § 5, nn.mm. 29, 37-38, pp. 149 y 155-156. El autor afirma que el arrojar ácido clorhídrico a la cara de la víctima puede ser contemplado dentro del concepto de “arma” del § 223 no sólo porque “el sentido literal no requiere restringir el concepto de arma a los instrumentos que operen mecánicamente”, sino también porque “el fin de la ley de castigar más duramente los métodos lesivos especialmente peligrosos también aboga por incluir los medios químicos en el concepto de arma”. Mientras que, contradictoriamente, considera que recurrir a la *ratio legis* implica saltarse el tenor literal e infringir el principio de legalidad, sirviéndose de este último argumento a la hora de rechazar, por ejemplo, que se pueda considerar “banda” a la unión de dos

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

interpretación. En todo caso, si se trata de interpretación, puede serlo solamente suscribiendo un concepto de interpretación o de tenor literal completamente distinto del que defiende la doctrina mayoritaria. Esto último merecería una serie de precisiones que brillan por su ausencia en la discusión. Retomaré, sin embargo, esta discusión en el momento de analizar la distinción entre analogía, la interpretación extensiva y la interpretación analógica.

EL TENOR LITERAL Y EL SIGNIFICADO DE LA NORMA

Uno de los puntos en los que conviene poner especial énfasis en la crítica anterior es el referido a aquellas aplicaciones de la ley que, pese a que se pretendan circunscribir dentro del tenor literal, lo transgreden de modo abierto. Este tipo de aplicaciones tiene lugar mediante argumentos del tipo de las reducciones o las ampliaciones teleológicas e incluso por la vía de la interpretación conforme a la Constitución¹²⁹. Cuando, por ejemplo, el BVerfG no condena por lavado de dinero al abogado que percibe honorarios procedentes de la actividad ilícita del cliente por considerarlo contrario al derecho de ejercer una profesión libremente, no está interpretando la ley sino que la está modificando¹³⁰. Aquí el BVerfG se apartaba de la interpretación dominante en la doctrina, de que los tipos de la Parte especial admiten la comisión dolosa eventual y la directa, pasando a requerir un conocimiento seguro de la procedencia del dinero para condenar al abogado. El juez se estaría apartando de las reglas de uso de un término y de ahí que podamos decir que el juez ha transgredido el tenor literal¹³¹.

Como puede observarse en el ejemplo, tomarse en serio la distinción entre la interpretación y la integración del Derecho penal presupone aceptar la existencia de un límite externo al juez que logre advertir cuándo estamos ante una aplicación correcta de la norma y cuando, en cambio, no lo estamos. Por tanto, ha de ser posible determinar cuál es el significado de la norma y a partir de eso saber qué casos son abarcados por el tenor literal de la norma y cuáles otros no lo están. Desde luego esta no es una cuestión pacífica y ha sido largamente controvertida en la Filosofía del lenguaje¹³². Desde diversos lugares se han suscitado numerosas críticas frente a la posibilidad de seguir reglas en la utilización de los términos y de hallar valores de verdad en el empleo de las palabras. Según estas tesis, los numerosos problemas de indeterminación semántica harían imposible hablar de certezas en los actos del habla y, menos aún, hablar de usos *correctos* o *incorrectos* de los términos¹³³.

Pese a que estas observaciones obligan a replantear varias cuestiones en materia de significado, no debemos ocultar que una de las condiciones de la cohesión social es justamente la comunicación que existe entre los interactuantes. Ello no sería posible con la ausencia de una vía como el lenguaje que se marcaría abiertamente por la incerteza¹³⁴. En consecuencia, los problemas de indeterminación semántica no deben hacernos perder de vista que los innumerables actos del habla que tienen lugar en la sociedad van generando reglas que implícitamente rigen la comunicación en aquella¹³⁵. Estas reglas que se generan por la reiteración en la comunicación de los interactuantes hacen posible que, en última

personas, o “vehículo uncido o de tiro” a un automóvil. No creo que puedan sacarse consecuencias muy diferentes de las tesis interpretativas que sostiene GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 291.

¹²⁹ Sobre el concepto de interpretación conforme a la Constitución y su distinción con la interpretación orientada a la Constitución, KUHLEN, *Die verfassungskonforme*, pp. 1-2. También sobre la interpretación orientada a la Constitución, KUDLICH, en *JZ (2003)* 3, p. 133, aunque creyendo que esta interpretación no es ninguna panacea, sino que sólo sirve de ayuda en algunos casos problemáticos.

¹³⁰ KUHLEN, *Die verfassungskonforme*, p. 65; KLATT, en *Die Sprache des Rechts*, p. 361. Entiende KUHLEN, *Die verfassungskonforme*, pp. 12-13 que es posible distinguir el papel que desempeña el criterio de la orientación a la Constitución en la interpretación y en la integración del Derecho.

¹³¹ Según la opinión de KUHLEN, *Die verfassungskonforme*, p. 102, en estos casos de reducciones conforme a la Constitución estaríamos frente a casos de analogía *in bonam partem*. Sin embargo, creo que esta postura debe rechazarse, dado que existen diferencias conceptuales entre las reducciones teleológicas y la analogía *in bonam partem*. Sin embargo, es importante destacar que el autor considera acertadamente que ya no estaríamos frente a una interpretación de la ley penal sino frente a una integración del Derecho penal; cfr. también KUHLEN, en *OTTO-FS*, pp. 96-97.

¹³² Mostrando de modo acabado un panorama de la discusión acerca de la crítica al tenor literal, KLATT, *Theorie*, pp. 73 y ss.

¹³³ Respecto a esta crítica de KRIPKE y QUINE, cfr. KLATT, en *Die Sprache des Rechts*, pp. 355 y ss.

¹³⁴ Lo mismo podría decirse en relación a la comunicación en el Derecho, cfr. KLATT, *Theorie*, p. 111, “[e]l lenguaje puede ser en general abierto, pero la interpretación de la ley siempre tiene lugar en un determinado ordenamiento jurídico, en un concreto juego del lenguaje, el cual reduce la apertura de los conceptos”.

¹³⁵ BRANDOM, *Expressive*, pp. 272 y ss.; KLATT, en *Die Sprache des Rechts*, p. 352.

instancia, hablemos de *usos correctos* de los términos y de *usos incorrectos*, haciendo posible la comunicación¹³⁶.

Es menester destacar que desde los aportes del pragmatismo de BRANDOM puede verse a nuestra praxis discursiva como estructurada implícitamente por normas¹³⁷. Existen siempre reglas en nuestra comunicación que nos ayudan a saber si una palabra ha sido utilizada correcta o incorrectamente¹³⁸. Podría mirarse el fenómeno como que en cada acto del habla se va registrando el uso que se hace de cada término y con la reiteración van solidificándose y estandarizándose estos usos¹³⁹. Esta reiteración debería ser entendida, según BRANDOM, como un *regulismo* y no como un *regularismo*¹⁴⁰. Si a partir de innumerables usos de la palabra “banda” la comunidad lingüística mantiene en sus registros que aquella se emplea para aludir a un grupo integrado mínimamente por tres personas, sabremos cómo juzgar usos ulteriores del término. Si se utiliza “banda” para aludir a un grupo integrado por dos personas podremos decir que este término se ha empleado erróneamente.

Todo esto permite ver que en nuestras praxis discursivas se va consolidando el uso de los términos en determinados sentidos y de ellas surgen normas que implícitamente estarán rigiendo nuestros actos de habla¹⁴¹. La comunidad lingüística en la que tienen lugar estos actos estará evaluando los usos de las palabras según esas reglas que guían la comunicación¹⁴². Justamente puede decirse que la normatividad de las reglas se deriva de la posibilidad de que exista una sanción en caso de un empleo incorrecto¹⁴³. Esta comunidad acabará teniendo un registro de todos los usos posibles de los términos¹⁴⁴, con lo que siempre será posible contar con parámetros que nos digan cuando el empleo de una palabra puede ser aceptado y cuando debe tenérselo como equivocado¹⁴⁵. El principal aporte de BRANDOM con esta visión del problema es la de hacer posible hallar valores de verdad o falsedad a las expresiones lingüísticas¹⁴⁶. Y es justamente ésta la única manera de tomarse en serio el papel limitador del tenor literal.

En el terreno jurídico la comunicación dentro de una comunidad de hablantes puede aceptarse igualmente en estos términos. En la comunidad jurídica, a partir de la labor de la doctrina y de la jurisprudencia, se van fijando determinados usos que se les reconoce a las palabras, lo cual hace posible aceptar ciertas interpretaciones y rechazar otras¹⁴⁷. Que sea posible rechazar que un automóvil sea visto como un “carruaje unificado” o que la agrupación de dos personas pueda entenderse como “banda”, es debido a la existencia de reglas de uso de estos términos que son infringidas.

Debe destacarse la labor que realiza en este plano la dogmática penal. Justamente los mayores esfuerzos de la dogmática están orientados a descubrir cuáles son los significados de los términos empleados en las normas del Derecho penal¹⁴⁸. Lo importante es destacar que su labor no es la de *crear* o *estatuir* los usos que deben darse a los términos, sino que su tarea debe quedar limitada a *reconocer* cuáles son esos usos. No debe verse esto último, sin embargo, como una cuestión menor en su tarea, dado que la dogmática no deja de ser la encargada de indicar cuáles son las acepciones de un término

¹³⁶ BRANDOM, *Expressive*, pp. 276-277.

¹³⁷ KLATT, en *Die Sprache des Rechts*, p. 351.

¹³⁸ BRANDOM, *Begründen*, pp. 77, 219 y ss.

¹³⁹ KLATT, en *Die Sprache des Rechts*, p. 354. Ello lleva también a CHRISTENSEN/SOKOLOWSKY, en *Neue Theorien des Rechts*, p. 250 a interpretar que en la posición de BRANDOM la autonomía de la praxis se constituye como legislador.

¹⁴⁰ El *regularismo* se trataría de la aceptación de meras regularidades en el lenguaje, mientras que el *regulismo* presupone que en el lenguaje se aceptan reglas de gran importancia que conducen la praxis, cfr. BRANDOM, *Expressive*, pp. 56 y ss, 79 y ss.

¹⁴¹ BRANDOM, *Expressive*, pp. 274-279. Contrarios a esta fijación del significado que se produciría mediante la praxis y que determinaría previamente cada acto de habla, KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP (2007)* 93, pp. 141-142.

¹⁴² Justamente la existencia de reglas independientes de los partícipes de la comunicación hace que “[I]os diferentes actos de habla deban ser comprendidos mediante las diferentes consecuencias que aquellos tienen respecto a la contabilidad llevada por los partícipes individuales de la conversación”, BRANDOM, *Expressive*, p. 278. Destacando esta idea, CHRISTENSEN/SOKOLOWSKY, en *Neue Theorien des Rechts*, pp. 254 y ss; KLATT, *Theorie*, p. 107; EL MISMO, en *Die Sprache des Rechts*, p. 353.

¹⁴³ BRANDOM, *Begründen*, p. 18, nota 14; KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP (2007)* 93, p. 133.

¹⁴⁴ Ello es lo que lleva a hablar a BRANDOM, *Begründen*, p. 107, de la existencia de un *deontic scorekeeping* (contador deóntica). Ver también, CHRISTENSEN/SOKOLOWSKY, en *Neue Theorien des Rechts*, p. 251.

¹⁴⁵ Sin embargo, entienden KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP (2007)* 93, p. 137, que la corrección o no del uso de un término no puede estar sujeta a reglas previamente dadas por la comunidad discursiva, sino que estas reglas se van construyendo en la praxis.

¹⁴⁶ CHRISTENSEN/SOKOLOWSKY, en *Neue Theorien des Rechts*, pp. 256 y ss.

¹⁴⁷ CHRISTENSEN/SOKOLOWSKY, en *Neue Theorien des Rechts*, pp. 254 y ss.

¹⁴⁸ Se pronuncia de modo similar, aunque sólo respecto al hallazgo del sentido teleológico de la ley penal, SILVA SÁNCHEZ, en *JAKOBS-FS*, pp. 657-658.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

en la comunidad jurídico-penal¹⁴⁹. De más está decir que en el cometido de consolidación de la comunidad de hablantes del Derecho penal y en la explicitación de las reglas de uso de las palabras, desempeña un rol importante también la jurisprudencia.

Existen conceptos cuyas reglas de uso correcto sólo puede ser explicadas centrando la referencia en la dogmática penal. Por ejemplo, las reglas de uso de términos como “imprudencia”, “dolo”, “racionalidad de la defensa”, “mal mayor”, “creación del riesgo” son reconocidas recurriendo a la dogmática. Seguramente estos conceptos no tienen un único significado, pero es justamente la dogmática, como representante de la comunidad de hablantes en el Derecho penal, la encargada de ofrecer las diferentes reglas que pueden explicar el uso de un término como “dolo”. Estaremos frente a un uso incorrecto de “dolo” o de “mal mayor” cuando lo hayamos empleado en situaciones diferentes a las que debe hacerse según lo dispuesto por esas reglas.

La tarea dogmática encuentra, empero, algunas limitaciones a la hora de explicitar reglas del empleo de los términos. Estas limitaciones tienen que ver con la existencia de algunas palabras fuertemente ligadas a los avances de los conocimientos científicos y que no son conceptos morales. Piénsese en términos como “muerte”, “estupefacientes”, “anomalías psíquicas”, “comienzo de la vida”, etc. Las reglas de uso de palabras de este género emanan de las teorías científicas al uso que explican el significado. Cuando en las ciencias empíricas se hayan producido nuevos descubrimientos que ofrezcan nuevas reglas de uso de estas palabras, se deberá adoptar este nuevo significado¹⁵⁰. Si se descubre que una persona no está muerta por la paralización del sistema respiratorio, sino por la cesación de la actividad cerebral, deberá asumirse esta nueva regla de uso para mantenernos en la comunicación correcta. No debe entenderse que en este caso se han modificado las reglas de uso de la palabra “muerte”, sino que se han superado las limitaciones epistémicas iniciales y se permite así reconocer las verdaderas reglas¹⁵¹.

Debe lamentarse que la jurisprudencia no haya seguido este último punto de vista y haya creído ver que la encargada de establecer las reglas de usos de estos conceptos seguía siendo la dogmática y la jurisprudencia. El BGH ha llegado a considerar que los hongos alucinógenos son plantas, pese a que, según los dictámenes de los peritos, la biología no considera a los hongos como especie de éstas últimas¹⁵². En esta oportunidad, el BGH no admite al recurso interpuesto por quien fue condenado por el *Oberlandesgericht* de Koblenz a cumplir una pena de prisión de dos años y ocho meses por traficar con hongos alucinógenos. El acusado argüía que su conducta no era punible, puesto que el § 2. 1 BtMG considera como sustancia prohibida a ciertas “plantas”, y los hongos, según la opinión actual de la biología, no constituyen una especie dentro del género de las plantas. En realidad, los hongos estarían incluidos dentro de la categoría *sui generis* de los “organismos”¹⁵³. Sin embargo, el tribunal entiende que debe reconocerse prioridad al uso ordinario de los términos sobre el sentido específico que asigna la biología^{154/155}.

¹⁴⁹ Reconociendo ello también KLATT, en *Die Sprache des Rechts*, pp. 361-362.

¹⁵⁰ No debería entenderse que esta afirmación me lleva a incurrir en una contradicción con la tesis que sostengo respecto a la existencia de varios significados posibles de la norma. Justamente, podría pensarse que cuando la explicación científica que se impone es sólo una, ella debería ser la única interpretación *posible y óptima*. Sin embargo, creo que conviene dejar aquí reseñado que la cuestión no es tan simple, dado que incluso en el ámbito de las ciencias naturales existen pugnas entre las teorías que pretenden explicar un mismo fenómeno. En este último caso, también podría decirse que existirían diferentes reglas de uso de los términos vinculados a las ciencias naturales. La tesis de la diversidad de significados posibles de las normas sólo carecería de sentido en los casos excepcionales, en los que reina la más absoluta armonía en las teorías al uso que explican un fenómeno natural.

¹⁵¹ KLATT, *Theorie*, pp. 259-261.

¹⁵² BGH, NJW 8/2007, pp. 524-526.

¹⁵³ BGH, NJW 8/2007, p. 524.

¹⁵⁴ BGH, NJW 8/2007, pp. 525, 526. Los argumentos que emplea el BGH para justificar esta opinión son sumamente discutibles. Sólo a modo de ejemplo: la razón que mostraría con contundencia la asociación de hongos y plantas en el lenguaje cotidiano y que obligaría a seguir en cualquier caso este último sentido, sería que “[a]l fin y al cabo, **generalmente se compran también hongos en verdulerías y fruterías**”. Criticando también este argumento ofrecido por el BGH, KUDLICH/CHRISTENSEN/SOKOLOWSKI, en *Politik, [Neue] Medien und die Sprache des Rechts*, p. 125, quienes irónicamente defienden que los móviles, la ropa interior y las afeitadoras eléctricas no se transforman en estimulantes por el hecho de que regularmente sean ofrecidos en las filiales de conocidos comercios que venden café tostado. Incluso, con temerario arrojo, pretende mostrar su dominio de las ciencias naturales, criticando la clasificación que realiza la biología entre hongos y plantas. En este último sentido señala que “la argumentación basada en la terminología del sistema de la biología abarca demasiado poco. En verdad se reconoce entretanto en la biología que los hongos se ubican como un grupo independiente de organismos junto a las plantas (verdes). Esta delimitación no se mantiene demarcada con total precisión. De modo que la micología también es considerada todavía como una parte del ámbito de la botánica”. Como se aprecia, la sentencia no pierde riqueza ni siquiera para los amantes de la teoría de la imputación objetiva que gustan ejemplificar con camareros aficionados a la biología, haciéndoles posible ampliar su repertorio de ejemplos.

El motivo por el cual la comunidad jurídica va asentando distintos usos que se hacen de los términos y a partir de ello genera sus reglas, se debe a que en estos registros del conjunto de hablantes constan usos que se producen en diversos contextos. En este caso la dogmática penal debería esforzarse por hacer explícitas las diversas reglas que rigen el uso de los términos en los diferentes contextos. La identificación de los contextos de significado o uso de las palabras coincide con las clases de métodos interpretativos que se reconocen¹⁵⁶. Así, el circunscribirse al contexto histórico en el que el legislador tipificó una conducta o concedió una causa de exclusión de la pena, coincidiría con la denominada interpretación histórica o canon histórico. Lo mismo puede decirse de tomar como contexto de uso el bien jurídico protegido por la norma, que coincide, en lo esencial, con el canon sistemático de interpretación¹⁵⁷. Seguramente las reglas que rigen en estos últimos contextos serán diferentes de las que habremos reconocido tomando el contexto del uso ordinario del término¹⁵⁸. En definitiva, el desafío de la dogmática se encuentra en este terreno de la explicitación de las reglas que rigen el uso de los términos en los diferentes contextos y en ofrecer criterios que determinen cuál es la adecuada¹⁵⁹.

Lo anterior sirve para comprender que, en mi concepción, los métodos o cánones interpretativos permiten identificar los distintos contextos de uso del término o de la expresión lingüística de la norma jurídica¹⁶⁰. Lo que en realidad debe procurarse es que la interpretación que se realiza —sea cuál sea el contexto delimitado— no suponga un apartamiento craso de las concepciones básicas de la comunidad jurídica y que reputarían a la interpretación como absurda. Esto es, que el uso no suponga una infracción de las reglas de uso del término que rige en este contexto. En este sentido es posible afirmar que las palabras de un enunciado normativo tienen un peso para el intérprete y constriñen la labor del intérprete antes de que éste se encuentre frente al material necesitado de comprensión¹⁶¹.

Puede incluso mostrarse que, pese a la vigencia de diversas reglas de uso en la comunidad de hablantes, puede igualmente seguirse reconociendo la posibilidad de distinguir usos correctos y usos incorrectos de los términos. La comunidad jurídica explicita las reglas de uso que registra en cada contexto y para saber si se está frente a un uso correcto de los términos habrá que analizar si el acto de habla en cuestión ha seguido algunas de estas varias reglas. Si esto no es así deberá tomarse como un empleo *incorrecto* del término. Si, en cambio, este acto del habla sigue algunas de las reglas de uso vigentes, podremos decir que el uso es *más o menos correcto* pero no que es incorrecto.

Retomando el ejemplo del significado de “carruaje uncido” puede hacerse una distinción según se considere también como tal a un auto o a un avión. Podríamos dudar si considerar a un automóvil como “carruaje uncido”, pero sería posible ver que las reglas del lenguaje que rigen en el contexto histórico permiten llegar a tal conclusión según la hipotética voluntad del legislador histórico. Puede que éste no sea el mejor seguimiento de las reglas de uso del término, pero no podemos decir que se trate de un uso incorrecto, porque existirían reglas que lo avalarían¹⁶². En cambio, considerar a un avión como “carruaje uncido” sí supondría una infracción a las reglas vigente en la comunidad jurídica y podría estimarse como un empleo erróneo. Esto último sugiere que el gran desafío no sólo está en explicitar todas las reglas que rigen la comunicación en el mundo jurídico-penal. También está ello en

¹⁵⁵ Sostienen que en estos casos debe reconocérsele prioridad al lenguaje técnico, KUDLICH/CHRISTENSEN/SOKOLOWSKI, en *Politik, [Neue] Medien und die Sprache des Rechts*, pp. 129 y ss.

¹⁵⁶ KUDLICH, en *ZStW* (2003) 115, pp. 13-14.

¹⁵⁷ Sin embargo, entienden que la interpretación que se orienta al bien jurídico protegido por el tipo es de carácter *teleológica*, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*’, § 9, n.m. 68, pp. 151-152.

¹⁵⁸ Podría conjeturarse que, debido a ello, MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische*, p. 478, n.m. 480, señalan que estas reglas interpretativas acaban teniendo un sentido puramente funcional.

¹⁵⁹ Cabría la posibilidad de considerar que esta visión del significado se hace blanco fácil de la crítica, según la cual todas las palabras serían ambiguas al existir diversas reglas de uso. Sería imposible saber qué reglas del uso de la palabra rigen y, en definitiva, no podríamos distinguir usos correctos de usos incorrectos. Sin embargo, a esta crítica puede enfrentársela precisando que la ambigüedad no debe entenderse sin más como la existencia de varios significados. En verdad, estaremos frente a un caso de ambigüedad cuando *dentro de un mismo contexto de uso* rijan simultáneamente varias reglas diferentes. Cfr. KLATT, *Theorie*, p. 270.

¹⁶⁰ CHRISTENSEN, en *Die Sprache des Rechts*, p. 12. Resaltando la existencia de diversos contextos de uso de los términos y su influencia en la interpretación, ROSS, *Sobre el Derecho*, p. 111. No muy distante a la opinión aquí defendida, RÜTHERS, *Rechtstheorie*’, nn.mm. 725-730, pp. 464-466.

¹⁶¹ En este sentido, MOORE, en *Southern California Law Review* (1985) 278, pp. 316-317.

¹⁶² Precisamente entiende SIMON, *Gesetzesauslegung*, p. 109, que “*ante todo no se debe seguir que cada error frente a la aplicación de los criterios interpretativos o de la determinación de la decisión valorativa del legislador fuese visto como una infracción de la Constitución*”

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

ofrecer criterios que permitan determinar, entre las diferentes reglas que rigen los actos de habla, cuál es la que mejor va con cada norma jurídica.

Por último, debe entenderse que estas reglas que rigen la comunicación son algo previamente dado al intérprete y no algo que el intérprete debe construir en el mismo proceso interpretativo¹⁶³. Así se llegaría a la paradoja de que el límite que tiene el intérprete, sería construido justamente por éste¹⁶⁴. La consecuencia evidente de este punto de vista sería que el tenor literal no es ningún tipo de límite para el intérprete¹⁶⁵. CHRISTENSEN y KUDLICH traen en nuestros días estas ideas al debate y las siguen desde el neopragmatismo de BRANDOM y de las tesis interpretativas de DAVIDSON¹⁶⁶. Sin perjuicio de compartirse muchos de los puntos de partida defendidos por CHRISTENSEN y KUDLICH, no les encuentro razón al rechazar el papel de límite que tiene el tenor literal. Si, en definitiva, el juez determina el propio límite de su competencia, poco puede servirnos hablar del fundamento democrático del Derecho y de la distinción entre *Auslegung* y *Rechtsfortbildung*¹⁶⁷. El proceso interpretativo debe entenderse como las *afirmaciones sobre los significados de un concepto empleado por la ley*¹⁶⁸. Esta visión de la interpretación no niega que en este proceso se expliciten las reglas del uso de los términos, pero lo que sí rechaza es que las condiciones de uso sean construidas por el juez. El juez contará, por ende, con reglas externas y previamente dadas que restringen su actividad y hacen posible hablar de interpretaciones correctas de los tribunales y de interpretaciones incorrectas.

D IDENTIFICACIÓN DEL SIGNIFICADO DE LA LEY PENAL: FUNCIONAMIENTO DE LOS CÁNONES INTERPRETATIVOS

1 La ley penal y sus posibles significados

Se concluía en el apartado anterior que la interpretación debía ser vista como un proceso tendiente a formular afirmaciones sobre el posible significado de los conceptos que aparecen en la ley. Una de las principales conclusiones que se extrae de esta visión es que la interpretación no tiene un carácter constitutivo de las reglas del uso de los términos, esto es, constitutivo del significado de los términos. En realidad, se trata de un medio que permite reconocer las reglas que de modo implícito hacen posible la comunicación, determinando la manera en que deben ser empleados correctamente los conceptos. Por tanto, la interpretación tendrá una naturaleza *declarativa* de las reglas que prescriben el uso de las palabras¹⁶⁹.

Debe quedar claro que no puede exigírsele al intérprete que se encargue de declarar un único significado del término. Puesto que en nuestro quehacer cotidiano nos movemos asumiendo diversos roles y en diferentes contextos, en una misma comunidad discursiva pueden existir diversas reglas que determinen el uso correcto de un concepto. Por ello, debe sostenerse que los conceptos empleados en un tipo o en una eximente no tienen un único significado, sino que admiten varios significados

¹⁶³ En contra de esta idea, KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP* (2002) 88, p. 235.

¹⁶⁴ KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP* (2007) 93, pp. 141-142; LOS MISMOS, en *ARSP* (2002) 88, p. 235 y ss.; CHRISTENSEN, en *Die Sprache des Rechts*, pp. 92 y ss. Interpretando que esta sería la opinión de BRANDOM, CHRISTENSEN/SOKOLOWSKY, en *Neue Theorien des Rechts*, pp. 259.

¹⁶⁵ MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische*, pp. 505 y ss., especialmente pp. 512-513, n.m. 534, conciben como límite de la interpretación al *programa de la norma* en lugar del tenor literal. Próximo a esta opinión, SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 42, p. 111.

¹⁶⁶ Para una exposición clara y concisa de las tesis fundamentales de BRANDOM y DAVIDSON, ver CHRISTENSEN/SOKOLOWSKY, en *Neue Theorien des Rechts*, pp. 239 y ss.; BUNG, en *Neue Theorien des Rechts*, pp. 291 y ss.

¹⁶⁷ Entienden KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP* (2002) 88, pp. 239 y ss., que los límites al intérprete vendrían dados por la Constitución.

¹⁶⁸ KLATT, en *Die Sprache des Rechts*, p. 367; EL MISMO, *Theorie*, p. 282. Bien sabido es que una tesis declarativa de la interpretación representaría un claro alejamiento de la tesis sobre la interpretación sustentadas por la hermenéutica, cfr. ATIENZA/RUIZ MANERO, *Ilícitos*, pp. 85-86.

¹⁶⁹ Próximo a esta visión, KLATT, en *Die Sprache des Rechts*, p. 367; EL MISMO, *Theorie*, p. 282; MOORE, en *Southern California Law Review* (1985) 278, p. 320; ROSS, *Sobre el Derecho*, p. 108. Abiertamente en contra de esta tesis, HASSEMER, *Tatbestand*, pp. 98 y ss.; RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 158, p. 129; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*⁵, § 3, n.m. 28, p. 50; MEZGER, *Tratado*², I, pp. 148-149; SILVA SÁNCHEZ, en *JAKOBS-F3*, p. 646. En cambio, para CARRIÓ, *Notas*⁴, pp. 56-57, ello sólo sucedería en relación a los casos claros. Señalando que esta concepción *cognoscitivista* de la interpretación es propia del garantismo, GASCÓN ABELLÁN, en *Garantismo*, pp. 27-28.

posibles¹⁷⁰. Que esto sea así lo explica la existencia de diversos cánones interpretativos o diferentes clases de interpretación.

Cuando la doctrina dominante en la dogmática penal entiende que el intérprete primero debe atender a lo que indica la interpretación literal y sólo acudir frente a problemas de indeterminación semántica a los restantes cánones, parecería presuponer la tesis contraria. Según ella, la ley tendría un único significado. Quizás puedan presentarse problemas para identificar este único significado cuando no se concluye si dar prioridad al sentido ordinario del término o a su sentido jurídico. Pero, en cualquier caso, la tarea del intérprete sería la de desentrañar el único significado de la norma. Por ello, cuando aparecen los criterios teleológicos se buscaría modificar el único significado que tendría la norma y salvar así los acertijos semánticos. Tomando como ejemplo el concepto de “arma”, cuando la doctrina abarca los medios químicos apelando a la voluntad del legislador o a la finalidad de la norma, lo haría —según la doctrina dominante— modificando el único significado de la ley, para el cual solamente serían “armas” todos los objetos que *mecánicamente* permitieran lesionar el cuerpo mediante disparos, lanzamientos, golpes, impactos, etc.

En este trabajo, sin embargo, se entiende preferible asumir otra visión en relación al funcionamiento de las clases de interpretación o de los métodos interpretativos. Esto implica que cuando se quiere saber qué se entiende por “arma” no deba estarse exclusivamente al significado que el concepto tiene en el lenguaje cotidiano. El intérprete debe explicitar las diversas reglas de uso del término que rigen en los diversos contextos que demarcan los cánones interpretativos¹⁷¹. Así, para el concepto de “arma” regirá una determinada regla en el contexto de las discusiones parlamentarias, demarcado por la interpretación o método legislativo, u otra regla diferente según nos situemos en el contexto del bien jurídico protegido mediante la interpretación sistemática. Posiblemente podríamos concluir que la regla de uso del término “arma” que rige en el lenguaje ordinario abarca un revólver o un sable, pero no al ácido clorhídrico. Mientras que las reglas que rigen en el contexto de protección del bien jurídico no se verán infringidas si también consideramos como “arma” a los medios químicos.

Los inconvenientes semánticos y pragmáticos y la combinación entre ambos planos, parecen sugerir la imposibilidad de creer en una única interpretación de la ley^{172/173}. Con ello quiere decirse que la incorporación de la dimensión pragmática del significado de la norma permite conjeturar acerca de diversos significados posibles de la norma¹⁷⁴. Dicho de otro modo, la indagación del significado de la norma no debe quedar reducida al análisis semántico, sino que además debe reconocerse importancia a la pragmática respecto al significado de la norma¹⁷⁵. Desde el “segundo WITTGENSTEIN”, no puede ignorarse bajo ningún aspecto la importancia que tiene identificar el

¹⁷⁰ Señalando en la doctrina la existencia de varias interpretaciones posibles de los términos de la ley, KUHLEN, *Die verfassungskonforme*, p. 1; ROXIN, *AT*, I, § 5 n.m. 31, p. 151; TRIFFTERER, *AT*², Cap. 2, n.m. 30, p. 26; RÖHL, *Allgemeine*, § 75, p. 594; RÜTHERS, *Rechtstheorie*, n.m. 743, p. 473; VOLLMER, *Auslegung*, p. 13; KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP* (2002) 88, p. 239; LARENZ, *Metodología*, p. 193; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, pp. 166, 170; BACIGALUPO, *Hacia*, p. 107; EL MISMO, *Principios*, p. 68; HURTADO POZO, en *BACIGALUPO-Hm*, II, p. 1005; DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*¹¹, p. 169; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², pp. 298-299.

¹⁷¹ Justamente entienden KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP* (2002) 88, p. 244 que los cánones interpretativos permiten identificar los diferentes contextos de empleo de los términos. Sin embargo, estos autores entienden —a diferencia de lo que se defiende aquí— que los cánones interpretativos son finalmente argumentos para una ampliación o reducción de las posibilidades de significado de los conceptos legales, cfr. KUDLICH/CHRISTENSEN, en *JA* (2004) 1, p. 75.

¹⁷² Así, CUETO RÚA, en *Doxa* (1998) 21-II, p. 112. Esto presupondría enrolarse en lo que entiende KLATT, *Theorie*, pp. 115-116, como tercera tesis indeterminista, es decir, aquella que afirma que el significado de las palabras no puede asegurar nunca un único uso. Sobre la relación entre el plano semántico y el pragmático, cfr. GARCÍA-CARPINTERO, *Las palabras*, pp. 13-15.

¹⁷³ Aludiendo expresa o implícitamente a la importancia de la dimensión pragmática del significado, LARENZ, *Metodología*, pp. 194, 321-324; ROSS, *Sobre el Derecho*, pp. 114, 141-142, quien incluso no identifica la dimensión pragmática con la finalidad de la norma sino con algo más amplio de lo que sería dicha finalidad. Desde una perspectiva mucho más sofisticada se consideran como dimensiones del significado a la *normatividad*, a la *vinculación con el objeto (Objektbezogenheit)* y a la *referencia*, cfr. KLATT, *Theorie*, p. 217.

¹⁷⁴ Debe dejarse en claro que incluso entre los filósofos del lenguaje no es pacífica la concreción de la dimensión pragmática. En la lingüística se utiliza la pragmática para el estudio de todos los fenómenos que tienen que ver con el “uso”. Ello lleva a que se incluya por algunos en el contexto de la pragmática el estudio de las “fuerzas elocutivas” (las que se encargan de distinguir los diferentes tipos de actos lingüísticos: aseverar, ordenar, etc.) y el de los índiceos o deícticos (v. gr. “yo”, “ahora”, “esto”, etc.), cfr. GARCÍA-CARPINTERO, *Las palabras*, pp. 13-15. En concreto, para este autor, la pragmática se encarga de las preferencias, esto es, los “actos de uso de signos lingüísticos en contextos concretos con ciertos fines racionales”. Pueden encontrarse ejemplos de los diversos sentidos asignados al plano pragmático en el ciencia del Derecho en LARENZ, *Metodología*, p. 313. Destacando el papel de la dimensión pragmática en la fundamentación de las sentencias penales, KUDLICH/CHRISTENSEN, en *GA* (2002), pp. 346-347.

¹⁷⁵ Hasta donde entiendo, esta postura no se aleja del criterio mantenido por el BGH en BGHSt 41, 285 y s., cfr. SIMON, *Gesetzesauslegung*, p. 578.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

contexto de uso del término para la atribución de significado¹⁷⁶. Este llevaría a considerar que el intérprete deberá atender a las reglas de significado que rigen en el lenguaje ordinario, aunque también deberá tener como posible una interpretación según la voluntad del emisor del mensaje (legislador), el contexto de protección de la norma (interpretación sistemática), etc.¹⁷⁷.

Puesto que la norma admite varios significados, el juez no estará obligado a acoger alguno en concreto. Tampoco estará obligado a iniciar su tarea necesariamente con las reglas de uso que rigen en el lenguaje ordinario. El juez se encuentra con varios caminos posibles de la reconstrucción del significado de los conceptos normativos. El intérprete puede optar entre métodos interpretativos diferentes: el literal (según el lenguaje ordinario o el lenguaje técnico), el legislativo¹⁷⁸, el sistemático, etc. *Estos métodos no se encuentran dentro de una escala de jerarquías preestablecidas*. Aquí es donde justamente se rompe la visión de la superioridad jerárquica del canon gramatical o literal sobre el resto. Todos los métodos son igualmente viables, dado que ambos explicitan diversas reglas del uso de los términos que rigen en la comunidad jurídica. Incluso debe enfatizarse que esta visión de que la ley admite varias interpretaciones posibles y, por ello, tiene varios significados, ha sido una opinión defendida en numerosas oportunidades por el TC¹⁷⁹.

Conviene destacar que la existencia de varios significados posibles y de la imposibilidad de hablar de una jerarquía de métodos interpretativos, no tiene porqué significar que el texto de la ley quede desplazado en cuanto a su importancia. Entiendo que el tenor literal no deja de ser el punto de partida de todos los sentidos posibles que cabe reconocer al enunciado legal. En realidad, los términos de la ley pueden ser interpretados de diferentes maneras según situemos el empleo de estas palabras en el contexto del lenguaje ordinario, del lenguaje técnico o de las discusiones parlamentarias, en el contexto del sistema jurídico en el que se encuentra la disposición legal, etc.

Pero conviene incluso agregar algo más. Pese a que el principio de legalidad garantiza la calculabilidad y la previsibilidad del actuar estatal por parte de los ciudadanos, no parece adecuado reconocer absoluta preeminencia al lenguaje ordinario en cualquier situación en detrimento del lenguaje técnico¹⁸⁰. Ambas interpretaciones son perfectamente admisibles, más aun cuando el legislador en muchos casos utiliza deliberadamente un término técnico¹⁸¹. Pero igualmente resulta posible interpretar desde una perspectiva histórica, sistemática, etc. La norma no tiene un único significado y de ahí que existan diversas reglas que rigen el uso correcto de los términos según el lenguaje ordinario, el lenguaje técnico, la voluntad del legislador, el sistema, etc.

Ahora bien, sentado que la norma admite varios significados posibles y que un canon o tipo de interpretación no prevalece sobre otro, corresponde dar las razones por las cuales el juez opta por una interpretación en detrimento de la otra. Explicado con un ejemplo, corresponde aclarar por qué se

¹⁷⁶ Destacando también esta idea, RÖHL, *Allgemeine*², § 76, pp. 596-597; RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 162, p. 131, quien resalta la importancia del contexto de procedencia de la norma y el contexto del momento de la recepción del mensaje de la norma. Próximo a ello, BUNG, en *Neue Theorien des Rechts*, pp. 293-294; ROSS, *Sobre el Derecho*, pp. 130-131, 140, quien entiende que los factores pragmáticos acotan el campo de referencia; NINO, *Introducción*, pp. 252-253, aunque desde una perspectiva anti-realista respecto al significado.

¹⁷⁷ Como entiende correctamente KLATT, en *Die Sprache des Rechts*, p. 345, la “semántica” no debe verse como el contrario de “pragmática”, sino que existe una relación intrínseca entre ambos planos. Ello explicaría que en lugar de separar los fenómenos lingüísticos como semánticos o pragmáticos, sería conveniente hablar de los límites semánticos y pragmáticos del tenor literal.

¹⁷⁸ Entiendo por una interpretación basada en el *canon legislativo*, aquella interpretación que se sustenta en las discusiones parlamentarias o en la exposición de motivos de la ley para hallar el significado del enunciado legal.

¹⁷⁹ Cfr. STC núm. 42/1999, Sala Segunda, de 22 marzo, “Esta limitada función de control del derecho a la legalidad penal que nos corresponde toma como punto de partida tanto el dato de que toda norma penal admite variadas interpretaciones como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (...), como el hecho de que la decisión relativa a cuál sea en abstracto o en concreto la interpretación más adecuada del precepto como paso previo a su aplicación, constituye competencia exclusiva de los órganos judiciales”. Asumiendo un criterio similar en STC núm. 189/1998, Sala Segunda, de 28 septiembre; STC núm. 236/1997, Sala Segunda, de 22 diciembre; STC núm. 52/2003, Sala Primera, de 17 marzo; STC núm. 151/2005, Sala Segunda, de 6 junio; STC núm. 163/2004, Sala Segunda, de 4 octubre; STC núm. 229/2003, Pleno, de 18 diciembre; STC núm. 38/2003, Sala Primera, de 27 febrero; STC núm. 236/1997, Sala Segunda, de 22 diciembre; STC núm. 52/2003, Sala Primera, de 17 marzo; STC núm. 129/2003, Sala Segunda, de 30 junio; STC núm. 196/2002, Sala Segunda, de 28 octubre.

¹⁸⁰ SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 113 y ss.

¹⁸¹ JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 155. Respecto a la interpretación de los términos de la ley según el lenguaje ordinario o el lenguaje jurídico, confrontar el interesante análisis de SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 111 y ss. Aquí el autor plantea situaciones diversas: cuando el significado de un término es en el lenguaje ordinario más amplio que en el lenguaje jurídico, y viceversa; y cuando se emplea un término técnico que no existe en el lenguaje ordinario. En estos dos últimos casos el autor se mostraría proclive a admitir la interpretación conforme al lenguaje técnico o jurídico.

decide acudir al canon histórico o sistemático y considerar “carruaje uncido” a un automóvil, en lugar de manejarse con el canon literal que es, en definitiva, más restrictivo.

El motivo por el cual un intérprete o juez acude a un canon interpretativo determinado en detrimento de otro es que considera que mediante el canon elegido se hace una mejor reconstrucción interpretativa de la norma¹⁸². En este sentido, el juez tiene libertad para optar en favor de la reconstrucción interpretativa correspondiente a un canon en detrimento de otro, sin por ello extralimitarse en su función¹⁸³. Es importante partir del reconocimiento de la existencia de esta mejor reconstrucción¹⁸⁴. Esto muestra que dentro de las opciones interpretativas existentes y aceptables, existen interpretaciones que son más acertadas que otras. Dicho con otras palabras: dentro de las interpretaciones *posibles* de un término legal existen interpretaciones que son más satisfactorias que otras. Que no podamos saber con certeza cuál es esta interpretación ideal obedece puramente a nuestras limitaciones epistémicas y valorativas. Existen varios caminos para acceder al conocimiento de la respuesta más óptima y, una vez que optamos por un concreto canon, nuestra argumentación debe dar cuenta de que esta reconstrucción interpretativa es la mejor.

La determinación de los criterios que permitirían identificar la interpretación óptima entre las posibles es algo que desborda los alcances del presente trabajo. Sin embargo, creo que no sería descabellado en este punto atender a las finalidades que persigue el Derecho penal para determinar la mejor interpretación¹⁸⁵. Según entiendo, esta tesis no se distanciaría demasiado de la defendida por SIMON¹⁸⁶. En esencia, podrá verse que aquella interpretación que satisface en mayor medida las finalidades del Derecho penal podrá ser vista como la interpretación óptima. De este modo, la consideración de los fines político-criminales no se considera como un método interpretativo extra, sino como un parámetro que mide cuán óptima es una interpretación¹⁸⁷.

Una interpretación que tenga como consecuencia una ampliación o reducción exorbitante del número de casos abarcados por la norma, pondría en aprietos a los fines preventivos y garantísticos que persigue el Derecho penal¹⁸⁸. Si, por ejemplo, en la interpretación de una norma concreta se optara por el canon literal y se redujera el ámbito de vigencia de la norma de tal modo que dejara sin castigo muchísimos casos que lo merecen, se atentaría contra los fines de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos* y de *ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales*. Del mismo modo que podría suceder que una interpretación orientada al bien jurídico protegido supusiese en muchos casos una ampliación exagerada del número de casos abarcados por el tipo. Aquí el fin de *reducir el ius puniendi* llamaría nuestra atención. Pese a que ambos tipos de interpretación serían perfectamente posibles y no infringirían el tenor literal (dado que seguirían reglas de uso de los términos admitidos por la comunidad jurídico-penal de hablantes), pareciera ser más adecuado asumir un punto intermedio que concilie estas finalidades.

2 La exclusión del método teleológico en la interpretación de la ley penal: excursus¹⁸⁹

En la dogmática jurídico-penal no faltan voces que pregonan las bondades que tiene aceptar la interpretación teleológica de la ley penal¹⁹⁰. La principal razón podría encontrarse en el hecho de que

¹⁸² Así, CHRISTENSEN, en *Die Sprache des Rechts*, pp. 64 y ss. RÖHL, *Allgemeine*, § 75, pp. 594-595, considera que primero se deben constatar los resultados a los que se llega con cada canon interpretativo y, como normalmente acaban siendo contradictorios, debe optarse por aquel canon interpretativo que tenga un mayor peso.

¹⁸³ MAURACH/ZIPF, *AT*, I, § 9, n.m. 15, p. 114.

¹⁸⁴ Así también, DANCKERT, *Die Grenzen*, p. 64.

¹⁸⁵ Respecto a las finalidades o valoraciones político-criminales y a los fines del Derecho penal, cfr. *Schönke/Schröder*²⁷-ESER, § 1, n.m. 54. Crítico frente a la escasa teorización de la interpretación orientada a las consecuencias, KUDLICH, en *ZStW* (2003) 115, p. 4.

¹⁸⁶ SIMON, *Gesetzesauslegung*, p. 519

¹⁸⁷ Con todo, las finalidades o valoraciones político-criminales en la tarea interpretativa del Derecho se han desempeñado como criterio interpretativo autónomo en la jurisprudencia del BGH, buscando en varias situaciones colmar supuestas lagunas de punibilidad, cfr. SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 518-519.

¹⁸⁸ Al respecto, ver pp. 82 y ss.

¹⁸⁹ Conviene aquí aclarar que se entenderá por interpretación teleológica, aquella que apela a la *ratio legis* o finalidad de la norma. De este modo, no se considera interpretación teleológica aquella que recurre a la voluntad del legislador. Sin embargo, extendiendo el concepto de analogía a la voluntad del legislador, KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP* (2002) 88, p. 234.

¹⁹⁰ WELZEL, *Das deutsche*¹¹, p. 22; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 9, n.m. 68, pp. 151-152, con especial referencia al papel que desempeña el bien jurídico protegido; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, nn.mm. 32-33, pp. 105-107; EL MISMO, *Studienbuch*, §

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

la dogmática desde hace largos años insiste en orientar las categorías de la teoría del delito a las consecuencias político-criminales¹⁹¹. Ello fortaleció la máxima de que el Derecho penal debía procurar solucionar los problemas forenses más que alienarse en puras especulaciones teóricas. Precisamente, un modo de lograr ello en la praxis era mediante una interpretación que gozara de una versatilidad suficiente que le permitiera llegar a la solución del caso. Este medio lo ofrecería la interpretación *teleológica*.

Pese a la funcionalidad de este canon para agilizar la implementación de la ley penal, no han faltado cuestionamientos por su proximidad o cuasi-identidad con la analogía¹⁹². Justamente entiendo que una de las razones que nos deben llevar a rechazar el acudir al fin de la ley para interpretarla es que se hace imposible distinguir entre analogía e interpretación¹⁹³. Esta opinión se armoniza con las restantes ideas que han ido apareciendo en el trabajo y que reaparecerán al analizar los requisitos de la analogía y los principios jurídico-penales. Sólo de modo sintético me centraré en dos puntos que sustentan mi rechazo a la interpretación teleológica en el Derecho penal.

En primer lugar, entiendo que el fin de la norma es algo externo a ella, de modo que no debe ser considerado al momento de determinar su significado. El fin de la norma constituye un principio subyacente a la norma que la fundamenta. Por esta razón, cuando analizo la naturaleza de la *ratio legis*, me inclino por entender que se trata de un principio implícito que se corresponde con la finalidad de la norma. La *ratio legis* o fin de la norma desempeña en la analogía un rol fundamental al momento de establecer la razón de semejanza entre el caso genérico regulado adecuadamente y el afectado por la laguna axiológica.

En el caso de incluirse el fin de la norma en el ámbito de significado de ella no nos quedaría ninguna posibilidad de acudir a la analogía. La inclusión del fin de la norma en el tenor literal encerraría también todo el universo de casos similares, con lo que si un hecho no cae dentro de la norma será *distinto* y no quedará margen para la analogía. Cuando se llega a la etapa de integrar el Derecho penal, el juez se encontrará que con la interpretación teleológica se habrán incluido todos los casos similares. Por esta razón no podría operar la analogía al faltar el presupuesto de la similitud entre el caso genérico regulado y el caso genérico afectado por la inconsistencia axiológica, ya que todo el universo de casos similares ya estaría dentro de la norma.

El segundo argumento en contra de la interpretación teleológica tiene que ver con que solamente será posible dar con la finalidad de la norma cuando ésta sea interpretada¹⁹⁴. De aceptar el método teleológico de interpretación deberíamos llegar a la paradoja de que justamente lo que guiaría el proceso interpretativo es aquello que debe obtenerse como resultado del mismo. Esto prueba que la finalidad como fundamento del tipo o de la eximente que es, debe ser visto como algo externo a ella y que sólo puede reconocerse una vez que se hayan identificado las interpretaciones posibles de la norma.

EL INTERPRETACIONES ÓPTIMAS, POSIBLES Y ABSURDAS O ARBITRARIAS DE LA LEY PENAL

Las tesis asumidas en el apartado anterior sobre la identificación del significado de las normas y sobre el funcionamiento de los cánones interpretativos dejan abierta la posibilidad de distinguir en el Derecho penal tres clases de interpretaciones. Puede hablarse de interpretaciones *óptimas*, de

3, n.m. 48, p. 39; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 286-287; *Schönke/Schröder*²⁷-ESER, § 1, nn.mm. 43-44; BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche*, pp. 258 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en *JAKOBS-FS*, pp. 645 y ss.

¹⁹¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en *JAKOBS-FS*, p. 657, "Por tanto, la interpretación teleológica es, en verdad, dogmática jurídico-penal teleológica y en este sentido obtiene en lo fundamental legitimación sistemática".

¹⁹² Manteniendo la coincidencia de la analogía con la interpretación teleológica, SAX, *Das strafrechtliche*, p. 152. Rechazando la interpretación teleológica por esta razón, BACIGALUPO, *Anuario de Derechos Humanos (1983)* 2, pp. 18, 22-23; *MiKo-SCHMITZ*, § 1, n.m. 77; LANGER, en *DÜNNEBIER-FS*, p. 432. Planteando varias dudas metodológicas en relación a dicha interpretación, CHRISTENSEN, en *Die Sprache des Rechts*, pp. 45-46, considerando igualmente que esta interpretación estaría prohibida por el art. 103 II GG, 56, nota 75.

¹⁹³ Poniendo de relieve los problemas que se presentan al pretenderse delimitar la interpretación teleológica y la analogía, MAURACH/ZIPF, *AT**, I, § 9, n.m. 24, p. 117.

¹⁹⁴ Entiendo que próximo a ello, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT'*, § 9, n.m. 69, p. 152; ALONSO, *Interpretación*, p. 70.

interpretaciones *posibles* y, finalmente, de interpretaciones *absurdas o arbitrarias*¹⁹⁵. La importancia de esta clasificación se hace sentir principalmente cuando volvemos al principio de legalidad y analizamos la delimitación que éste hace de las competencias del juez. La legalidad penal legitimará aplicaciones de la ley basadas en interpretaciones *posibles* y, obviamente, en interpretaciones *óptimas*. Mientras que el principio de legalidad obstaculizaría que el juez pudiese resolver un caso particular aplicando una ley interpretada de modo *arbitrario o absurdo*.

La factibilidad de que el juez se encuentre frente a varios significados posibles de la norma —y no un único—, gracias a la reconstrucción aportada por los cánones interpretativos, habla en favor de la existencia de varias interpretaciones *posibles*. Las interpretaciones *posibles* son aquellas que obtenemos a partir de situar la interpretación en un contexto determinado y de develar las reglas que en ese ámbito rigen el uso del término. Existirán, como se dijo, unas reglas en el ámbito de lenguaje ordinario, del lenguaje técnico, de la voluntad del legislador, en la parte del sistema donde se encuentra el tipo o la eximente, etc. Todas éstas son interpretaciones factibles. Puesto que el juez en la interpretación no debe atrincherarse en la semántica sino que además debe atender a la perspectiva que la pragmática le aporta, son diversas las interpretaciones que el juez puede reconocer.

El principio de legalidad no impide que el juez reconozca la existencia de estas varias interpretaciones *posibles*. Esto llevaría a la conclusión de que cuando un juez aplica una norma que supone una interpretación *posible*, su decisión no puede ser cuestionada como que infringe el tenor literal. Justamente el tenor literal admite esas varias interpretaciones, con lo que la interpretación seguiría moviéndose dentro del límite fijado por la ley. Imaginamos que por “violencia” puede entenderse, según el sentido ordinario de los términos, todo acometimiento físico, pero también, ubicándonos en otro contexto interpretativo, podríamos incluir las vías psíquicas¹⁹⁶. Ambas son interpretaciones *posibles* y, por tanto, el juez estará legitimado a fundar su decisión en una u otra. Podrá discutirse en diversas instancias judiciales si esa interpretación de la ley penal es la más óptima pero no que sea ilegítima o que haya infringido el tenor literal. Las interpretaciones *posibles* no infringen, por consiguiente, el tenor literal y la valoración que presupone por parte del juez la elección de una interpretación a favor de otra no puede verse con malos ojos, más aún cuando la interpretación se encuentra siempre condicionada valorativamente.

El tenor literal deja abierta la posibilidad de que se reconozcan varias interpretaciones posibles. No obstante, ello no quiere decir que no existe una interpretación que se juzgue como la mejor. Que el juez opte por un concreto canon interpretativo y no a favor de otro, explica que el intérprete no deja de vislumbrar la existencia de una mejor explicación del significado de la norma. Al respecto sostenía que las finalidades jurídico-penales aportan un buen material para juzgar cuál es la mejor interpretación de un determinado tipo o eximente. De ahí que, entre las interpretaciones *posibles*, pueda decirse que existe una interpretación *óptima*¹⁹⁷. Esta última representará la explicación de las reglas del uso de los términos de la ley que mejor concilian las finalidades del Derecho penal¹⁹⁸.

Parecen ser obvias las implicancias del principio de legalidad en las interpretaciones *óptimas*. Al no ser censurables las interpretaciones posibles desde la perspectiva del principio de legalidad por no tratarse de una vulneración del tenor literal, las interpretaciones *óptimas* con mayor razón estarán avaladas por el principio de legalidad.

Finalmente existe una tercera clase de interpretaciones que, a diferencia de las anteriores sí supone una infracción del principio de legalidad, por infringirse el tenor literal. Se trata de las interpretaciones *absurdas o arbitrarias*. Aquí el juez pretendería explicitar con su interpretación ciertas reglas del uso de los términos que en realidad son *inexistentes* en la comunidad de habla. En estas interpretaciones existiría un claro apartamiento de las reglas que rigen los actos del habla en la

¹⁹⁵ Se mostrarían contrarios a esta posibilidad de distinguir entre interpretaciones *posibles* e interpretación *óptima*, KUDLICH/CHRISTENSEN, en *ARSP* (2007) 93, p. 141.

¹⁹⁶ Por ejemplo, la falta de mantenimiento de un edificio por parte de su propietario para forzar a abandonarlo a los inquilinos que pagan un alquiler irrisorio.

¹⁹⁷ Entiendo que una distinción similar se encuentra en KUDLICH/CHRISTENSEN, en *JA* (2004) 1, p. 82, quienes distinguen entre las categorías de *posibilidad* (*Möglichkeit*) y *plausibilidad* (*Plausibilität*). Un argumento sería posible cuando no está excluido desde el principio, mientras que un argumento sería plausible cuando es convincente, incluso cuando sean imaginables otras posibilidades.

¹⁹⁸ Según entiendo, la (denominada por KUDLICH) “interpretación orientada al marco penal” cumpliría la función de determinar la interpretación óptima, cfr. KUDLICH, en *ZStW* (2003) 115, p. 14.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

comunidad discursiva. Parece evidente que la referencia a la comunidad de hablantes es lo que demarca las interpretaciones *posibles* de las *arbitrarias* o *absurdas*, dado que en éstas últimas se intentan hacer pasar por válidas reglas de uso de los términos legales que no son las que rigen en verdad en dicha comunidad.

Retomar algún ejemplo ya ofrecido podría ayudarnos a explicar las interpretaciones *arbitrarias* o *absurdas*. Si en nuestros días existiera, como sucedió en el antiguo StGB, una disposición que agravara el robo cometido mediante el empleo de una “carreta uncida o a tiro”, nadie aceptaría razonadamente que incluya a un helicóptero o a un avión. Podría afirmarse que ninguno de los contextos de uso del término admite en nuestros días una interpretación de este tipo.

En las interpretaciones *arbitrarias* o *absurdas* el juez buscaría crear nuevas reglas que rijan la comunicación en la comunidad. El juez no aceptaría las reglas de uso de los términos legales que rigen en la comunidad científica y buscaría introducir mediante estas interpretaciones nuevas reglas que regulen la comunicación. Esto último debería rechazarse en cualquier caso. Llegado el momento de analizar la distinción entre la analogía y la interpretación arbitraria se suministrarán más criterios que precisen este último concepto. Aquí tan sólo me interesa adelantar que la interpretación *arbitraria* o *absurda* constituye un uso incorrecto de las reglas que regulan los actos de habla por apartarse directamente de ellas y hacer pasar por válidas reglas que no rigen en la comunidad discursiva.

F CAMBIOS INTERPRETATIVOS DE LAS LEYES PENALES

Cuando se analiza la jurisprudencia de los tribunales a lo largo de las épocas es perfectamente posible advertir variaciones en la aplicación de las leyes como consecuencia de cambios interpretativos. Pese a que uno de los valores más altos que busca tutelar el Derecho es la seguridad jurídica y la previsibilidad de las decisiones estatales, tampoco puede renunciar aquel a seguir de cerca los cambios valorativos que se producen en la sociedad. Del mismo modo que ello obliga en algunos casos al legislador a legislar sobre una materia nueva, también lleva al juez a reconocer interpretaciones de una ley que sean más óptimas que las sostenidas hasta entonces. Los agentes jurídicos no sólo están obligados a seguir de cerca los cambios en las percepciones sociales sobre ciertos fenómenos, sino que además existe la necesidad de acoplarse a los cambios que se van produciendo en ciertos ámbitos de las ciencias empíricas.

No han faltado opiniones que han querido ver en los cambios interpretativos casos de creación judicial del Derecho, puesto que aquí el juez estaría modificando el significado de la ley. Podría conjeturarse que esto obedecería a la equivocada percepción de entender que sólo puede reconocerse un único significado a la norma penal. Sin embargo, creo que esta tesis está lejos de ser la más adecuada y resulta preferible comulgar con una visión de la interpretación de la ley que acepta la existencia de varios significados posibles. A partir de allí no podría verse en ningún caso a los cambios interpretativos como supuestos de creación judicial, pues el juez no habría incorporado ninguna norma nueva al sistema que no haya sido puesta con anterioridad por el legislador. En tales casos, el juez seguiría moviéndose dentro del marco que le deja el legislador y el cambio sería sólo una inferencia de las normas ya existentes en el sistema.

Cuando se habla de cambios interpretativos se está aludiendo a dos fenómenos diferentes. Por una parte, los cambios interpretativos pueden ser casos de *variación de la interpretación óptima*, esto es, casos en los que el transcurso del tiempo ha llevado a que cambie la interpretación *posible* que prevalece sobre las restantes. Pero además, puede aludirse a cambios interpretativos cuando han aparecido nuevas reglas de uso de los términos y todas o algunas de las anteriores han dejado de regir. Aquí puede hablarse de cambios interpretativos por *variación de las interpretaciones posibles*.

Para analizar el fenómeno de los cambios interpretativos en el primer sentido —cambio de la interpretación *óptima*— me centraré en los conceptos morales o jurídicos (términos con dimensión institucional) que no están subordinados a los avances de las ciencias duras. Mientras que el análisis del segundo sentido de interpretación —cambio de las reglas de uso de los términos o de las interpretaciones *posibles*— se circunscribirá a aquellos conceptos que están absolutamente condicionados por los avances científicos, como por ejemplo términos como “muerte”,

“estupefacientes”, “comienzo de la vida”, etc. Como se tendrá oportunidad de ver, son muy diferentes los factores que inciden en uno y otro cambio de interpretaciones.

Cuando se produce un cambio interpretativo como consecuencia del cambio de la interpretación *óptima*, debe tenerse como principal guía la necesidad de conciliar las finalidades jurídico-penales¹⁹⁹. Ya he señalado que, entre las interpretaciones *posibles* de un tipo o de una eximente, la interpretación *óptima* es aquella que de mejor manera concilia las finalidades de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos, ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales y reducir el ius puniendo*. En otras palabras, la interpretación *óptima* será aquella interpretación *posible* que supone la mejor conciliación de las finalidades preventivas y garantísticas del Derecho penal. Aquí las finalidades jurídico-penales no intervienen en la identificación del significado de las leyes, sino en la identificación de la mejor reconstrucción interpretativa. En este contexto, los cambios interpretativos vienen dados por considerar la jurisprudencia que una interpretación concilia las finalidades jurídico-penales de modo más armónico que lo hacía la anterior interpretación *óptima*.

Puede servirnos para clarificar más el punto centrarnos en la evolución jurisprudencial del concepto de “escalamiento” a los efectos del delito de robo. La doctrina jurisprudencial tradicional estimaba escalamiento la llegada a las cosas por vías insólitas o desacostumbradas, distintas del acceso natural. En cambio, una nueva doctrina excluye el llamado escalamiento de salida y en el de entrada exige una destreza o fuerza de cierta importancia, equiparable a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad²⁰⁰. No sería desatinado entender que respecto al concepto de escalamiento primaba la interpretación literal y lo que viene a hacer el cambio interpretativo es darle prioridad a la interpretación genética o la sistemática. Podría entenderse que ambas interpretaciones eran *posibles* con anterioridad a este cambio, sin perjuicio de lo cual se estimaba como *óptima* aquella que involucraba los accesos por vías insólitas. Sin embargo, con el cambio interpretativo podría verse que esta nueva interpretación *óptima* conciliaría de mejor manera las finalidades jurídico-penales, en relación al modo que lo hacía la anterior.

Esta explicación debe contraponerse a las razones que en la praxis llevan a los tribunales a ensayar cambios interpretativos. Las variaciones en la interpretación *óptima* que se producen en la actividad de nuestros tribunales parecen obedecer más a la necesidad de constituirse en voceros de la opinión pública y del debate político que a la de conciliar armónicamente los fines del Derecho penal²⁰¹. Esto ayuda a comprender que los tribunales busquen con la interpretación *óptima* camuflarse en el contexto socio-político y mimetizarse con la contingente situación político-criminal.

A partir de estas claves puramente consecuencialistas se entiende que, en momentos de especial sensibilidad social con el terrorismo o la violencia de género, los tribunales sean proclives a variar la interpretación *óptima* que se maneja en tiempos de una sensibilidad menor. Los tribunales nos vienen acostumbrando a aceptar en estos contextos como interpretación *óptima* aquellas que buscan el significado de la ley mediante el canon teleológico o el genético y que redundan a favor de incluir más casos dentro del ámbito típico o a reducir beneficios carcelarios. Desde esta perspectiva, los cambios interpretativos se producen en la praxis al cambiar la situación político-criminal y no cuando ha evolucionado la discusión doctrinal, la cual mostraría que otra interpretación posible es la que concilia de mejor modo las finalidades del Derecho penal.

Entiendo que no puede compartirse una visión de los cambios de interpretaciones *óptimas* desde esta perspectiva utilitarista, que termina subordinando la mejor interpretación de la ley a las cambiantes necesidades político-criminales. Creo que la mejor reconstrucción interpretativa es aquella que concilia de mejor modo las finalidades del Derecho penal. Precisamente los cambios interpretativos aparecen al haberse superado algunas de nuestras limitaciones epistemológicas y al haber podido acceder al conocimiento de aquella interpretación que mejor concilia estas finalidades.

¹⁹⁹ Próximo a ello, AMELUNG, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 97, “también en el seno del «sentido literal posible» (!) debe decidirse con frecuencia, atendiendo a la finalidad político-criminal por el legislador, cuál es la hipótesis interpretativa jurídicamente correcta”.

²⁰⁰ Respecto a esta evolución, cfr. STS núm. 933/2001, Sala de lo Penal, de 23 mayo.

²⁰¹ Sobre como incide el contexto político-criminal en las decisiones de los tribunales, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 53 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, pp. 153 y ss.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* LA METODOLOGÍA

Esta tesis debe comprenderse desde una óptica de la ciencia jurídica que está en constante evolución. Al irse profundizándose los debates y las discusiones se van superando nuestras limitaciones epistemológicas y morales, lo que lleva a que podamos entender los fenómenos de un modo más acabado. Esta idea de evolución en la discusión jurídica determina que la interpretación y la aplicación de la ley puedan variar a partir de las evoluciones y las profundizaciones en las teorías jurídicas.

Señalé que el cambio de una interpretación *óptima* responde en el Derecho penal a aceptar que otra interpretación posible concilia de mejor modo sus finalidades. Cuando ello se produce, no quiere decir que haya cambiado el verdadero o genuino significado de la norma. Volviendo al ejemplo del concepto de escalamiento, cuando se admite que la interpretación sistemática o genética debe ser en la actualidad la *óptima* y así considerar escalamiento el empleo de fuerza para superar obstáculos de defensa de la propiedad, no quiere decirse que el significado de la norma haya cambiado. Lo que ha sucedido es que, al evolucionar la discusión jurídico-penal, se han podido superar las limitaciones que llevaban a dar con la interpretación que era realmente la *óptima*²⁰². En realidad, ésta habría sido desde siempre la mejor interpretación, sólo que al no haber alcanzado la ciencia del Derecho penal un desarrollo suficiente, se seguía considerando, por ejemplo, a la interpretación literal como la *óptima* y se consideraba escalamiento al ingreso por vías no destinadas a ello²⁰³.

Además de los cambios interpretativos que se producen como consecuencia de un cambio de la interpretación *óptima*, pueden identificarse cambios interpretativos operados por haberse hecho explícitas nuevas reglas de uso de un término que hacen perder vigencia a otras que regían con anterioridad. Como ya he señalado, estos casos están conectados con aquellos conceptos cuyo significado está subordinado a lo que establezcan las teorías al uso en las ciencias empíricas²⁰⁴. De este modo los cambios interpretativos de términos como “muerte”, “comienzo de la vida” o “estupefacientes” irán al compás de los avances científicos que los afecten²⁰⁵. Cuando, a partir de los avances de la ciencia, se concluye que una persona no está muerta hasta que haya cesado irreversiblemente la actividad vital de todo el cerebro y no cuando cesan los latidos y la respiración, el juez deberá adaptar para la interpretación de “muerte” a esta nueva regla del acto de habla. Solamente aquellos usos de la palabra “muerte” que sigan esta nueva regla podrán ser entendidos como correctos.

Aquí el cambio interpretativo viene dado como consecuencia de que en las ciencias empíricas se han desarrollado nuevos métodos que permiten superar las limitaciones epistemológicas que se habían tenido hasta entonces. Esta evolución arroja necesariamente la existencia de nuevas reglas que rigen en la comunidad discursiva el empleo del término “muerte”²⁰⁶. Vemos que en estos cambios nada tienen que ver las finalidades del Derecho penal y, por ello, la dogmática jurídico-penal no debe explicitar ninguna regla del uso sino sólo adoptar las precedentes de las ciencias especializadas.

Puede verse que en este terreno de los cambios interpretativos también existe una visión evolucionista de ciencia que ayuda a comprender estos fenómenos. Incluso, podría conjeturarse que el sentido de evolución puede constatarse de modo más evidente en las ciencias naturales que en las sociales. Podemos así comprender que la superación de obstáculos de nuestro conocimiento permite conocer mejor los fenómenos y, a partir de ello, establecer en la comunidad de hablantes reglas que rigen el empleo del término de un modo mucho más satisfactorio. Ello lleva a que, al igual que sucedía en los cambios de interpretación *óptima*, la aparición de nuevas reglas de uso no deban ser consideradas como que el concepto ha cambiado. El término “muerte” no ha cambiado, sino que hemos podido comprender mejor cuáles eran sus verdaderas propiedades definitorias, gracias a los

²⁰² Igualmente, entiende SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 129-130, que se trataría meramente de un cambio operado en el ámbito de la ciencia, sin que ello haya hecho variar el marco lingüístico de la norma. Por este motivo entiende, no estaríamos ante una superación del tenor literal.

²⁰³ Como señala MOORE, en *Southern California Law Review* (1985) 278, pp. 319-320, “[u]na teoría de la interpretación que pueda adaptar los cambios en la aplicación de las palabras sin necesitar un cambio en su significado [...] es una mejor teoría de la interpretación, porque obliga a los tribunales a alcanzar resultados que están más a tono con nuestras ideas generales sobre lo que es verdadero o mejor”.

²⁰⁴ Conviene aclarar que en relación a los cambios por variación de las interpretaciones posibles se reduce el análisis a los términos vinculados a las ciencias naturales respecto de los cuales no se acepta en el ámbito de la ciencia correspondiente una única mejor explicación, sino que su naturaleza es controvertida. Sin embargo, estas ideas también podrían ser extrapoladas a los términos con dimensión institucional.

²⁰⁵ Claramente en contra de ello, BGH, NJW 8/2007, p. 524 y ss.

²⁰⁶ Mantiene también esta tesis, KLATT, *Theorie*, pp. 259-261.

avances científicos. En otras palabras, se habría podido captar su verdadera esencia y comprender los fenómenos de un modo más satisfactorio.

Las explicaciones sobre los cambios interpretativos en este segundo ámbito pueden también servir para el concepto de “arma”. Como sostiene SIMON²⁰⁷, con anterioridad se entendía por arma todo objeto que *mecánicamente* permitiera lesionar el cuerpo mediante disparos, lanzamientos, golpes, impactos, etc. En cambio, las teorías científicas al uso en nuestros días han podido incorporar el modo *químico* de afectación del cuerpo. Este cambio se justifica sobre todo a partir de los avances técnicos acontecidos en relación a las armas tras la Segunda Guerra Mundial.

G ¿DISTINCIÓN ENTRE ANALOGÍA, INTERPRETACIÓN ANALÓGICA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA?

1. La pregunta que se formula como título de este apartado puede ser interpretada, al menos, de dos maneras posibles. Una primera interpretación podría entenderse como un cuestionamiento de la distinción tan discutida entre la analogía, la interpretación extensiva y la interpretación analógica. Frente a ella, nos estaríamos interrogando si acaso ellas serían una misma figura, al no existir diferencias esenciales desde un punto de vista metodológico. Pero también es posible darle una segunda lectura a la pregunta. En este segundo sentido, estaríamos cuestionando si realmente existen figuras tales como la interpretación extensiva o interpretación analógica o, en todo caso, si cabe llamarlas por ese nombre. Dicho esto, analizaré por separado a la interpretación extensiva y a la interpretación analógica.

2. Por empezar, el debate sobre la distinción entre la analogía y la interpretación extensiva se remonta prácticamente a tiempos de Francisco SUÁREZ o SAVIGNY²⁰⁸. Abundan en la literatura las referencias a las grandes líneas seguidas en esta discusión, en especial, si cabe diferenciar a la analogía de la interpretación extensiva. Dentro de este espectro es posible ubicar tesis que defienden la identidad²⁰⁹ o bien su distinción conceptual²¹⁰, existiendo en relación a la última postura defensores de una diferencia gradual²¹¹ o de una diferencia esencial^{212/213}.

Lo realmente cuestionable es si puede hablarse de una interpretación *extensiva*, por lo que interesa detenerse con algo más de detalle en este concepto²¹⁴. La noción de interpretación extensiva no aparece del todo clara en la discusión y se entremezclan en ella algunas cuestiones que conviene diseccionar²¹⁵. Lo que debería llamarnos a la reflexión es que no es raro encontrar en la doctrina referencias según las cuales, la interpretación extensiva, como interpretación que es, se encuentra admitida y, sin embargo, en algunos casos es prácticamente idéntica a la analogía²¹⁶.

²⁰⁷ SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 129-130.

²⁰⁸ FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 126.

²⁰⁹ En este sentido, BACIGALUPO, *Anuario de Derechos Humanos (1983)* 2, p. 24; RODRÍGUEZ DE VESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, p. 257; ROSS, *Sobre el derecho*, p. 144; LARENZ, *Metodología*, pp. 350-351; KAUFMANN, Art., *Analogie*, pp. 4, 68, quien, como es sabido, niega cualquier distinción entre analogía e interpretación, pero agrega que para los casos de la interpretación extensiva contra reo, debería exigirse una fundamentación especial.

²¹⁰ Señala FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 124 y ss., que se ensayaron diversos criterios entre los juristas para distinguir ambas figuras, acudiendo a criterios normativos, funcionales y relativos al ámbito, a la prioridad y a los presupuestos.

²¹¹ En este sentido, MAURACH/ZIPE, *AT*³, I, § 9, n.m. 8, p. 111; Schönke/Schröder²⁷-ESER, § 1, n.m. 55; HASSEMER, *Tatbestand*, p. 164; JOST, en *Revue Penale Suisse (1950)*, p. 365; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, pp. 67-68; MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 42, pp. 124-125; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley*, pp. 121-122; EL MISMO, *Tratado*, II, pp. 471-472; SALGUERO, *Argumentación*, p. 220; GUASTINI, *Estudios*⁵, pp. 106 y ss., agregando, no obstante, que la jurisprudencia italiana se empeña en mantener una distinción cualitativa; ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 184; EL MISMO, en *Doxa (1985)* 2, p. 227, quien incluso considera que la interpretación extensiva debería también estar proscripta en Derecho penal, porque el límite con la analogía no llega a ser claro; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 129.

²¹² En este sentido, FORIERS, citado por LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense (1983)* 69, p. 22.

²¹³ Para una interesante visión panorámica sobre el estado de la discusión jurídico-penal referida a la distinción entre interpretación extensiva y analogía en España, Italia, Alemania, Polonia, Bélgica, los Países Bajos, etc., ver por todos, LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense (1983)* 69, pp. 32-34.

²¹⁴ Sobre los diversos sentidos de interpretación extensiva reconocidos en la doctrina hasta los años 70', cfr. DANCKERT, *Die Grenzen*, pp. 68 y ss.

²¹⁵ Destacando lo confusa (hasta contradictoria) que resulta la conceptualización de la interpretación extensiva en la literatura jurídico-penal, cfr. DANCKERT, *Die Grenzen*, p. 68.

²¹⁶ Creo que por ello se señala, no sin razón, que el recurso de los penalistas a la interpretación extensiva es un medio para eludir la prohibición de la analogía, cfr. DANCKERT, *Die Grenzen*, p. 142; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 208.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Es posible, al menos, toparnos en los análisis sobre el tema con dos significados diferentes de la interpretación extensiva. Para algunos autores, la interpretación extensiva constituye la herramienta por la cual el intérprete busca salvar las inconsistencias axiológicas que se derivan de aplicar llanamente el tenor literal²¹⁷. Ésta podría denominarse *concepción moderna de la interpretación extensiva*.

Pese a que la letra de la ley puede estar redactada en términos claros y precisos, el tenor literal debería ser modificado para que concuerde con el espíritu o finalidad de la ley²¹⁸. En estos casos se apelaría al “espíritu de la ley” o a la “razón subyacente” y, mediante ella, podrían salvarse estas inconsistencias. La norma en cuestión, a partir de su tenor literal, abarcaría menos casos de los que debería, según su finalidad o *telos*. En otras palabras, la ley habría dicho menos de lo que exigía su finalidad que expresara. Concebida la interpretación extensiva en tales términos, se buscaría dar cuenta de situaciones en las cuales el tenor literal es corregido por las “razones subyacentes” o por el “espíritu de la ley”²¹⁹. Hablando en estos términos de interpretación extensiva parecen no existir mayores diferencias entre este tipo de interpretación y las conocidas ampliaciones teleológicas^{220/221}. A su vez, habría cierta coincidencia con la noción de interpretación teleológica²²².

Sin embargo, si se afirma que la interpretación extensiva corrige el tenor literal gracias a principios subyacentes, estamos admitiendo que ya no estamos hablando de interpretación²²³. Ello es así al menos según la creencia tradicional respecto a los límites de la interpretación²²⁴. La corrección tendría lugar por medio de elementos externos a la norma. Utilizando otros términos: sabemos cuál es el significado de la norma pero creemos que el mismo debe ser corregido. Que estemos o no ante una aplicación analógica de la ley puede discutirse, pero lo que queda claro es que no se trata de interpretar²²⁵. Por tal razón se explica que muchos hayan señalado que no hay distinción entre analogía e interpretación extensiva. Entendiéndose la interpretación extensiva en estos términos, es contradictorio rotularla con el nombre de interpretación, dado que estaríamos en el terreno de la integración o desarrollo del Derecho²²⁶.

Una segunda manera de entender la interpretación extensiva mantiene cierta proximidad con la anterior, pero incorpora el “espíritu de la ley” o la “razón subyacente” al tenor literal²²⁷. Ello lleva a que en esta segunda versión de la interpretación extensiva los nuevos casos a los que se extiende la norma estarían abarcados por el tenor literal, dado que en éste se incluye la razón subyacente y así se

²¹⁷ En este sentido, BAUMANN/WEBER/MTSICH, *AT*¹, § 9, n.m. 64, p. 151; WELZEL, *Das deutsche*¹¹, p. 22; FUCHS, *AT*, 4. Cap., n.m. 16, p. 33; JOST, en *Revue Penale Suisse (1950)*, pp. 362; ROSS, *Sobre el Derecho*, p. 144; GUASTINI, *Estudios*⁵, pp. 31-32; LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos*, pp. 237-238; LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense (1983)* 69, p. 22.

²¹⁸ FUCHS, *AT*, 4. Cap., n.m. 16, p. 33; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², p. 300. Según entiendo, defendería también esta concepción de la interpretación teleológica, KUDLICH, en *ZStW (2003)* 115, pp. 10 y ss.

²¹⁹ SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 58-59.

²²⁰ Si además se entiende que la interpretación también puede ser restrictiva, se observa que existe en este último caso una coincidencia con las denominadas reducciones teleológicas.

²²¹ Así, RÖHL, *Allgemeine*², § 76, p. 602.

²²² La coincidencia que en este sentido habría entre la interpretación extensiva y la interpretación teleológica muestra también la poca claridad que reina en este punto. Entendiendo que existe una diferencia sólo gradual entre analogía e interpretación teleológica, KAUFMANN, Art., *Analogie*, p. 40. Mostrando las dificultades que se presentan en este caso para mantener la prohibición de analogía en Derecho penal y la división de poderes, RÖHL, *Allgemeine*², § 76, p. 613.

²²³ Destacando ello también, JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 158; LARENZ, *Metodología*, p. 330; SIMON, *Gesetzesauslegung*, p. 58; KLATT, *Theorie*, p. 279, tratándose de un caso de transgresión del *konsequentielle Festlegungsgrenze*.

²²⁴ Entiendo que esta comprensión de la interpretación extensiva presupone que la ley posee un sólo significado proporcionado por el tenor literal, sin tomar en consideración la voluntad del legislador o el fin de la norma. Por esta razón, el proceso interpretativo no quedaría cerrado al hallarse el significado de los términos de la norma, sino que sería preciso además ofrecer una adecuación con el fin de la norma o la voluntad legislativa. Respecto a otros problemas derivados de esta visión del proceso interpretativo, con ejemplos de la jurisprudencia del BGH, cfr. SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 57 y ss.

²²⁵ Entienden que aquí estaríamos frente a casos de aplicación analógica, RÖHL, *Allgemeine*², § 76, p. 602; RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 904, p. 567.

²²⁶ Una contradicción de este tipo puede observarse, por ejemplo, en FREUND, *AT*, § 1, nn.mm. 28, 31, pp. 13, 14-15. En un primer momento, defiende el papel limitador que supone el tenor literal, incluso cuando podamos estar en desacuerdo con el legislador. Para este último caso, entiende el autor que no podría el juez modificar el Derecho, quedando como única escapatoria la modificación legislativa de la ley. Sólo un par de párrafos más adelante sostiene que «[I]o que un determinado hecho punible es, no puede ser “fijado” mediante una derivación según el tenor literal (deducción) y una subordinación lógico-conceptual (subsunción)». Para la determinación de lo que efectivamente constituye un hecho punible debería considerarse la teleología de la norma, representada por el bien jurídico protegido. Por otra parte, esta última afirmación evidencia una confusión entre la determinación del significado de una norma jurídica y las consecuencias lógicas que *necesariamente* se derivan de ello.

²²⁷ Entendiendo en este sentido la interpretación extensiva, CEREZO MIR, *PG*³, I, pp. 170-171.

amplía el ámbito del tenor literal²²⁸. Esta segunda visión se corresponde con la *concepción clásica de la interpretación extensiva*²²⁹. En cierto modo, esto podría llegar a ser visto como una incorporación de la dimensión pragmática del significado. Si bien esta incorporación puede sonarnos *prima facie* acertada, llegamos a puntos en los cuales las conclusiones son abiertamente implausibles.

En toda norma jurídica, según esta tesis, aparecerían casos que son previstos *expresamente* por la ley y otros que están *implícitamente* previstos por ella. La disposición normativa incluiría casos que surgen con evidencia del tenor literal (*casos expresos*), pero que, una vez interrogada la norma, haría ella aparecer casos nuevos que estarían comprendidos sólo implícitamente (*casos implícitos*)²³⁰. De alguna manera, late la idea de que la ley tiene diversos significados y se opta por el más extenso a partir de considerar la finalidad de la norma o su *ratio*. Ello viene a coincidir con lo que algún sector doctrinal concibe como *interpretación lata*²³¹. Esta visión que acepta la existencia de varios significados es desde luego compartida aquí, pero lo que presenta muchas dudas es la posibilidad de hablar de *casos explícitos* y de *casos implícitos*.

Si la interpretación extensiva tiene el sentido que esta segunda postura parece reconocerle, indudablemente nos estaríamos moviendo en el terreno de la solución de problemas semánticos y pragmáticos del significado de la norma. En consecuencia, sería posible hablar de que existe una diferencia entre interpretación extensiva y analogía. Pese a ello, me cuesta imaginar que una norma jurídica contenga casos explícitos y casos implícitos, apareciendo estos últimos tras considerar la “razón subyacente” o el “espíritu de la ley”.

Con todo, me parece insostenible mantener un concepto de interpretación extensiva de esta clase. En todo caso, una norma general que correlaciona un caso genérico con una solución normativa resuelve todos los casos individuales²³². Pero creo que difícilmente pueda advertirse la existencia *prima facie* de un determinado número de casos individuales, que luego se ven acompañados por otros nuevos que *latían* tras la norma.

Pero a la crítica debe sumarse un punto más, que no es para nada irrelevante. Frente a toda aplicación de la ley, el juez debe interpretar la ley y justamente lo que él hace aquí es hallar el significado que tiene la norma. La interpretación apunta a ello, pero siempre nos encontramos con enormes dificultades para comprender el recto significado de la ley. La identificación de los *casos expresos* conlleva algunas dificultades en este sentido, con lo que también se dificultaría enormemente descubrir aquellos casos que luego deberían aparecer como *casos implícitos*, dado que, de alguna manera, dependerían de los primeros.

En resumen, entiendo que con la inclusión de nociones del tipo de interpretación extensiva y interpretación restrictiva lo único que se gana es potenciar el caos que ya de por sí reina en la discusión. Parecería por tanto más saludable rechazar la posibilidad de hablar de una interpretación *extensiva*²³³.

²²⁸ Próximo a esta concepción, KREY, *Studien*, p. 241, para quien el límite de la interpretación se conforma por el sentido literal de la ley y las decisiones valorativas jurídico-políticas que subyacen a la ley.

²²⁹ Ofrecen un buen ejemplo de ello, ZERNIK, *Begriff*, p. 10; DAHLEN, *Analogie*, p. 31; EICK, *Die Analogie*, p. 23. Más recientemente ha bregado por esta concepción de la interpretación extensiva, MAURACH/ZIPF, *AT*², I, § 9, n.m. 7, p. 111.

²³⁰ Concibiendo la interpretación extensiva en este sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley*, p. 122; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*⁵, pp. 163-164; GUAISTINI, *Estudios*⁵, p. 105; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², p. 300, “más que extender la norma a casos no contemplados, lo que hace es poner de manifiesto los que ya estaban virtualmente contenidos en ella”. Según interpreta ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 60, ésta postura habría sido defendida por BOBBIO en 1957.

²³¹ LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos*, pp. 238-239, considerando que debe considerarse como conceptos distintos la interpretación extensiva y la interpretación lata. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², pp. 298-300, ofrece un interesante modo de conciliar estos distintos modos de comprender a la interpretación extensiva. Según su opinión la interpretación según sus efectos se clasifica en *declarativa, restrictiva, y extensiva*. La primera de ellas es la interpretación que explica el contenido de la norma y puesto que no siempre éste tiene un único sentido, el intérprete debe señalar cuál es el procedente. En tal caso, el intérprete puede optar por un significado *estricto* o *lato* de las palabras. Justamente la interpretación lata exterioriza casos que sólo implícitamente eran abarcados por el tenor de la norma. En cambio, la interpretación *restrictiva* y la interpretación *extensiva* son, en realidad, una corrección o rectificación de los casos abarcados por el tenor literal de la norma. Con todo, cae de maduro que la corrección de este tipo que pretende operar sobre el tenor literal está muy lejos de seguir enmarcado dentro del terreno de la interpretación y nos adentramos en el terreno de la integración del Derecho. Recogiendo también los conceptos de interpretación *lata* y *estricta*, FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 123.

²³² ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 59.

²³³ Rechazando también la posibilidad de concebir la existencia de la interpretación extensiva y restrictiva, DANCKERT, *Die Grenzen*, pp. 76-77; JESCHECK/WEIGEND, *AT*², p. 158; TRIFFTERER, *AT*², Cap. 2, n.m. 32, p. 27. Rechazando la interpretación aunque por razones garantísticas, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, p. 192.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

3. Otra categoría que ha sido un verdadero rompecabezas para quienes han pretendido zanjar en términos relativamente claros la frontera que separa la analogía de la interpretación lo constituye la *interpretación analógica*. El alcance conceptual de este tipo de interpretación ha sido empleado en los sentidos más dispares. En algunos casos se utiliza esta denominación como sinónimo de analogía²³⁴. Aunque tampoco faltan oportunidades en las que se alude con el término “interpretación analógica” a un razonamiento derivado de una particular cláusula reconocida por el legislador²³⁵. También es considerada como una clase de interpretación, idéntica a la interpretación extensiva²³⁶ o a la interpretación sistemática^{237/238}. Pero, de todas las posibles acepciones del término, la que especialmente me interesa aquí es la seguida en el Derecho penal desde tiempos de JIMÉNEZ DE ASÚA.

Dicha categoría debe su paternidad precisamente a JIMÉNEZ DE ASÚA²³⁹. Corría el año 1937, cuando destacó el concepto de “interpretación analógica” con motivo del Congreso Internacional de Derecho penal celebrado en París²⁴⁰. Desde entonces ha tenido una amplia acogida en la manualística, especialmente para teorizar sobre la atenuante de análoga significación²⁴¹. Sin perjuicio de ello, este concepto fue empleado con posterioridad por otros autores²⁴², para aludir incluso a tipos de la Parte especial que poseían alguna cláusula general que aludía a vías o medios análogos a los expresamente previstos por el legislador^{243/244}.

El significado del término *interpretación analógica* sólo tiene sentido si se mantiene un punto de vista en relación a la legalidad, que coincide en amplios aspectos con los diseños del legalismo clásico. Cabe recordar que, conforme a esta versión del legalismo, el fundamento principal de la proscripción de la analogía *in malam partem* y la analogía *in bonam partem*, se remontan a la necesidad de garantizar la certeza jurídica, mediante el respaldo irrestricto a la ley. Sin perjuicio de que ambas figuras pudiesen afectar además derechos fundamentales, pondrían en entredicho el ideal de certeza jurídica ansiado por la ley. Del mismo modo, atentaría contra la división de poderes. Pese a ello, sería necesario admitir que el legislador consideraría posible recurrir a estos instrumentos argumentativos y, en tal caso, concedería un permiso expreso al juez. Aquí “la propia ley quiere que se completen sus preceptos por analogía”²⁴⁵ y por ello se habla de una interpretación analógica²⁴⁶.

En tales supuestos el legislador es plenamente conciente de las dificultades que existen para formular una ley capaz de prever todos los casos futuros. Por este motivo acude en ayuda de cláusulas legales que habiliten la incorporación de supuestos de hecho análogos a los expresamente reconocidos por la norma²⁴⁷. De ahí que el legislador agregue que, respecto de las atenuantes, podrán ser aplicadas

²³⁴ En la doctrina, éste parece ser el caso de ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 197; JAÉN VALLEJO, *Principios*, pp. 32-33. El mismo sentido le asigna la jurisprudencia, “...una interpretación analógica «in malam partem» no acorde con el contenido del derecho fundamental ejercitado y que por ello ha de merecer el amparo de este Tribunal Constitucional”, STC núm. 196/2002, Sala Segunda, de 28 octubre. Igualmente, STC núm. 67/1998, Pleno, de 18 marzo, “el art. 25.1 CE, proscribire las interpretaciones analógicas in malam partem de los tipos penales, así como su aplicación extensiva a conductas no previstas expresamente en aquéllos, al tiempo de ser cometidas”; STC núm. 34/1996, Sala Segunda, de 11 marzo “por haberse acudido a la analogía para la interpretación del tipo penal descrito en el art. 497 bis del Código Penal”; “interpretación analógica de carácter extensivo”, STS nº 1504/2003, Sala de lo Penal, de 25 febrero.

²³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 525; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*³, pp. 149-150.

²³⁶ Por ejemplo, ROSS, *Sobre el derecho*, p. 144 y LARENZ, *Metodología*, pp. 350-351.

²³⁷ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante*, p. 54.

²³⁸ Podría entenderse también como interpretación analógica, aquella interpretación que “se presenta cuando, para solucionar las dudas sobre el alcance de una norma penal, acudimos a la comparación con normas que regulan supuestos similares. El resultado de dicha interpretación analógica no puede estar nunca en contradicción con el sentido literal posible”, cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 66.

²³⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 525.

²⁴⁰ Haciendo incluso gala del linaje del término “interpretación analógica” señala JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 525, “[n]os enorgullece que se cite ahora abundantemente, y acaso nos place aun más que se haga sin recordar al autor, pues con ello se demuestra lo certero de nuestras observaciones, ya que otros pretenden hacerlas pasar como suyas”.

²⁴¹ Cfr. GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 147.

²⁴² Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*³, p. 149.

²⁴³ Rechazando la posibilidad de acudir a la interpretación analógica *in malam partem*, GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 148.

²⁴⁴ Denunciando los inconvenientes que trae el empleo de la expresión “interpretación analógica” para caracterizar estos supuestos, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante*, pp. 51 y ss.

²⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 525. Ello asemeja la interpretación analógica a lo que la doctrina entiende como remisión normativa, cfr. FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 159 y ss. Entendiendo que aquí estamos frente a de casos de analogía, Schönke/Schröder²⁷-ESER, § 1, n.m. 29.

²⁴⁶ Estima atinado FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 161-162, denominar también estos casos como *regulación por analogía*.

²⁴⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 525; EL MISMO, *La ley*, p. 140; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*³, p. 164; ORTIS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 21-22; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², pp. 325.

otras análogas a las expresamente reconocidas por la ley (art. 21.6 CP). Igualmente, en relación a los delitos contra el patrimonio histórico, emplea el legislador en el art. 323 CP la referencia a una “*institución análoga*”²⁴⁸. Aquí, el juez estaría acudiendo a la analogía para colmar lagunas —según terminología de JIMÉNEZ DE ASÚA— aun cuando esta analogía tenga por propósito, en algunos supuestos, fundamentar *ex novo* la responsabilidad penal²⁴⁹. Esta postura viene a exacerbar el ideal de certeza jurídica.

Al margen de cuestiones que se conectan directamente con los fundamentos del principio de legalidad, conviene aquí resaltar algunos problemas serios que se plantean. En el caso de ser correcto que el juez acude a la analogía cuando aplica dichas cláusulas a casos análogos, nos encontramos con una primera dificultad al tener que admitir la analogía *in malam partem*²⁵⁰.

Pero, además, pensemos en el caso del juez que acude al art. 21. 6 CP para atenuar la responsabilidad de la persona que se presenta ante las autoridades, con posterioridad a conocer el inicio del proceso. Este último caso es análogo al recogido en el inc. 4 del mismo artículo y por esta razón es aplicable la atenuante analógica. O bien pensemos cuando se castiga, en virtud del art. 323 CP, a quien daña el archivo de la Universidad, por ser ésta una de las *instituciones análogas* requeridas por el tipo. ¿Puede decirse que aquí el juez está creando una norma jurídica por analogía? ¿Está realmente infringiendo el juez la prohibición de analogía?

Aun manteniendo una postura estándar sobre la distinción entre analogía e interpretación, debe decirse que el juez opera dentro del margen que el legislador le otorga²⁵¹. De este modo, no puede decirse que el juez esté haciendo analogía ni tampoco una interpretación absurda. Si, en todo caso, pretendiéramos ver alguna infracción a algún mandato del principio de legalidad, ese sería el mandato de taxatividad²⁵², dirigido al legislador. Sería él quien no habrá respetado debidamente el mandato de taxatividad y no el juez. Como ya bien quedó destacado en el capítulo anterior, ni aun así creo que pueda verse el principio de legalidad infringido. No porque admita la analogía, sino porque no existe aquí ningún recurso a la analógica de la ley. Seguimos moviéndonos en el plano de la interpretación y no de la integración del Derecho penal donde opera la analogía.

Es menester poner de relieve, igualmente, una cuestión teórica de enorme importancia. En los casos en que JIMÉNEZ DE ASÚA emplea el término interpretación analógica y lo entiende como un caso de analogía permitida, en realidad el juez no está creando Derecho²⁵³. El contenido de la sentencia del juez a la hora de recurrir a estas cláusulas se deriva lógicamente de una norma general que aplica. En realidad, según el concepto mantenido por JIMÉNEZ DE ASÚA, el juez se sigue moviendo dentro del margen que le deja el legislador y en tales casos solamente está aplicando deductivamente la norma. Como bien dice su nombre, se trata de una variante de interpretación, por lo que no estamos ante un caso de laguna jurídica que lleve al juez a recurrir a la analogía²⁵⁴. En el análisis seguimos discutiendo cuestiones semánticas en el nivel de las normas y no nos estamos preguntando sobre cómo colmar una laguna axiológica²⁵⁵. Estas cláusulas de remisión o analógicas que caracterizan a la interpretación analógica son, en realidad, un recurso en el que se ampara el legislador por cuestiones, principalmente, de economía legislativa^{256/257}. Sobre la interpretación analógica volveré igualmente en el Capítulo referido a la analogía en las atenuantes de responsabilidad penal.

²⁴⁸ Estima, sin embargo, que frente a estos tipos penales no estaríamos frente a una interpretación analógica, cfr. ORTS BERENGUER, *Atenuante*, p. 22.

²⁴⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 525. En cambio, admitiendo su recurso sólo a favor del reo, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, pp. 164-165.

²⁵⁰ Este motivo es el que le lleva a TRIFFTERER, *AT*², Cap. 2, n.m. 27, p. 25, a considerar que al respecto no rige el principio de legalidad. Igualmente, consideran BOCKELMANN/VOLK, *AT*³, p. 16, que en estos supuestos la analogía *in malam partem* también es posible, como sucedería en los §§ 315 I N° 4 y 315 I N° 3.

²⁵¹ FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 160.

²⁵² Acertadamente, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en *Código Penal*, p. 344; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante*, pp. 51-52.

²⁵³ FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 160.

²⁵⁴ FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 160.

²⁵⁵ FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 159.

²⁵⁶ FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 159; SALGUERO, *Argumentación*, p. 236.

²⁵⁷ Estas razones alegadas explican los motivos de mi rechazo a afirmaciones del siguiente tipo, cfr. ROMEO MALANDA, en *RDPC* (2005) 16, p. 197, “*el legislador penal podrá autorizar la «interpretación analógica», pero en todo caso estará vedada la «analogía en sentido estricto», esto es, cuando el Juez recurre a la analogía por iniciativa propia y no por mandato de la Ley*”. Sería sumamente discutible que la existencia de una cláusula de apoderamiento del legislador —mediante la cual se habilita a acudir en general a la analogía *in bonam partem*— pueda cambiar los rótulos de analogía e interpretación.

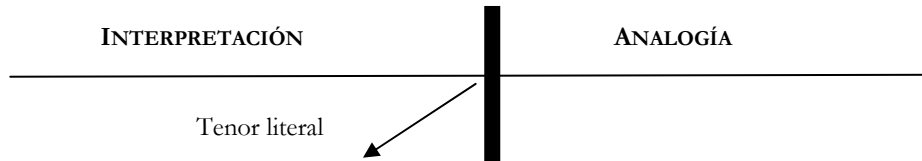
CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* LA METODOLOGÍA

Todas estas razones ponen en evidencia que hablar de *interpretación analógica* en el sentido que lo hace JIMÉNEZ DE ASÚA trae aparejadas numerosas confusiones, del mismo modo que carece de mayor utilidad hablar de una interpretación de este tipo. Al igual que la interpretación extensiva, parece ser más adecuado desechar el concepto de interpretación analógica²⁵⁸.

H ¿QUÉ HAY MÁS ALLÁ DEL TENOR LITERAL?

En este apartado final sobre la interpretación de la ley penal nos centramos en la infracción del tenor literal. Como se ha expuesto al inicio, la doctrina asume de modo mayoritario la tesis según la cual el límite que separa la analogía de la interpretación es el tenor literal de la ley. Esto quiere decir que la analogía tanto *in bonam* como *in malam partem* constituyen casos de infracción del tenor literal. Aquí pretendo defender que la separación estricta entre cuestiones atinentes a la interpretación y a la integración del Derecho, obliga a tomar un rumbo distinto respecto a los casos de superación de la letra de la ley. Puesto que la analogía opera cuando las cuestiones de significado de la norma ya están solucionadas, resulta al menos confuso presentar los casos de analogía como manipulaciones del significado de las normas y, por consiguiente, como infracciones al tenor literal²⁵⁹.

La idea de amojonar la interpretación y la analogía a partir del tenor literal sugiere, en todo caso, la siguiente visualización. El problema sería analizado desde un único plano en el que de un lado nos encontramos con la interpretación y tras el tenor literal sólo cabe la analogía. Este gráfico no distingue los diversos niveles de la interpretación y la integración de la ley penal.



Sin embargo, este gráfico, que sería asumido por la doctrina dominante, yerra al confundir los planos de la interpretación y la integración del Derecho penal, lo cual lleva a desordenar el enfoque del problema²⁶⁰. Ir más allá del tenor literal supondría infringirlo, esto es, alterar el significado de una norma penal. Ello justamente no sucede con la analogía porque aquí no se altera en ningún caso el significado de la norma, sino que opera cuando ya sabemos qué es lo que significa la norma.

En la analogía *in bonam partem* no se pretende incluir un caso genérico afectado por una laguna axiológica en la regulación de una norma, sino que directamente se crea una nueva norma que regula el caso genérico en cuestión. Esto quiere decir que la analogía *in bonam* o *in malam partem* no constituyen una infracción a las reglas de uso de los términos legales. Cuando el juez crea una causa de justificación mediante la analogía, acepta las reglas de uso de los términos legales, de ahí que reconozca que una inconsistencia axiológica habilita el recurso a la analogía. Esto quiere decir que el juez no está queriendo hacer pasar como *posible* una interpretación que no lo es. En la analogía no se pretende incluir en la norma significados que en realidad ésta no admite. El juez no se aparta del significado de las normas legales cuando recurre a la analogía, sino que pretende que la regulación de una norma que *no abarca a los casos genéricos afectados por una laguna* sea extensible a ellos. Esto último no lo logra estirando los términos legales hasta abarcar estos casos, sino creando judicialmente una nueva norma análoga.

Imaginemos una situación en la que no se reconocen efectos atenuantes de responsabilidad penal a las dilaciones indebidas en el proceso, pese a lo cual un juez atenúa la responsabilidad creando una nueva circunstancia atenuante. Cuando el juez, mediante la analogía *in bonam partem*, crea la

²⁵⁸ Opinando en igual sentido, aunque a partir de consideraciones del principio de legalidad, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, p. 256. Con todo, entiende correcto mantener la distinción entre analogía e interpretación analógica, ORTIZ BERENGUER, *Atenuante*, pp. 21-22.

²⁵⁹ Sin embargo, entiende KLATT, *Theorie*, pp. 241 y ss. que la analogía es un caso de infracción del *konditionale Berechtigungsgrenze*.

²⁶⁰ Acertadamente entiende KÖHLER, *AT*, p. 92, que la analogía y la interpretación se ubican en niveles diferentes y por esta razón deben mantenerse separadas.

atenuante por sufrir el acusado dilaciones indebidas en el proceso, no está alterando el significado de las normas del sistema. Tampoco puede decirse que el juez siga incorrectamente las reglas de uso de los términos de la ley. El juez interpreta el art. 21 CP con todos sus incisos y considera que éste no incluye a las dilaciones indebidas y es justamente por ello que reconoce la existencia de una laguna jurídica que debe colmarse mediante la analogía *in bonam partem*. Lo que hace el magistrado es reconocerle efectos atenuantes a las dilaciones indebidas, creando una nueva atenuante a partir de la analogía con el art. 21 CP.

Dicho ya que la analogía no es un caso de infracción del tenor literal, cae también la tesis mayoritaria de que el tenor literal es el límite entre la interpretación y la analogía²⁶¹. La pregunta que queda entonces es la siguiente: *¿qué es entonces lo que limita el tenor literal?* Evidentemente la ley supone en cualquier caso un límite al juez. Éste es un límite que viene establecido por la Constitución en el afán de garantizar la división de poderes, pero también lo es a la hora de indagar por el significado de la ley.

Al analizar las clases de interpretación, sostenía que una de las consecuencias de asumir la existencia de varios significados posibles de la ley era el reconocimiento de interpretaciones que son posibles e interpretaciones que no lo son²⁶². Las interpretaciones posibles son todas aquellas que son admisibles en la comunidad jurídica y que surgen a partir de la posibilidad de contextualizar a la norma en ámbitos diferentes. Además existe un segundo grupo de interpretaciones que deben enfrentarse a estas interpretaciones posibles. Se trata de las interpretaciones *absurdas o arbitrarias*. Así parece que el gráfico anterior, en lugar de hablar de interpretación y de analogía se preferiría que hablara de *interpretaciones posibles* y de *interpretaciones arbitrarias o absurdas*²⁶³.

El concepto de interpretación *absurda o arbitraria* apareció con anterioridad al momento de contraponérselo a las interpretaciones *posibles* y a la interpretación *óptima*. En aquella oportunidad defendía que la interpretación *arbitraria* importaba una infracción al tenor literal porque el intérprete se estaba apartando de las reglas de uso de los términos. La comunidad de hablantes reconoce una serie de reglas que, conforme al contexto, suministran una serie de pautas que rigen la comunicación y que el juez debe explicitar mediante la interpretación. Cuando el juez explicita reglas de usos admitidas en la comunidad discursiva estaremos frente a interpretaciones *posibles*. En las interpretaciones *arbitrarias*, al contrario, el juez pretende explicitar una regla que en verdad no rige o no es admitida en la comunidad jurídica. Estaríamos aquí frente a una situación en la que se pretende hacer pasar por *posible* una interpretación que no lo es. Con ello intenta reforzarse la idea de que la interpretación *arbitraria* supone una manipulación del significado de la norma.

Estaríamos frente a un caso de interpretación absurda o arbitraria cuando el juez interpreta que aquellos tipos penales que hablan de “funcionario público” o que emplean el pronombre “el” en los delitos de homicidio, hurto o robo, sólo castigan el comportamiento de personas del sexo masculino²⁶⁴. Difícilmente pueda encontrarse en la comunidad jurídica alguna interpretación *posible* que acepte esta discriminación y que considere que el legislador debería emplear pronombres o términos que en estos casos aludan expresamente al sexo femenino.

Las interpretaciones *arbitrarias*, a diferencia de la analogía, suponen una utilización de las palabras que puede ser tenida como incorrecta²⁶⁵. Principalmente, estas interpretaciones son actos que siguen reglas del habla que no existen en la comunidad de hablantes y por ello se acaba utilizando palabras cuando no están satisfechas sus condiciones de uso. De allí que puedan verse estas interpretaciones *arbitrarias* como infracciones a lo que KLATT entiende como *konditionale Feststellungsgrenze*²⁶⁶. Este autor concibe que este límite sería transgredido cuando “*un acto de habla se*

²⁶¹ Por esta razón entiendo que no da en el blanco SUPPERT, *Studien*, p. 83, cuando señala que “sobre esta base la «prohibición de la analogía» debería ser descripta terminológicamente de un modo más preciso como: la prohibición de «interpretar» por encima del esbozado tenor literal de la ley”.

²⁶² Próximo a esta idea, KÖHLER, *AT*, p. 93.

²⁶³ Precisamente entiende en términos similares SAX, *Das strafrechtliche*, p. 81, que debe buscarse el establecimiento del “tenor literal irracional posible”, para saber dónde está el límite a la actividad del legislador.

²⁶⁴ Considera SIMON, *Gesetzesauslegung*, p. 55, que esta interpretación debe rechazarse no sólo por arbitraria sino también por puras razones lingüísticas.

²⁶⁵ KÖHLER, *AT*, p. 93.

²⁶⁶ KLATT, *Theorie*, pp. 238-241.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

*encuentra unido con fijaciones de circunstancias que son incompatibles con las fijaciones verdaderas de las expresiones lingüísticas*²⁶⁷.

La posibilidad de hablar de *interpretación arbitraria* y de *analogía* como dos categorías independientes es algo que, implícita o explícitamente, es abonado desde hace tiempo en la jurisprudencia y la doctrina jurídico-penal²⁶⁸. Pese a que las aproximaciones hechas al respecto no han ofrecido la claridad deseada, no puede pasar inadvertido que se alude a dos cosas diferentes. Sólo a partir de esta diferenciación se hace posible comprender las razones que llevan a MAURACH/ZIPF²⁶⁹ a enfatizar que la interpretación arbitraria está completamente prohibida en razón del principio de legalidad, pero no como consecuencia de la prohibición de analogía.

Implícitamente esta idea está presente también en la jurisprudencia del TC. En estas sentencias, el TC pasa por alto la distinción entre los planos anteriores, pero define la analogía *in malam partem* en los mismo términos que aquí se define la interpretación arbitraria. En este contexto señala que

...cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas...²⁷⁰.

La opinión vertida por el TC en esta sentencia deja entrever que llanamente no se diseccionan los planos semánticos y conceptuales/axiológicos que ameritarían la separación entre interpretación e integración del Derecho penal. Ello es aún más palpable cuando se observa que la sentencia alude a la analogía *in malam partem* como un apartamiento craso de los valores constitucionales y de los *criterios interpretativos aceptados por la comunidad jurídica*. Es posible constatar que aquí sigue discutiendo problemas de significado de la norma y no cuestiones de integración del Derecho.

Hasta donde entiendo, cuando el tribunal alude a *aplicación analógica o extensiva in malam partem* está queriendo hacer referencia a los casos que aquí denominamos como de interpretación arbitraria. Cuando el TC defiende que la analogía *in malam partem* importaría la pérdida de razonabilidad por *“el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica”*, está hablando de casos de apartamiento de las reglas de uso de los términos que, según la nomenclatura del trabajo, serían las interpretaciones *arbitrarias*. Entiendo que los criterios o modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica a los que alude la sentencia, podrían verse, sin tergiversaciones, como las interpretaciones *posibles*. Precisamente aquellas otras interpretaciones que se aparten de estos modelos interpretativos serán las interpretaciones *arbitrarias*, sólo que el legislador nombra como analogía *in malam partem*. Esto último me lleva a conjeturar que si el juez hubiera optado por el camino correcto de distinguir entre la interpretación y la integración del Derecho, no habría rotulado a estos supuestos como de analogía.

La separación conceptual entre analogía e interpretación arbitraria tiene una incidencia directa respecto al principio de legalidad. Pese a que sobre ello ya he hecho referencia en el primer capítulo conviene aquí sólo retomar algunas ideas. La analogía sólo estaría prohibida en el Derecho penal cuando se intenten crear o agravar tipos penales, del mismo modo que tampoco podrá recurrirse a la analogía en las excusas absolutorias ni a la analogía *iuris in bonam partem*. En cambio, la interpretación arbitraria deberá estar prohibida en cualquier caso, con independencia de que con ella se busque agravar, atenuar o excluir la responsabilidad penal.

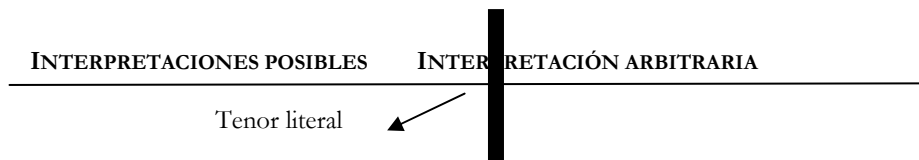
²⁶⁷ KLATT, *Theorie*, p. 238.

²⁶⁸ Pese a no profundar, Schönke/Schröder²⁷-ESER, § 1, n.m. 24, advierte la posibilidad de distinguir de la analogía la *interpretación objetivamente arbitraria*. Del análisis jurisprudencial que hace SIMON, *Gesetzesauslegung*, p. 110, puede seguirse que el BVerG reconoce la prohibición de las interpretaciones arbitrarias, como algo no coincidente con la prohibición de analogía. Hablando de *unzulässig übertriebene extensive Interpretation* en términos similares a los que se defiende aquí la interpretación arbitraria, HASSEMER, *Tatbestand*, pp. 164-165.

²⁶⁹ MAURACH/ZIPF, *AT*², I, § 10, n.m. 16, p. 124.

²⁷⁰ STC núm. 151/2005, Sala Segunda, de 6 junio; STC núm. 163/2004, Sala Segunda, de 4 octubre; STC núm. 229/2003, Pleno, de 18 diciembre; STC núm. 38/2003, Sala Primera, de 27 febrero; STC núm. 170/2002, Sala Segunda, de 30 septiembre; STC núm. 167/2001, Sala Segunda, de 16 julio; STC núm. 123/2001, Sala Segunda, de 4 junio; STC núm. 87/2001, Sala Primera, de 2 abril; STC núm. 278/2000, Sala Segunda, de 27 noviembre; STC núm. 195/2000, Sala Segunda, de 24 julio; STC núm. 42/1999, Sala Segunda, de 22 marzo; STC núm. 189/1998, Sala Segunda, de 28 septiembre; STC núm. 56/1998, Sala Segunda, de 16 marzo; STC núm. 236/1997, Sala Segunda, de 22 diciembre. En un sentido similar, BGH, NJW 8/2007, pp. 524-525.

A partir del énfasis puesto en las distinciones entre la analogía y la interpretación arbitraria y entre esta última y las interpretaciones posibles, es posible rediseñar el cuadro con el que iniciamos este apartado. El primer gráfico representaba la opinión dominante respecto a los campos conceptuales que separaba el tenor literal. Ahora, una vez que se ha insistido en los diversos planos en los que opera la analogía y la interpretación, puede entenderse que el gráfico quedaría mejor diseñado del siguiente modo:



V ¿ES LA ANALOGÍA FUENTE DEL DERECHO?: SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO POR ANALOGÍA Y LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS

A PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En la manualística jurídico-penal suele confundirse muy a menudo el recurso a la analogía con el concepto de fuente jurídica. Más allá de expresar su disconformidad o no respecto a su admisión en el Derecho penal, estos enfoques coinciden en señalar que la analogía es una de las fuentes del Derecho²⁷¹. Sin embargo, creo que aquí entran en juego dos cuestiones que conviene distinguir: por una parte, el aspecto procedimental de la analogía y, por el otro, el estrictamente material, que involucra a los principios y a las reglas. En realidad, ello se vincula con la distinción entre el procedimiento argumentativo que puede utilizar el juez para resolver un caso —la analogía— y el material normativo que aquél utiliza para crear la norma por analogía —los principios y las reglas—.

La noción de fuente del Derecho penal se vincula directamente con el material normativo que habilita al juez a castigar, a excluir y a atenuar el castigo en determinados casos²⁷². De allí que se diga que la ley en sentido estricto es la fuente principal del Derecho penal, de manera que sólo se admiten fuentes deliberadas²⁷³. Si uno además considera que dos de los deberes principales que rigen la actividad de los jueces son los de juzgar y de fundar sus decisiones en Derecho, parece obvia la importancia que desempeñan las fuentes del Derecho penal que reconozcamos.

La decisión del juez deberá estar basada en las fuentes que el Derecho penal reconozca como válidas. En la determinación de tales fuentes juega un papel destacado, como ya hemos podido ver, el principio de legalidad. Sobre ello no volveré, aunque sí me interesa aquí reiterar que no podría jamás ponerse en duda la necesidad de considerar como la fuente principal del Derecho penal a la ley. Con todo, no puede menospreciarse el papel que desempeñan otras fuentes, como sucede, en especial, con la jurisprudencia.

Cuando el juez, frente a un caso de laguna axiológica o normativa, pone una nueva norma en el sistema por medio de la analogía, lo que constituye fuente de Derecho no es la analogía²⁷⁴, sino la decisión del juez. En otras palabras, estaríamos reconociendo a la jurisprudencia el carácter de fuente del Derecho penal y no a la analogía²⁷⁵. La analogía sólo constituye el procedimiento argumentativo al

²⁷¹ MAURACH/ZIPF, *AT*⁸, I, § 8, n.m. 34; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley*, pp. 89-90; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*⁵, pp. 164 y ss.; FLORES PÉREZ, en *Vinculación del juez a la ley*, p. 60; LASCANO (H), en *AAVV, Derecho penal*, pp. 150 y ss.

²⁷² Entendiendo en otros términos el concepto de fuente del Derecho, AGUILÓ REGLA, *Teoría general*, p. 51, para quien serían “los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas”.

²⁷³ Sobre esto último, NINO, *Introducción*, pp. 148-149.

²⁷⁴ Señalando acertadamente que la analogía no es fuente del Derecho, ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 183; EL MISMO, en *Doxa (1985) 2*, pp. 226-227; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 61, 143-144; SALGUERO, *Argumentación*, p. 178.

²⁷⁵ Así, KÖHLER, *AT*, p. 94. Niegan, sin embargo, que el producto de la analogía sea la jurisprudencia y concluyen que lo es el principio general creado a través de la analogía, ATIENZA, *Sobre la analogía*, pp. 184-185; EL MISMO, en *Doxa (1985) 2*, p. 228; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 61-62, 84, cree que ello sucede así en relación con la analogía *iuris*, mientras que en la

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

que recurre el juez para crear la nueva norma. Una vez que el juez ha hallado la identidad de razón entre el caso no regulado (o deficientemente regulado) con una norma análoga o con un elenco de normas análogas, recién ahí procede a incorporar al sistema una nueva disposición jurídica.

No cabe dudar que el proceso creativo en el que incursiona el juez al incorporar una nueva norma al sistema está guiado por elementos normativos que componen el sistema. Precisamente, el resultado del proceso por analogía es una norma de origen jurisprudencial que se ve sustentada por las reglas o normas jurídicas y los principios jurídicos²⁷⁶. Incluso considerando el modo en que tales materiales normativos intervienen en el razonamiento por analogía, podría señalarse que éste sería el procedimiento discursivo, mientras que los principios y las reglas o las normas jurídicas serían el material necesario de la analogía²⁷⁷.

La manera de funcionar del argumento por analogía varía significativamente de acuerdo al material normativo empleado, el cual se liga directamente con su nivel de abstracción. Si consideramos sólo aproximativamente el concepto de analogía *legis*, observaremos que el juez acudirá primeramente a la *ratio legis* de la norma que se pretende extender analógicamente. Si bien reina el más absoluto caos en la discusión sobre la naturaleza de la *ratio legis*, como veremos más adelante, entiendo que estamos ante un principio implícito que fundamenta a la norma. Vemos, entonces, cómo aquí desempeñan un papel importante los principios jurídicos respecto a la analogía *legis*. Sin embargo, cuando el juez crea finalmente la norma que soluciona el caso, lo hace tomando como molde a la regla *analogada* —léase la norma jurídica análoga— y no sólo su principio subyacente o *ratio legis*²⁷⁸. En resumen, en la analogía *legis* los principios ayudan a determinar la razón de identidad, mientras que se opera principalmente con la regla jurídica a la hora de crear la nueva regla jurídica²⁷⁹.

Sucede algo ciertamente distinto cuando de lo que se trata es de analizar la analogía *institutionis* o la analogía *iuris*²⁸⁰. A diferencia de lo que sucedía en la analogía *legis*, en este punto los principios cumplen un rol mucho más destacado. Además de servir en el hallazgo de la similitud o analogía entre el caso genérico que padece la laguna y las normas que se toman como referencia, tendrá una mayor fuerza al momento en que el juez crea la regla. El juez no traslada la consecuencia jurídica de una norma concreta al caso genérico en cuestión. Antes bien, traslada al caso genérico la consecuencia jurídica que la institución en cuestión reconoce a cada una de sus reglas (analogía *institutionis*), o bien las posibles consecuencias jurídicas reconocidas por todo el ordenamiento jurídico (analogía *iuris*). Pero estos principios institucionales o principios generales del Derecho no son aplicados directamente por el juez²⁸¹. En otras palabras: no se trata de una aplicación de principios, que diluya la distinción entre los conceptos de analogía y aplicación de principios. Lo que debe identificarse como fuente de Derecho en este caso es la decisión del juez, la jurisprudencia.

Al respecto, no es posible encontrar en la doctrina distinciones claras entre el recurso a la analogía *iuris* y el recurso a principios. Ello lleva a que muchos se muestren proclives a entender que,

analogía *legis* el resultado sería una *máxima de decisión*; DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*¹¹, p. 181; SALGUERO, *Argumentación*, pp. 59-60. Incluso llegando a sostener que la proposición integradora de la laguna ya se encontraba implícita en el ordenamiento jurídico y el juez sólo la reconoce, FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 84-85. Expresamente en contra de esta última tesis, RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 824, p. 527.

²⁷⁶ Se trataría no de una norma que regula el caso individual, sino de una norma que regula el caso genérico afectado por la laguna, cfr. RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 880, p. 556.

²⁷⁷ En términos similares, ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 185; EL MISMO, en *Doxa (1985) 2*, p. 228; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, p. 32; SALGUERO, *Argumentación*, p. 178; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 141-142.

²⁷⁸ De otra opinión, ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 185; EL MISMO, en *Doxa (1985) 2*, p. 228.

²⁷⁹ Al respecto volveremos más adelante, al analizar los requisitos y los pasos de la analogía *legis*.

²⁸⁰ Sin embargo, estima que la distinción entre analogía *legis* y *iuris* sería gradual, GUASTINI, *Estudios*⁵, p. 98.

²⁸¹ Considerando, en cambio, que se aplican aquí directamente principios, ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 185; EL MISMO, en *Doxa (1985) 2*, p. 228; SALGUERO, *Argumentación*, pp. 172 y ss.

en realidad, se trata del mismo método jurídico^{282/283}. Sin embargo, entiendo que pueden establecerse, al menos, un par de razones que nos llevan a creer en la conveniencia de distinguir entre ambos²⁸⁴.

En primer lugar, creo que ambos procedimientos trabajan con un material normativo diferente. Hasta donde entiendo, la analogía *iuris* y la analogía *institutionis* son mecanismos que, además de colmar lagunas, sirven para identificar una serie de principios que ni el legislador ni el constituyente hicieron explícitos en el acto legislativo. En este sentido, creo que con la analogía *iuris* estaríamos accediendo a los principios *implícitos* que sustentan las instituciones jurídicas y el ordenamiento jurídico. Incluso, una vez que tales principios son reconocidos por el intérprete, no son aplicados directamente sino que servirán de guía principal a la decisión del juez, la cual será, en última instancia, la fuente del Derecho²⁸⁵.

En cambio, creo que cuando hablamos de recurso a principios, lo que en definitiva hacemos es trabajar con principios *explícitos*. Aquí el legislador o el constituyente ya han puesto en el sistema un principio a partir de su enunciación explícita, de modo que el juez sólo se limitará a aplicarlo al caso. En relación a la aplicación no haría falta este procedimiento previo para identificar los principios²⁸⁶.

Según lo anterior, este primer criterio que distingue la analogía *iuris* o *institutionis* del recurso a principios es la naturaleza del principio con el que se trabaja en uno y otro caso. En las anteriores clases de analogía se opera con principios *implícitos*, mientras que en la aplicación de principios, con principios *explícitos*.

B EL MATERIAL NORMATIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO POR ANALOGÍA: DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

1 Líneas generales de la discusión en la Teoría del Derecho

1. La importancia de las reglas y de los principios jurídicos en la analogía *in bonam partem* parece ser algo que queda fuera de toda duda. Ello no sólo se predica a la hora de establecer la semejanza entre los casos genéricos, sino también cuando se trata de fundamentar la norma que crea el juez. Precisamente, la discusión sobre el papel de los principios y de las reglas se enmarca en uno de los principales temas de la Teoría del Derecho de tradición anglo-americana de los últimos treinta años. Los debates no giran solamente en torno al papel que estas piezas del Derecho desempeñan en el sistema jurídico. Principalmente, cobran una significativa importancia en la labor judicial, tanto en la aplicación, en la justificación, como en la creación del Derecho.

Por lo demás, tal discusión se halla muy lejos de descansar en aguas calmas. Las dificultades de demarcar con claridad los principios y las reglas obedecen, entre muchas otras razones, a las numerosas clases de principios con estructuras heterogéneas²⁸⁷. Por tal motivo, sería una muestra de

²⁸² ATIENZA, *Sobre la analogía*, pp. 184-185; EL MISMO, en *Doxa* (1985) 2, p. 228; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Ilícitos*, p. 28; MORESO, *Lógica*, p. 158; GUASTINI, *Estudios*, pp. 97-98. Según la opinión de LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense* (1983) 69, pp. 34-35, sería ésta la opinión de la jurisprudencia administrativa en Alemania. Interpretando que DWORKIN asimilaría el recurso a principios con la analogía *iuris*, BREWER, en *Harvard Law Review* (1996), p. 960.

²⁸³ Es posible conjeturar que la asimilación entre ambos métodos de integración del Derecho se remonta al origen histórico de la analogía *iuris*. Se advierte que entre los siglos XVII y XVIII la analogía *iuris* representaba la unidad y racionalidad de la legislación y, precisamente, los principios generales del Derecho se justificaban a partir de esta racionalidad y unidad. Ver por todos, SALGUERO, *Argumentación*, p. 80.

²⁸⁴ Consideran que existe diferencia entre el recurso a los principios y la analogía *iuris*, FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 139 y ss., quien señala que en la analogía *iuris* se comprenden los principios inducidos de normas positivas, mientras que en la aplicación de principios se incluyen también los principios del Derecho natural, extrapositivos o extraestatales; abogando por la diferencia en iguales términos, SALGUERO, *Argumentación*, p. 178; LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense* (1983) 69, p. 26. Implícitamente reconoce la distinción en la integración de lagunas que afectan causas de exculpación, LÜCKE, en *JR* (1975) 2, p. 58.

²⁸⁵ En igual sentido, GUASTINI, *Distinguendo*, p. 165, para quien los principios no son idóneos para ofrecer la solución de controversias específicas, dado que requerirían concretización.

²⁸⁶ Centrando asimismo la distinción entre analogía *iuris* y recurso a principios en la clase de principios que se emplean en uno y otro método, aunque en términos algo distintos, SALGUERO, *Argumentación*, p. 178; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 140.

²⁸⁷ GUASTINI, *Distinguendo*, pp. 144-145.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

ingenuidad pretender aquí analizar con profundidad los carriles por los que transita tal discusión. Más bien, podemos conformarnos con trasladar algunos de sus aspectos más relevantes y ver el provecho que pueden tener en el Derecho penal.

2. Según entienden algunos autores²⁸⁸, la discusión contemporánea sobre los principios jurídicos se inaugura a finales de los años 60 con un conocido artículo de DWORKIN que lleva por nombre “¿Es el Derecho un sistema de reglas?”. Ello no quiere significar que sea con este artículo cuando comienza a hablarse sobre el papel de los principios jurídicos en la Teoría del Derecho. Muy al contrario, no pueden olvidarse los aportes que, con anterioridad, hicieron teóricos como LARENZ, SAUER y, principalmente, ESSER^{289/290}. No obstante, la peculiaridad de la contribución de DWORKIN es que, a partir de la distinción entre reglas y principios, pretende poner en evidencia algunos de los problemas que presentaría el positivismo *hartiano*. Desde esta perspectiva, el reconocimiento de los principios y su modo de operar afectarían diversos campos de la Teoría jurídica: desde la capacidad de la regla de reconocimiento de admitirlos, hasta su implementación en la tarea judicial²⁹¹.

Desde entonces aparecieron en la discusión teórico-jurídica diversos criterios destinados a distanciar las reglas de los principios. Resulta ser ciertamente difícil sistematizar todos estos criterios esbozados, más aun cuando no parece ni siquiera posible reducir las posturas a tesis favorables a una distinción estructural o a una meramente gradual²⁹². Con todo, conviene enumerar de modo ejemplificativo algunos de los criterios distintivos que pueden aparecer en la bibliografía:

- Para algunos autores la distinción entre principios y reglas estriba principalmente en la mayor abstracción o vaguedad de los primeros²⁹³. En todo caso, los principios serían una derivación lógica de las propias reglas puestas en el sistema²⁹⁴ o bien, las reglas serían una concreción de tales principios²⁹⁵.
- También es posible identificar posturas que ciñen la distinción a la estructura de las reglas y de los principios. Los principios, a diferencia de las reglas, carecerían de condiciones de aplicación o éstas se encontrarían indeterminadas²⁹⁶. En cambio, en las reglas tanto las condiciones de aplicación como las consecuencias jurídicas estarían determinadas. Incluso dentro de esta tesis, para quienes entienden toda norma jurídica como un caso genérico correlacionado con una solución jurídica²⁹⁷ algunos principios podrían llegar a tener una condición de aplicabilidad abiertamente enunciada y carecer de solución jurídica²⁹⁸.
- Otros prefieren sentar la diferencia a partir de concebir las normas jurídicas (reglas y principios) como razones para la acción. Según ello, las reglas serían razones suficientes para actuar y para excluir el juicio de sus destinatarios sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción exigida, esto es, razones que

²⁸⁸ ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, p. 1; RUIZ MANERO, en *El derecho y la justicia*, p. 149.

²⁸⁹ ESSER, *Principio*, pp. 113 y ss.

²⁹⁰ RUIZ MANERO, en *El derecho y la justicia*, pp. 150-151.

²⁹¹ ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, p. 1; RUIZ MANERO, en *El derecho y la justicia*, p. 149.

²⁹² A favor de una distinción esencial entre reglas y principios, DWORKIN, *El modelo (I)*, en EL MISMO, *Los derechos en serio*, pp. 74-75, para quien la distinción sería *lógica*, esto es *funcional o estructural*; ALEXY, *Teoría de los derechos*, pp. 83 y ss.; ZAGREBELSKY, *El Derecho*, pp. 110 y ss. A favor, en cambio, de una diferencia gradual, HART, en *La decisión judicial*, p. 119; ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 129; ALONSO, *Interpretación*, p. 181; YACOBUCCI, *El sentido*, pp. 358-359.

²⁹³ Así, YACOBUCCI, *El sentido*, p. 358-359. Abiertamente en contra de esta tesis, GUASTINI, *Distinguiendo*, pp. 146-147; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, p. 3.

²⁹⁴ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, pp. 124 y ss.

²⁹⁵ Cfr. HART, en *La decisión judicial*, p. 119, quien señala respecto a tal distinción dos cuestiones: la primera, que existe una *diferencia de grado*, en el sentido que los principios son generales y no concretos como las normas y, por ello, puede decirse que las reglas son ejemplificaciones de principios; además, los principios al referirse a algún propósito, meta o valor, no sólo aparecen como algo deseable de conservación sino también como algo que contribuye a su justificación; PRIETO SANCHÍS, *Diez argumentos*, pp. 47 y ss., 53-56, especialmente en relación a los *principios como normas abiertas*, cuyas condiciones de aplicación se encuentran indeterminadas y corresponde al juez definir las; GUASTINI, *Estudios*, pp. 97 y ss.; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Ilícitos*, p. 20.

²⁹⁶ En contra de esta tesis, GUASTINI, *Distinguiendo*, p. 147.

²⁹⁷ Así lo entienden ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, pp. 6 y ss., siguiendo la postura de ALCHOURRÓN y BULYGIN.

²⁹⁸ Sería este el caso de las directrices políticas, en la concepción de ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, pp. 9-11. Incluso yendo más lejos y señalando que los principios carecen de condiciones de aplicación y de cualquier tipo de prescripción o sanción en caso de incumplimiento, BELADIEZ ROJO, *Los principios*, p. 83.

serían *perentorias* e independientes de su contenido²⁹⁹. Ello no sucedería con ciertos principios que, según su clase, serían, o razones independientes de su contenido y no perentorias, o bien ninguna de las dos cosas³⁰⁰.

- Finalmente, una muy difundida opinión sienta la distinción principalmente en el funcionamiento de los principios en el razonamiento judicial. Las reglas serían aplicables a la manera de *todo o nada*. Una vez acaecidos los hechos estipulados por la regla y si ella es válida, la solución jurídica de la regla debe ser aplicada. Mientras que, para el caso contrario, la norma no se aplica al caso. De modo distinto, lo que sería relevante en los principios no sería esta dimensión de *validez*, sino la del *peso* de cada principio³⁰¹. De ahí que, en caso de colisión de principios, el obligado a resolverlo deberá considerar el peso relativo de cada principio. Dicho esto, la prevalencia de los principios no sería *prima facie*, sino que quedaría sujeta a su peso en cada caso y a la ponderación.

2 Toma de postura en relación a la distinción entre reglas y principios

Lo que a los efectos del presente trabajo debería interesarnos es el modo de operar que tienen las reglas y los principios en el razonamiento judicial. Conviene centrar aquí la atención en el papel que desempeñan ambas piezas jurídicas en la actividad judicial. Más allá de las precisiones que tengan lugar al analizar cada principio en concreto, creo adecuado trazar una distinción preliminar que tenga en cuenta su diverso modo de operar. Para ello, creo que puede resultar interesante retomar los criterios aportados por DWORKIN³⁰², considerando las dimensiones de *validez* y del *peso* que caracterizan a las reglas y a los principios, respectivamente.

Un dato que parece ser ineludible en la consideración de las reglas o normas jurídicas es que su estructura se conforma por condiciones de aplicación y por una solución jurídica. Más allá de los problemas que puedan suscitarse respecto a la vaguedad o indeterminación de las condiciones de aplicación, ellas se encuentran estipuladas en la regla³⁰³. Dada la circunstancia en que acaezca un hecho que active las condiciones de aplicación, tal hecho es acaparado por la regulación jurídica de la regla³⁰⁴. Un ejemplo puede ayudarnos a entenderlo.

Cuando el CP exige en su art. 234 el apoderamiento de una cosa mueble sin la voluntad de su dueño con ánimo de lucro para poder castigar a una persona con la pena del hurto, sólo verificados estos extremos puede ser válida la regla para el caso. Las condiciones de aplicación serían justamente el apoderamiento de cosa ajena, el ánimo de lucro y la ausencia de voluntad del dueño. Sin embargo, puede suceder que esta norma entre en conflicto con otras. Frente a tal situación sólo parecería

²⁹⁹ ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, pp. 12-13.

³⁰⁰ Según ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, p. 13 y ss.; LOS MISMOS, *Ilícitos*, pp. 19-20, los principios explícitos serían razones independientes de su contenido pero perentorias, mientras que los principios implícitos no serían razones independientes de su contenido ni perentorias. Igualmente, RUIZ MANERO, en *El derecho y la justicia*, pp. 154-155.

³⁰¹ Seguramente el representante más destacado de esta corriente de opinión sea DWORKIN, *El modelo (I)*, en *EL MISMO, Los derechos en serio*, pp. 72 y ss, quien procura distinguir entre dos clases de principios: aquellos que serían denominados como *principios* o *principios en sentido estricto*, de aquellos otros que llama *directrices políticas*. Mientras que los primeros juegan un papel fundamental en la decisión judicial y pueden ser el vehículo hacia una respuesta correcta, las *directrices políticas* estarían, en cambio, orientadas a guiar la labor del legislador. La diferente perspectiva que asumen ambos tipos de principios se debe a que los *principios en sentido estricto* tienden a resguardar derechos individuales mientras que las *directrices políticas* son pautas de optimización que apuntan a intereses generales, a intereses sociales. Muy próximo a la opinión de DWORKIN, se encuentra ALEXY, *Teoría de los derechos*, p. 83. A diferencia del autor norteamericano, ALEXY, *Teoría de los derechos*, p. 86-87, reduce los principios a mandatos de optimización, a los cuáles considera como “normas que ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Ello indica que una característica esencial de tales mandatos es que pueden ser cumplidos en diferentes grados y cuyo cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas concretas. Por el contrario, de las reglas no puede predicarse un cumplimiento parcial sino que sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Siguiendo también en algunos puntos esta distinción entre reglas y principios, ZAGREBELSKY, *El Derecho*, p. 125; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Ilícitos*, pp. 21-22.

³⁰² DWORKIN, *El modelo (I)*, en *EL MISMO, Los derechos en serio*, pp. 75 y ss.

³⁰³ Esto resulta entendible y, en todo caso, muestra el carácter insatisfactorio de la distinción de las reglas y los principios según el grado de indeterminación. De seguir este criterio tendría que verme obligado a caracterizar a reglas del tipo de los incisos 6 y 7 del art. 20 CP como principios. Más allá de poder criticar con razón la técnica legislativa de tales artículos, la consecuencia no parece plausible. En igual sentido crítico, GUASTINI, *Distinguendo*, pp. 146-147.

³⁰⁴ DWORKIN, *El modelo (I)*, en *EL MISMO, Los derechos en serio*, p. 75; RÖHL, *Allgemeine*, § 32, p. 255.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

posible declarar inválida alguna de las reglas³⁰⁵. Por tanto, operarían las máximas *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*, lo cual no significaría que ambas reglas no sean válidas, sino que, a partir de tales máximas, se determina la que impera³⁰⁶. Se dice, entonces, que las reglas se aplican al modo *todo o nada*, porque frente a un caso particular ellas se aplican o no se aplican y no existe una aplicación parcial.

No puede decirse, sin embargo, lo mismo de los principios jurídicos. En este sentido, tiene algo que ver su estructura, dado que los principios no siempre constituyen una norma jurídica en la que se correlacionan casos genéricos con soluciones normativas; esto es, no siempre los principios cuentan con condiciones de aplicación. Aun en el caso de tener una estructura similar, la conexión con un caso genérico espiritualizado demuestra una abierta indeterminación de las condiciones de aplicación. En relación a buena parte de los principios, puede verse que resulta posible conectar los principios jurídicos con los más diversos ámbitos del Derecho y con los más disímiles casos genéricos, a raíz de la ausencia de condiciones de aplicación o de una estipulación generalizada de ellas. Por ejemplo, si pensamos en el principio de culpabilidad, vemos que podemos recurrir a él para interpretar una causa de exculpación, pero también en la interpretación de un tipo penal o de una causa de justificación, etc.

Además de centrarse la distinción entre reglas y principios en su composición estructural, cabe añadir una segunda dimensión. Señala DWORKIN que en los principios no es relevante la dimensión de validez, sino la dimensión de su *peso*³⁰⁷. Cuando un juez acude a algún principio en su razonamiento, no quiere significarse con ello que su consideración excluya la de otros principios. Precisamente, la ausencia de condiciones de aplicación haría factible que en un mismo argumento aparezcan varios principios en conflicto. Esto trae consigo dos consecuencias relevantes.

La primera es que los principios no adquieren un prevailecimiento *prima facie*, en el sentido de que, *ceteris paribus*, un determinado principio siempre tendrá prioridad frente al resto³⁰⁸. No existiría, por tanto, una jerarquía de principios que funcione para todos los casos³⁰⁹. Justamente, la segunda consecuencia es que adquiere un relevante valor el caso particular para determinar la preponderancia o no de un determinado principio. Como consecuencia, un principio que en un caso fue relegado, puede imponerse en otro contexto. Lo que ha de importarnos en el recurso a los principios es el peso que tiene cada uno para el caso particular³¹⁰.

Este enfoque es plenamente trasladable al terreno de la analogía *institutionis*. Puede suceder que llegado el momento en que el juez crea una nueva causa de justificación, se valga de un principio institucional —en detrimento de otros— para fundar la relación de similitud entre el caso genérico afectado por la laguna y los casos genéricos regulados por las reglas de la institución de la justificación. Ello daría razón a ALEXY cuando afirma que los principios serían mandatos sólo *prima facie* y no mandatos definitivos, como sucedería con las reglas³¹¹. Así, la solución de la colisión tendrá en cuenta las circunstancias del caso y abogará, ante todo, por establecer entre los principios una *relación de precedencia condicionada*³¹².

Esta manera en la que entran en juego los principios en el razonamiento judicial, muestra también una clara diferencia con las reglas. En el caso de las reglas, la tarea del juez se reduciría a una tarea de pura subsunción³¹³, en virtud de la cual el juez toma como premisa mayor de su razonamiento

³⁰⁵ DWORKIN, *El modelo (I)*, en *EL MISMO, Los derechos en serio*, pp. 78; ALEXY, *Teoría de los derechos*, p. 88-89.

³⁰⁶ Constituye justamente un buen ejemplo lo que sucede en los concursos aparentes de leyes penales.

³⁰⁷ DWORKIN, *El modelo (I)*, en *EL MISMO, Los derechos en serio*, pp. 77-78.

³⁰⁸ GUASTINI, *Distinguiendo*, p. 151.

³⁰⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos*, p. 89.

³¹⁰ DWORKIN, *El modelo (I)*, en *EL MISMO, Los derechos en serio*, pp. 77-78; ALEXY, *Teoría de los derechos*, p. 89; RÖHL, *Allgemeine*², § 32, p. 255.

³¹¹ ALEXY, *Teoría de los derechos*, p. 99; PIETRO SANCHÍS, *Diez argumentos*, pp. 57 y ss.

³¹² ALEXY, *Teoría de los derechos*, p. 92. Acogiendo matizadamente la bifurcación a la que ALEXY recurre para explicar esta distinción en la solución de los casos de colisión entre reglas y entre principios, PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 144-145, para quien la ponderación no viene a constituir tan sólo una alternativa a la subsunción, sino que, al contrario, cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda excluida la subsunción. La subsunción podría en tales casos tener lugar para constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los principios en disputa, del mismo modo que cuando ya un principio se ha impuesto en la ponderación, opera como una regla, subsumiéndose en el caso en cuestión.

³¹³ RÖHL, *Allgemeine*², § 32, p. 254.

a la regla, con lo que solucionaría jurídicamente todos los casos particulares comprendidos en el caso general de la regla. Así, por ejemplo, para solucionar el homicidio en legítima defensa de A cometido por B, el juez toma como premisa mayor el tipo de homicidio y la norma de la legítima defensa y las aplica al caso.

En cambio, en el caso de los principios, el juez debe asumir necesariamente una actitud diferente. Aquí se abandona el procedimiento silogístico, para adentrarse en el campo de la ponderación³¹⁴, en el cual prima la fuerza argumentativa y el peso de los principios³¹⁵.

Según mi parecer, los principios jurídicos tienen una finalidad predominantemente fundamentadora de normas, de instituciones jurídicas o del propio ordenamiento jurídico³¹⁶. En consecuencia, los principios son únicamente razones dirigidas a guiar la actividad de los órganos de creación y aplicación del Derecho. Todo parece sugerir que los principios serían solamente normas jurídicas del sistema secundario, destinados al juez, pero también al legislador³¹⁷.

LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO PENAL

1 Introducción

Me parece sumamente enriquecedor traer al ámbito jurídico-penal la discusión sobre los principios jurídicos procedente de la Teoría del Derecho de cuño angloamericano. Más allá de toda consideración sobre el papel de la legalidad en el Derecho, aun en las concepciones más formalistas nunca han faltado referencias a los principios en el Derecho penal³¹⁸. Muchas de estas aproximaciones a los principios jurídico-penales tienden a darles una impronta político-jurídica, en el sentido de reconocerles la función de fundamentar y legitimar al Derecho penal. La apreciación de este sentido aparece cuando se alude al principio de legalidad, al principio de culpabilidad, al principio de subsidiaridad, al principio del hecho, etc. Pero también en la dogmática jurídico-penal aparecen otros principios para fundamentar ciertas instituciones de naturaleza jurídico-penal, como así también para interpretarlas. Piénsese si no en el papel que desempeñan los principios que son descubiertos por las teorías monistas y pluralistas de la fundamentación de las causas de justificación.

Sin embargo, la proyección de los principios no sólo tiene lugar en estas dimensiones. Seguramente, una conceptualización de los principios como valores fundamentales del Derecho penal o de determinadas instituciones cumple una tarea importante en la sistematización e interpretación del Derecho. Tampoco conviene pasar por alto que es fundamental la importancia que cobran ellos en la integración del Derecho penal. Cuando el juez acude a la analogía *in bonam partem* tendrá que considerar un marco que le ofrecen las reglas de un sistema normativo. Pero en la elaboración de su razonamiento y para llegar a la conclusión de incorporar una nueva norma por vía jurisprudencial, desempeñarán los principios un papel primordial.

Todo esto indica la necesidad de elaborar un marco teórico que pueda explicar con claridad la manera en que estas piezas jurídicas entran en juego a partir de la analogía *in bonam partem*. Esta cuestión no sólo obliga a meditar únicamente sobre la estructura de los principios, sino que además requiere de un desvelamiento de los niveles del argumento en los que interviene.

³¹⁴ Negando que al ponderar el juez ejerza discrecionalidad en algún sentido, DWORKIN, *El modelo (I)*, en *EL MISMO*, *Los derechos en serio*, pp. 89.

³¹⁵ PRIETO SANCHÍS, *Diez argumentos*, pp. 61-63.

³¹⁶ De modo similar, HART, en *La decisión judicial*, p. 119. Coincidiría con lo que RÖHL, *Allgemeine*², § 32, p. 252, denomina *Strukturprinzipien*.

³¹⁷ De otra opinión, ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, pp. 5 y 6, para quienes existen principios en el contexto del sistema primario o del súbdito y principios del sistema secundario o del juez.

³¹⁸ No obstante, SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios*, pp. 58 y ss., critica —a mi modo de ver con razón— el tratamiento confuso que ha dado la dogmática penal a los principios, siguiendo además tratamientos alejados de buena parte de los aportes que han hecho al tema autores de gran prestigio como LARENZ, ALEXY, KELSEN, HART, DWORKIN, etc.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

2. Para empezar, creo que difícilmente pueda determinarse con absoluta precisión cuál es la estructura de los principios. En tal sentido, parece atinada la afirmación de GUASTINI³¹⁹, quien considera que uno de los principales obstáculos de los abordajes ha sido el pretender reducir a una explicación *monolítica* la heterogénea estructura de los principios³²⁰. Ello sugiere que existen diversas clases de principios según su estructura. Justamente, esta diversa conformación de los principios es lo que lleva a señalar que, en algún punto, los principios y las reglas sólo se diferencian en términos graduales.

Además, los principios tienen diversos sentidos y, cuanto menos, no pueden quedar reducidos a una visión puramente prescriptiva. Cuando hablamos del principio de subsidiaridad, de lesividad o de fragmentariedad no podemos dudar de su carácter prescriptivo. Estos se dirigen a los órganos gubernamentales para que intervengan penalmente sólo de determinada manera.

En cambio, existen otros principios más abstractos pero que repercuten en el Derecho penal, los cuales, con todo, carecen de carácter prescriptivo. Piénsese en el art. 1. 1 CE cuando plasma el principio democrático. Tal principio, de indudable presencia en el Derecho penal, no se caracteriza precisamente por su carácter prescriptivo, sino por el de constituir una declaración político-jurídica³²¹. Vemos entonces que también los principios cumplen con la función de hacer declaraciones jurídico-políticas o de expresar ciertos valores jurídicos fundamentales.

Igualmente, en otros supuestos los principios cumplen con la función de encomendar la persecución de un fin o constituyen la finalidad inmanente de una norma jurídica³²². En todo caso, cuando analicemos la naturaleza de la *ratio legis*, de los principios institucionales y de los principios generales del Derecho penal o del Derecho, veremos a qué estructura responden y la función prescriptiva, valorativa o declarativa que tienen.

2 Principios jurídicos implícitos y explícitos: criterios distintivos

La doctrina ha procurado armarse de los más diversos criterios a la hora de distinguir los principios jurídicos. A los efectos del funcionamiento de los principios jurídico-penales en la analogía *in bonam partem*, solamente me interesará de modo particular aquella clasificación que distingue entre *principios explícitos* y *principios implícitos*³²³. Al estudiar el principio de legalidad señalé que los principios (sean del tipo que sean) no pueden constituir fuente del Derecho. Sin embargo, sí me parece importante destacar cómo operan ambos tipos de principios en la creación y aplicación del Derecho penal, haciendo peculiar hincapié en los principios implícitos.

Los *principios explícitos* son aquellos que se encuentran plasmados en una disposición legal concreta. Esta disposición puede tener origen en el legislador, en el constituyente o en cualquier otra autoridad³²⁴. Pese a que, cabe aclarar, será más común encontrar una mayor presencia de principios explícitos en las Constituciones. Sólo a modo de ejemplo, podemos caracterizar como principios explícitos el principio de soberanía popular o de igualdad, plasmados en el art. 1º CE o el de primacía constitucional, previsto en el art. 9. 1 CE.

Al contrario, lo que caracteriza a los *principios implícitos* es la ausencia de una disposición constitucional o legal en la que se encuentren formulados. En estos casos, será tarea del intérprete descubrir los principios que pueden ser derivados de normas concretas o a partir de un conjunto más o menos amplio de normas o del ordenamiento jurídico en su conjunto³²⁵. A diferencia de lo que

³¹⁹ GUASTINI, *Distinguiendo*, pp. 144-145.

³²⁰ Un buen ejemplo de ello se encuentra en RÖHL, *Allgemeine*, § 32, pp. 251-253, quien señala que los principios tienen un doble carácter: son modelo y tienen un sentido directivo. A partir de estos caracteres tendríamos principios estructurales (fundamentan el Derecho), principios como normas de gran generalidad, principios con efectos presuntivos (*Prinzip mit Vermutungswirkung*) y los principios abiertos (no generan consecuencias jurídicas).

³²¹ GUASTINI, *Distinguiendo*, p. 152.

³²² GUASTINI, *Distinguiendo*, pp. 149, 153.

³²³ Reconociendo que la inmensa mayoría de los principios jurídicos son de carácter implícito, RÖHL, *Allgemeine*, § 32, p. 251.

³²⁴ GUASTINI, *Distinguiendo*, p. 155; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, p. 6; RUIZ MANERO, en *El derecho y la justicia*, p. 152.

³²⁵ GUASTINI, *Distinguiendo*, p. 156; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, p. 6; RUIZ MANERO, en *El derecho y la justicia*, p. 152.

opina la doctrina claramente dominante³²⁶, estos principios son previos al intérprete, de modo que sólo cabe a éste constatar los principios que subyacen a las normas o a las instituciones.

De la conexión de estos dos tipos de principios pueden derivarse algunas conclusiones importantes en relación a sus fuentes. En primer lugar, si se considera como fuente del principio el sujeto del cual emerge, los principios explícitos tendrían como tal la autoridad de la cual emana la disposición que lo reconoce³²⁷. Al contrario, en relación a los principios implícitos, la autoridad de la cual emergen no sería un órgano político o una persona de “carne y hueso”, sino el propio ordenamiento jurídico, a partir de un proceso regenerativo³²⁸. Mientras que, en segundo lugar, si por fuente del principio se entiende la disposición jurídica en la que se formula el principio, sólo aquellos de carácter explícito podrán gozar de una fuente³²⁹.

3 Principios jurídico-penales implícitos

En el apartado introductorio a los principios jurídico-penales resalté los aspectos genéricos que separan conceptualmente a los principios implícitos de los principios de carácter explícito. Ahora habrán de ocuparnos algunos de los principios implícitos que aparecen en la argumentación por analogía. Justamente, conforme a los niveles en los que razonemos por analogía deberemos trabajar con principios de diversa naturaleza. Así como parece necesario clarificar qué clase de principio es el que respalda a las reglas jurídicas para, de este modo, acudir a la analogía *legis*, igualmente será necesario caracterizar los principios institucionales que desempeñan un papel central en la analogía *institutionis*.

Por último, cabe reflexionar sobre aquellos principios que aparecen en la analogía *iuris*, los cuáles serían la expresión de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico o de un concreto sector del mismo. La caracterización de los principios implícitos quedará reducida a las *rationes legis*, a los principios institucionales y a los principios generales del Derecho y del Derecho penal.

a Las «*rationes legis*» como principios que fundamentan las reglas jurídicas

Definir con alguna precisión el concepto de *ratio legis* no parece ser, en modo alguno, una tarea libre de enormes dificultades. Parece con ello entenderse la poca precisión con la que se ha abordado esta cuestión en la literatura, donde las referencias a su naturaleza sólo aparecen de modo implícito y sin mayor exhaustividad³³⁰. Podría señalarse con LARENZ que ello obedece de modo determinante al carácter equívoco de la expresión *ratio legis*³³¹. En concreto, no se sabe si quiere aludirse con esta expresión al “*fundamento racional*” de una regla³³², al *principio de una regulación* o a un simple postulado lógico que deriva el intérprete³³³. La misma complejidad que caracteriza a la *ratio legis* explica que no pueda pretenderse aquí desentrañar la naturaleza de ella, sino, cuanto menos, tomar partido por una determinada concepción de la *ratio legis*.

A decir verdad, no creo que sea de recibo estipular que las *rationes legis* sean un “*principio lógico a secas*”³³⁴ y no un auténtico principio jurídico³³⁵. Debido al amplio abanico de principios que ofrece el

³²⁶ GUASTINI, *Distinguiendo*, pp. 156, 157 y ss.

³²⁷ GUASTINI, *Distinguiendo*, pp. 159.

³²⁸ En contra de ello, señalando que sólo pueden tener origen en el intérprete, GUASTINI, *Distinguiendo*, pp. 157, 159.

³²⁹ GUASTINI, *Distinguiendo*, pp. 159-160.

³³⁰ Denunciando tal imprecisión conceptual y mostrando las acepciones posibles de la *ratio legis*, ver por todos FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 87 y ss. Para un análisis sobre el papel de la *ratio legis* en los tribunales penales, ver por todos, ALBRECHT, en *Die Bedeutung*, pp. 69 y ss.

³³¹ LARENZ, *Metodología*, pp. 334-335.

³³² En este sentido, BIAGGINI, en *Die Bedeutung*, pp. 62-63.

³³³ LARENZ, *Metodología*, p. 335. Entiende SILVA SÁNCHEZ, en *JAKOBS-FS*, pp. 647-648, que la *ratio legis* o el *telos* de la norma puede ser interpretado de dos maneras diferentes: como aquel fin perseguido por el legislador al momento de promulgar la norma o, en cambio, como un fin propio de la norma que se independiza de la voluntad del legislador.

³³⁴ En este sentido, FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 62. Parece también mostrarse en contra de identificar la *ratio legis* con un principio jurídico en sentido estricto, BELADIEZ ROJO, *Los principios*, pp. 138-139.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

ordenamiento jurídico, creo que es perfectamente coherente postular que estas razones que fundamentan las normas o reglas jurídicas son auténticos principios jurídicos. En consecuencia, podría verse que tales elementos normativos —que funcionan ligados a las reglas y que se caracterizan por su escasa abstracción— constituyen un primer tipo de principios jurídico-penales que aparecerán en la analogía *in bonam partem* como las razones que justifican las concretas eximentes.

Una vez estipulado que las *rationes legis* son principios jurídicos implícitos, conviene responder a la pregunta sobre la naturaleza que podría reconocérsele a las mismas. Decía con anterioridad que buena parte de los principios vienen a expresar ciertos valores jurídico-políticos que inspiran al ordenamiento jurídico o bien al Derecho penal. Igualmente podría encontrarse que los principios constituyan la razón fundamental del Derecho, pero también de una institución o de una norma concreta. Este último sentido es el que realmente debe interesarnos para caracterizar a la *ratio legis*. Dicho ello, estos principios jurídico-penales servirían de soporte de la regla concreta³³⁶; esto es, serían las razones que fundamentan la legítima defensa, el estado de necesidad, el miedo insuperable, la atenuación por arrepentimiento, etc³³⁷.

Con todo, el análisis no puede quedar sólo allí, dado que parece no haberse dicho demasiado al apuntar que las *rationes legis* son principios que fundamentan la regla en la cual subyacen³³⁸. En este sentido, el fundamento de una norma, ha de ser buscado principalmente en su finalidad³³⁹. Sólo una vez que sepamos cuál es la finalidad que se persigue con una determinada eximente podremos estar en condiciones de acceder a su fundamento³⁴⁰. La idea de finalidad perseguida por la norma como razón o fundamento, como *ratio legis*, precisa también de la clase de principio de la cuál estamos hablando. Apunta GUAISTINI³⁴¹ que ciertos principios “no prescriben un comportamiento preciso sino que encomiendan la obtención de un fin” y, en tal sentido, estos principios se expresan como el objetivo subyacente a una determinada ley. Por consiguiente, las *rationes legis* tendrán el carácter de un principio que expresa la finalidad perseguida por una regla jurídica.

Estos principios que subyacen a las leyes resultan ser de enorme importancia para interpretar la norma, del mismo modo que para integrar posibles lagunas jurídicas.

Desde una posición favorable a la interpretación teleológica parecería razonable señalar que cuando se interpreta el estado de necesidad justificante según el canon teleológico, decididamente se considera la *ratio legis* en la interpretación. Incluso, para quienes defienden la posibilidad de la existencia de una interpretación correctora, será corregido el tenor literal precisamente a la luz de tales principios. Ello se presentaría de modo muy claro para parte de la doctrina cuando se alude a las restricciones ético-sociales de la legítima defensa. Aquí, el intérprete llegaría a una interpretación de la eximente que parece razonable a partir del recurso a las *rationes legis* de la legítima defensa. De ahí que cuando se invocan los principios de responsabilidad³⁴² o el de la preservación del Derecho³⁴³ y el de protección individual³⁴⁴, lo que en definitiva se pretende hacer es contextualizar la interpretación a partir de las razones subyacentes a la legítima defensa.

Lo mismo cabe predicar al integrar el Derecho penal. La analogía *legis* se apoya de modo principal en la *ratio legis* para poder justificar su razonamiento, como así también para fundamentar la

³³⁵ A favor de considerar a las *rationes legis* como principios, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley*, pp. 90 y ss.; LARENZ, *Metodología*, p. 335; GUAISTINI, *Distinguiendo*, pp. 151, 153; SALGUERO, *Argumentación*, pp. 86, 171 y ss. Cercano a entender la *ratio legis* como un estándar, POSNER, en *Cornell Law Review* (2006) March, pp. 762-763.

³³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley*, p. 90. En igual sentido respecto a las normas jurídicas en general, SALGUERO, *Argumentación*, p. 86.

³³⁷ Hasta donde entiendo, la *ratio legis* sería un principio en sentido lógico-científico según la nomenclatura empleada por YACOBUCCI, *El sentido*, pp. 60-61.

³³⁸ RÖHL, *Allgemeine*, § 76, p. 603. Entiende NOLL, *ZStW* (1965) 77, pp. 2-3, que las *rationes legis* de los tipos penales y las eximentes se encontrarían determinadas, a su vez, por principios como los de culpabilidad y de practicabilidad, de seguridad, etc.

³³⁹ BOITKE, *Strafrechtswissenschaftliche*, p. 258.

³⁴⁰ Podría argüirse en mi contra que con ello paso por alto los conceptos de “razón” y “finalidad” de una norma jurídica. Sin embargo, creo que no resulta del todo posible mantener esta distinción, ni siquiera en un puro plano teórico. Al contrario, creo que sólo somos capaces de comprender fundamentos a partir de fines. Opinando en sentido similar al aquí defendido, GUAISTINI, *Distinguiendo*, p. 153; LARENZ, *Metodología*, p. 343; ROSS, *Sobre el Derecho*, p. 141; DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*¹¹, p. 173.

³⁴¹ GUAISTINI, *Distinguiendo*, pp. 149, 153.

³⁴² JAKOBS, *PG*, p. 421, n.m. 3.

³⁴³ JESCHECK/WEIGEND, *AT*², p. 326.

³⁴⁴ ROXIN, *AT*¹, I, § 15, n.m. 1, p. 654.

norma jurídica que acaba creando el juez. Ello podría suceder frente a una situación análoga al estado de necesidad, en la que está ausente alguno de los requisitos exigidos por la ley. Dada esta situación, la razón subyacente a la regla determinará si el caso genérico afectado por la laguna es análogo o no al expresamente regulado por la eximente.

Igualmente, una vez que el juez llega al convencimiento de que los casos genéricos son análogos, el juez tomará como molde para la creación de la eximente o de la atenuante tanto la norma análoga como su principio subyacente. Fundamentalmente, la *ratio legis* sirve de soporte a la creación judicial, al perseguir la nueva norma creada el mismo fin que la analoga. Si, a guisa de ejemplo, se considera que el castigo del aborto cometido por una mujer que fue inseminada artificialmente sin su consentimiento está afectado por una laguna axiológica, podría pensarse en la aplicación por analogía de la indicación criminológica. En tal caso, se entiende que la *ratio legis* sería la tutela a toda mujer para que pueda decidir si quiere o no ser madre y, sobre todo, con quién quiere engendrar a su hijo³⁴⁵. Aquí el juez tomaría como molde de la indicación supralegal a la indicación criminológica y a su *ratio legis*.

b Los principios de las instituciones jurídico-penales

i Introducción

Antes de analizar el rol de los principios institucionales del Derecho penal conviene formular una serie de precisiones conceptuales. Parece obligado que nos detengamos a meditar sobre algunas cuestiones teóricas previas, antes de ver el modo en que esta clase de principio implícito opera en el Derecho penal y en la analogía *in bonam partem*. Por una parte, no podemos rehuir la formulación de algún tipo de referencia al sentido que se asigna al concepto de institución jurídica. Igualmente, por otra parte, reviste suma importancia la concreción de la estructura de estos principios y su distinción respecto a las *rationes legis*.

ii Noción de institución jurídica

Cuando aquí se habla de principios institucionales se pretende aludir a aquellos principios que sirven de fundamento a las instituciones jurídico-penales. Sin embargo, la caracterización de estos principios como *institucionales* puede resultar equívoca, más aun si se consideran los diversos sentidos en los que se emplea el término “institución”³⁴⁶.

En tal sentido, cuando hablo de *principios institucionales*, no estoy aludiendo a principios jurídicos que se conectan con la *dimensión institucional del Derecho*^{347/348}. Entre muchas otras características con las que pretende caracterizarse el fenómeno institucional del Derecho, se alude a que aquél cuenta con una serie de normas, dictadas por órganos competentes, que rigen la actividad de la sociedad de modo coercitivo. Pero, además, el carácter regimentado de los procedimientos jurídicos de resolución de disputas y de implementación de la propia legislación define la naturaleza institucional del Derecho³⁴⁹. Toda institución, vista de este modo, constituye un “conjunto de medios orientados a la persecución de fines, o [...] a la realización de funciones”³⁵⁰. Los principios institucionales, entendidos en estos términos, cargan sobre sus espaldas la tarea de preservar la vigencia del sistema jurídico y de alcanzar cierta eficiencia en su maquinaria³⁵¹. Tales principios desempeñarían un rol destacado incluso a costa del sacrificio que pudiese significar la preservación de tales finalidades para otros principios o intereses individuales.

³⁴⁵ ROMEO MALANDA, en *RDPC (2005)* 16, p. 186.

³⁴⁶ Alude sintéticamente a algunos sentidos posibles del término institución, ATRIA, *Creación*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 51.

³⁴⁷ Sin embargo, considerando como principios institucionales aquellos que se vinculan con el carácter institucional del Derecho, ATIENZA/RUIZ MANERO, en *Doxa (2001)* 24, pp. 120 y ss. De modo similar a la postura anterior, HAGE, *Reasoning*, p. 54. En otro sentido, entiende los principios institucionales como aquellos derivados de las instituciones sociales, BELADIEZ ROJO, *Los principios*, p. 131 y ss.

³⁴⁸ Merece formularse la aclaración de que cuando en el Capítulo primero me explayaba sobre el proceso de institucionalización en el Derecho penal, justamente lo hacía en el sentido de la dimensión institucional del Derecho, y no, como se sigue aquí, para explicar el origen y las características de los principios institucionales.

³⁴⁹ Sobre las diversas características del carácter institucional del Derecho, ATIENZA/RUIZ MANERO, en *Doxa (2001)* 24, pp. 123-124.

³⁵⁰ ATIENZA/RUIZ MANERO, en *Doxa (2001)* 24, p. 124.

³⁵¹ ATIENZA/RUIZ MANERO, en *Doxa (2001)* 24, p. 129.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Encontramos buenos ejemplos de ello en instituciones como la prisión provisional o el estado de sitio o de excepción³⁵².

Me interesa plantear, en cambio, el concepto de institución en términos significativamente diferentes. A tales efectos, intento apartarme de la vinculación entre el concepto de institución jurídica y la propia dimensión institucional que se predica del Derecho. Muy al contrario, intentaré ceñir la idea de institución jurídica a la de aquellos grupos de normas que, bajo postulados comunes, buscan dar una respuesta jurídica a una concreta realidad dentro de una rama jurídica particular.

En tal sentido, entiende RUITER³⁵³ que una institución jurídica válida se caracteriza por ser “*un régimen legal autónomo de condiciones legales generales e individuales que pretende efectuar una práctica que pueda ser interpretada como descansando en la creencia común de que el régimen forma una unidad en la realidad*”. En el Derecho penal esto sucede cuando se piensa en la justificación, la exculpación, la exclusión de pena o la atenuación de responsabilidad. Cada una de ellas, según la visión aquí seguida, constituye una típica institución jurídico-penal.

iii Origen de las instituciones jurídicas

La aparición de estas instituciones puede tener lugar de dos modos diferentes. Una primera forma posible de elucubrar sobre la conformación de las instituciones jurídicas sería a partir del establecimiento expreso de una institución por parte del legislador. Piénsese lo que sucede cuando el legislador pretende regular una realidad jurídica que hasta entonces carecía de regulación. Por ejemplo, puede que el legislador decida institucionalizar el cheque o bien busque dar reconocimiento jurídico al fideicomiso. Con motivo de tal oportunidad, el legislador dictará una batería de normas jurídicas destinadas a regular la institución del “cheque” o del “fideicomiso”. Algo similar sucede en el Derecho penal cuando el Parlamento quiere proteger un determinado sector de la realidad social y dicta una serie de normas guiadas por ideas y finalidades comunes³⁵⁴.

Pero también es perfectamente posible que el surgimiento de las instituciones jurídicas sea posterior al efectivo dictado de las normas. Sucedería que sólo después de observar la dinámica que ha asumido el sistema en un concreto sector sería posible concluir que existe una institución. Puede que el legislador haya dictado una serie de leyes (incluso no coincidentes temporalmente) de modo sistemático, las cuales no se destinan *prima facie* a regular una idéntica realidad y, por consiguiente, no se inspiran en ideas-ejes comunes. No obstante, a medida que tales leyes son aplicadas por los tribunales y consideradas por la doctrina, comienza a reconocerse una cierta sistematicidad que otrora era desconocida.

A medida que tales normas son aplicadas por los tribunales opera el sistema jurídico por sinergia³⁵⁵, con motivo de lo cual emergen una serie de principios comunes a todas estas normas. Llegados a este estadio podrá señalarse que se ha conformado una institución jurídica que pretende regular una concreta realidad a partir de principios comunes. Hasta donde entiendo, es precisamente de esta manera como se ha conformado la institución de la exclusión de pena que congrega a todas las excusas absolutorias. Ellas fueron apareciendo en los Códigos penales de un modo algo desordenado, pero a partir de la opinión de la doctrina y de la aplicación de los tribunales, fue reconociéndose el carácter institucional a la exclusión de pena.

iv Instituciones jurídico-penales

Vemos de este modo que las instituciones jurídicas recogen una serie de normas que tienden a regular una concreta realidad. La institución jurídico-penal de la justificación se encuentra conformada por las reglas jurídicas que regulan la legítima defensa, el estado de necesidad justificante y el ejercicio

³⁵² ATIENZA/RUIZ MANERO, en *Doxa* (2001) 24, pp. 127-128.

³⁵³ RUITER, *Legal Institutions*, p. 96.

³⁵⁴ Si bien no pretendo asimilar sin más la idea de institución jurídico-penal con la de bien jurídico protegido, no pueden obviarse las claras similitudes que existen entre ambas ideas.

³⁵⁵ Entiendo aquí el concepto de *sinergia* en un sentido preferentemente fisiológico, esto es, como participación activa y concertada de varios órganos para realizar una función.

legítimo de un derecho, oficio o cargo, o de cumplimiento legítimo de un deber. Otro tanto puede decirse de las reglas jurídicas que comúnmente suelen asociarse a la exculpación, a la exclusión de la pena y a la atenuación. Pero además de estas reglas que dan forma a la institución, también parece pertinente advertir la presencia de principios que respaldan las instituciones y que le otorgan su sentido de unidad³⁵⁶. Con todo, cabe enfatizar que estos principios institucionales no tienen la misma naturaleza que los principios o *rationes legis* que fundamentan la concretas reglas de la institución.

En tal sentido, parece conveniente trazar una separación de planos entre los principios institucionales y los principios de las reglas de la institución. Los principios encargados de fundamentar una determinada institución jurídico-penal son algo diferente de los principios o *rationes legis* que sustentan las reglas que integran la institución³⁵⁷. No es lo mismo el principio o principios que fundamentan la justificación, que los principios que respaldan la legítima defensa o el estado de necesidad justificante. Puede que esta distinción no ofrezca demasiada claridad desde un punto de vista práctico, pero desde un punto de vista teórico debe trazarse, para ordenarnos conceptualmente.

Precisamente al no considerar esta diferencia de planos de análisis se incurre en significativas confusiones a la hora de discutir sobre los fundamentos de la justificación. Cuando las tesis monistas y pluralistas referidas a la fundamentación de la justificación pretenden llegar a conclusiones convincentes a partir de principios implícitos que operan en diferentes niveles³⁵⁸.

Por una parte, entiendo que las tesis monistas, al identificar el fundamento las causas de justificación con los principios del “*interés preponderante*”, de “*pretensión preferente del bien*”, del de “*mayor utilidad que daño*” o el del “*empleo del medio adecuado para el logro de un fin reconocido por el ordenamiento jurídico*”³⁵⁹, no son capaces de considerar la dimensión institucional³⁶⁰. Si bien estas tesis procuran explicar el fundamento de las causas de justificación, lo hacen a partir de principios que fundamentan todo el ordenamiento jurídico y no la institución de la justificación. Precisamente, para explicar los fundamentos de la justificación deben reconocerse los principios institucionales y no los principios que fundamentan todo el ordenamiento jurídico. En otras palabras, pretenden explicar los fundamentos de una especie a partir de los principios del género y no —como debería ser— de los principios de la misma especie. Pese a ser la justificación una institución común a todo el ordenamiento jurídico, su fundamento se liga a principios de abstracción intermedia que aparecen fundamentando la institución y no a principios que fundamentan todo el ordenamiento jurídico³⁶¹. En realidad, estos principios reconocidos por la tesis monista son comunes a todo el Derecho y no a una institución.

Por otro parte, no tiene tampoco mayor capacidad explicativa la tesis pluralista de la justificación. Como puede verse, tal postura pretende identificar los principios institucionales de la justificación con las *rationes legis* de las concretas causas de justificación. Cuando las teorías pluralistas aluden a los principios de *prevalcimiento del Derecho frente al injusto*, de *protección*, de *autonomía de la voluntad*, de *proporcionalidad*, etc., parecen trabajar con las *rationes legis* de las concretas justificantes y no con principios institucionales³⁶². Justamente, se considera que las causas de justificación serían de naturaleza tan diversa que no cabría agruparlas bajo un único principio³⁶³.

No obstante, no veo esto plausible en modo alguno. Las razones de tal rechazo dejan de ser meramente analíticas cuando también se reflexiona sobre la estructura de los principios institucionales.

³⁵⁶ Reconociendo la existencia de principios que respaldan instituciones jurídicas, GUASTINI, *Distinguiendo*, p. 153; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, p. 4.

³⁵⁷ Incluso llegan a señalar que los principios que se mueven en el plano correspondiente a las instituciones, además de fundamentar a éstas, sirven también para entender como funcionan las instituciones, ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, p. 20.

³⁵⁸ Reconociendo la distinción de que existe un principio fundamenta el conjunto causas de justificación y otros principios que respaldan cada justificante concreta, KÖHLER, *AT*, p. 237.

³⁵⁹ JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 325.

³⁶⁰ Posiblemente podría llegar a decirse algo diferente cuando se considera la tesis monista que considera como único principio institucional al del *prevalcimiento del Derecho frente al injusto* dado que parecería quererse desentrañar justamente un principio informador para todas las causas de justificación. Sin embargo, ello puede ser igualmente discutido y precisaría de ulteriores concreciones.

³⁶¹ Precisamente reconoce el carácter de institución jurídico-penal a la “exclusión del injusto penal”, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 281.

³⁶² Detalladamente al respecto ROXIN, *AT*⁴, I, § 14, pp. 615 y ss.; DEL MISMO, *Política criminal*, pp. 79 y ss.

³⁶³ JAKOBS, *AT*², Ap. 2, n.m. 43, p. 106; JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, pp. 74 y ss.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Tales principios jurídicos son algo más que la mera conjunción de las *rationes legis*³⁶⁴. Lo hasta aquí dicho sugiere que las tesis pluralistas buscan fundamentar la justificación a partir de principios que no se corresponden con el nivel de abstracción propio de las instituciones.

Sin embargo, de modo adecuado es reconocida implícitamente en las sentencias del TS esta distinción de planos entre los principios que operan en el nivel de las reglas como *rationes legis* y los principios institucionales. Ello sucede especialmente en su jurisprudencia relativa a la atenuante de análoga significación. Respecto a un caso en el que no concurría el requisito de la temporalidad en la confesión del delito a las autoridades, requerido en el art. 21. 4 CP, el TS reconoció a esta conducta efectos atenuantes. En tal sentido señaló que

[c]olaborar, pues, tiene análoga significación que confesar, porque en uno y en otro caso, se facilita el esclarecimiento de los hechos delictivos, que es su «ratio atenuatoria». En otras palabras: la aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia, para reconocer efectos atenuatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma «ratio»³⁶⁵.

En este punto, el TS emplea en su argumentación principios que fundamentan una concreta causa de atenuación, esto es, las *rationes legis*.

Algo distinto se plantea, en otros casos en los que ha acabado reconociendo el TC efectos atenuantes a partir del art. 21. 6 CP, pese a no guardar éstos una relación de análoga significación con alguna de las concretas atenuantes reconocidas. Ello se presenta principalmente en los casos de dilaciones indebidas. Frente a tales supuestos, el TS, a los fines de atenuar la pena, ha recurrido expresamente en su argumentación a los principios que fundamentarían las atenuantes. A este respecto ha apuntado el Tribunal:

*“Las circunstancias de atenuación del art. 21, antes del art. 9 del Código penal de 1973 responden, como se ha dicho, a una menor imputabilidad del sujeto; a una disminución del injusto y, por lo tanto, menor necesidad de pena; o a requerimientos de política criminal, como la reparación a la víctima o la colaboración con la administración de justicia. Las situaciones que la realidad fáctica puede evidenciar y que no pueden ser integrados en una de las circunstancias del art. 21 guardando sin embargo, una análoga significación con los fundamentos de las circunstancias de atenuación del art. 21, en sus números 1 a 5, pueden ser subsumidos en el número 6 atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto”*³⁶⁶.

Algo similar puede predicarse de la institución jurídico-penal de la exculpación. Principalmente desde FREUDENTHAL se discute largamente sobre el papel que el principio de inexigibilidad tiene para la exculpación³⁶⁷. Según entiendo, el modo en el que se ha caracterizado este principio y se lo ha pretendido emplear, refleja claramente la idea de un principio que no fundamenta ninguna circunstancia concreta que excluya la culpabilidad. Al contrario, estaríamos frente a un principio que aspira respaldar a la institución de la exculpación que congrega a todas las otras normas. En definitiva, pareciera ser que las concretas causas de exculpación serían una concreción de tal principio. Puede que luego dudemos acerca de si el nombre de *principio de inexigibilidad* sea el más correcto para caracterizar a uno de los principios que fundamenta la institución. Sin embargo, lo que debe quedar claro es que se alude a una pauta jurídica que fundamenta esta concreta institución, lleve el nombre que lleve.

v Cometido y estructura de los principios de las instituciones jurídico-penales

Pese a que los principios institucionales tienen por meta, al igual que las *rationes legis*, fundamentar los componentes jurídicos de los cuales surgen (instituciones y leyes, respectivamente), la estructura de ambos principios evidencia significativas diferencias.

³⁶⁴ Esta es una de las razones por las que conviene asimismo rechazar el *concepto metodológico de bien jurídico*, según el cual se entiende éste sólo como forma sintética de pensamiento respecto del “*sentido y fin de las concretas normas del Derecho penal*”, y que, según entienden algunos, representan la *ratio legis* de los diversos tipos; cfr. HONIG, *Die Einwilligung*, p. 30; BLEI, *AT*¹⁸, § 24 II; WACHINGER, *FRANK-FS*, I, p. 8. Crítico frente a esta concepción del bien jurídico, ROXIN, *AT*⁴, I, § 2, n.m. 4, pp. 14-15.

³⁶⁵ STS núm. 167/2004 (Sala de lo Penal), de 13 febrero, ponente Sánchez Melgar. Con idéntico criterio, STS núm. 1620/2003 (Sala de lo Penal), de 27 noviembre; STS núm. 1047/2001 (Sala de lo Penal), de 30 mayo; STS núm. 1258/1999 (Sala de lo Penal), de 17 septiembre; STS núm. 1047/1999 (Sala de lo Penal), de 27 julio

³⁶⁶ STS núm. 504/2003 (Sala de lo Penal), de 2 abril, ponente MARTÍNEZ ARRIETA (la negrita es agregada). Igualmente, el TS agrega más adelante en la misma sentencia que “*La análoga significación ha de ir referida a la consideración de situaciones que supongan una menor culpabilidad o una disminución del injusto que, sin tener encaje preciso en las atenuaciones del art. 9.10 o 21.6 (CP/95), merezcan una menor reproche penal y, consecuentemente, una menor consecuencia jurídica. Por ello, la análoga significación se refiere a las causas que fundamenten la menor exigencia de responsabilidad penal*”.

³⁶⁷ FREUDENTHAL, *Culpabilidad, passim*.

Al analizar los principios que subyacen a las reglas, señalé que son principios que tienden a identificarse con la finalidad perseguida por la concreta regla. A partir de esto parece bastante razonable hallar claras diferencias entre la estructura característica de las reglas y la de las *rationes legis*. Estas últimas directamente carecían de condiciones de aplicación, como así también de una solución jurídica. Su estructura presentaba una clara divergencia en relación a las reglas, las cuáles se estructuran como un caso genérico correlacionado con una solución jurídica³⁶⁸. Por ello se justificaba que la diferencia entre reglas y principios se entienda en términos esenciales.

Los principios institucionales, en cambio, presentan una estructura que tiende a asemejarse a las reglas. Estos principios mantienen, al igual que las reglas, una estructura que puede entenderse como la correlación entre caso genérico y solución jurídica. Cuando pensamos en una institución del tipo de la justificación, con independencia del caso genérico que cada regla de la institución regula, pensamos en un caso genérico abstracto, en virtud del cual el ordenamiento jurídico no se ve afectado. Dicho en otras palabras: se piensa en un caso genérico que, por sus propiedades, no puede pensarse que atente contra el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, que sea antijurídico. Algo similar sucede cuando pensamos en las causas de exculpación. La institución aludiría a un caso genérico caracterizado por la conducta de un agente al que no puede serle reprochable su obrar, en virtud de las circunstancias motivacionales en las que lo hace.

En consecuencia de ello, los principios que asumen la tarea de fundamentar las instituciones de la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal también aparecen conectados con determinados casos genéricos. A diferencia de las concretas eximentes reguladas, los principios de estas instituciones no enuncian las condiciones de aplicación de un modo cerrado, sino que lo hacen de un modo ciertamente espiritualizado o abierto. Los principios institucionales no concretan los requisitos que los harían operativos. Sin perjuicio de ello, se encuentran conectados con determinados actos que, abstractamente caracterizados, merecen la justificación, la exculpación, la exclusión de pena o la atenuación. Si uno analiza, por ejemplo, las diferentes atenuantes de responsabilidad penal, observará que todos los casos genéricos regulados presentan algunos elementos comunes. Justamente, las abstractamente formuladas condiciones de aplicación de los principios institucionales reflejarían esas características comunes.

Otra característica fundamental de la estructura de los principios que fundamentan las instituciones de la exención total o parcial responsabilidad penal, es que también se hallan conectadas con una determinada consecuencia o solución normativa. Vemos que, además de contar con condiciones de aplicación formuladas de modo abierto, también cuentan con una consecuencia jurídica.

Siempre que hablemos de principios que fundamentan la justificación o la exculpación, vamos a estar aludiendo a principios que entrarán en juego para justificar o exculpar, respectivamente. A partir de allí, puede verse que los principios que fundamentan la justificación van a estar conectados con una misma consecuencia jurídica: la permisón del comportamiento por no ser antijurídico. En igual sentido, los principios institucionales de las causas de exculpación, se conectan directamente con la exculpación de comportamientos prohibidos. Lo mismo puede predicarse, *mutatis mutandis*, de los principios institucionales que fundamentan las excusas absolutorias y las atenuantes.

c Los principios generales del Derecho penal y los principios generales del Derecho

La alusión a los principios generales del Derecho se hace en un sentido distinto al que tradicionalmente se le asignó a la expresión. Hasta la aportación de DWORKIN, con la que se comienza a hablar de diferentes clases de principios, la expresión *principios generales del Derecho* es el rótulo que se empleaba para abarcar a todos los principios jurídicos³⁶⁹. Al contrario de esta tradición, me interesa abordar la temática de los principios generales del Derecho desde otra perspectiva, considerando la discusión actual sobre el tema.

³⁶⁸ Entendiendo en este sentido la estructura de la norma, ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 37.

³⁶⁹ Un buen ejemplo de ello se encuentra en la obra de BELADIEZ ROJO, *Los principios*, *passim*.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Se vino siguiendo hasta aquí una caracterización de los principios implícitos a partir del grado de abstracción en el que se sitúan. Mientras que las *rationes legis* son principios que se conciben como fundamentos de normas jurídicas concretas, se veía que los principios institucionales son fundamentos de una entelequia jurídica que congrega diversas reglas. Desde este nivel intermedio de abstracción alcanzado con el análisis de los principios institucionales puede darse un salto más y abordar principios que se ubican en un nivel ulterior de abstracción. Precisamente los principios generales del Derecho penal se desempeñan en un nivel de abstracción ulterior, al fundamentar al Derecho penal. Todavía en un plano más alto de abstracción yacen los principios generales del Derecho.

Las denominaciones de *principios generales del Derecho penal* y de *principios generales del Derecho* se utilizarán aquí para entender las razones que fundamentan el Derecho penal y el ordenamiento jurídico, respectivamente^{370/371}. Vemos así, entonces, que es posible distinguir la presencia de diversos principios según el nivel de abstracción en que operen y, por tanto, hablar de principios procedentes de todo el ordenamiento jurídico y de principios procedentes de una rama concreta³⁷².

Entre aquellos principios que constituirían los fundamentos del Derecho penal podría enumerarse, sin pretensión de exhaustividad, a los principios de subsidiaridad, al principio de exclusiva protección de bienes jurídico, al principio de lesividad, al principio de fragmentariedad, al principio de culpabilidad, etc.³⁷³. Igualmente, entre los principios generales del Derecho que tienen más claras implicaciones en el Derecho penal cabe citar al principio *pro libertate*, al principio de bien común, al principio *neminem laedere*, el principio de igualdad, el principio de certeza jurídica, etc.^{374/375}

Algunos de estos principios se caracterizan principalmente por cristalizar los valores ético-políticos que informan a todo el ordenamiento jurídico y que, por otra parte, lo justifican³⁷⁶. Este parece ser el caso, principalmente, de los principios generales del Derecho enunciados con anterioridad, esto es, el principio de bien común, el principio de dignidad humana, el principio *neminem laedere*, el principio de igualdad, etc. Se entiende que sólo a partir de esta clase de principios puede edificarse un ordenamiento jurídico que aspire a la realización de la justicia³⁷⁷. En todo caso, el respeto de estos valores o principios últimos del Derecho sería *conditio sine qua non* de un ordenamiento jurídico justo. Estos principios serían, en todo caso, la expresión de las “*convenciones morales e ideológicas más arraigadas dentro de la sociedad*”³⁷⁸.

Algo parecido puede decirse de aquellos principios que caractericé como *fundamentales del Derecho penal*. Se halla sedimentada desde el comienzo mismo del Derecho penal moderno la idea según la cual una intervención penal justa sería sólo aquella que intente conjugar los principios de

³⁷⁰ YACOBUCCI, *El sentido*, pp. 107-108. Según SAUER, *PG*, pp. 97 y ss., los principios jurídico-penales fundamentales son los de *bien común, justicia y seguridad jurídica*; frente a casos de conflicto entre los dos primeros principios materiales con el tercer principio (formal), primaria el criterio formal, aunque en casos excepcionales deberían desplazarse las exigencias de seguridad jurídica frente a la injusticia evidente y éticosocialmente insostenible.

³⁷¹ Resulta conveniente formular esta precisión terminológica a los fines de evitar equívocos. En este sentido, cfr. CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, pp. 85-86, para quien, justamente su poca precisión y las dudas respecto a su naturaleza y su valor normativo, llevó a que los tribunales muy rara vez los invocaran como único fundamento de su decisión. Asimismo, agrega que estos principios deben ser fijados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Exponiendo sobre la perplejidad a la que conduciría el hallazgo de la naturaleza de tales principios generales del Derecho y que llevaría por caminos tan diversos (como piezas del Derecho natural, las reglas de cultura, etc.), cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, pp. 452-453. Destacando, en lo esencial la incertidumbre que marca el terreno de los principios generales del Derecho, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley*, p. 90.

³⁷² Distinguiendo entre estos dos planos de principios jurídicos, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 145-148. Asimismo, en la Teoría del Derecho, cfr. ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, p. 5; CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, p. 86; GUASTINI, *Distinguiendo*, p. 151.

³⁷³ En sentido similar, SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios*, p. 61. Este colectivo de principios jurídico-penales ocuparía la categoría de *principios fundamentales y derivados*, en el sentido que reconoce YACOBUCCI, *El sentido*, p. 94. En una reciente monografía, JÄGER, *Zurechnung*, pp. 23 y ss., resalta el papel que tendría el “principio de responsabilidad” como principio general del Derecho penal en la distinción de las categorías de la imputación y la justificación.

³⁷⁴ YACOBUCCI, *El sentido*, p. 187.

³⁷⁵ Merece dejar a salvo la aclaración de que alguno de estos principios que se enuncian como principios generales del Derecho implícitos, pueden tener carácter explícito de acuerdo a los distintos ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, creo que ello sucede con el caso del principio de igualdad o de certeza jurídica en el Derecho español.

³⁷⁶ Cfr. GUASTINI, *Distinguiendo*, p. 152, quien, en estos casos, no habla de principio generales del Derecho sino de principios fundamentales y generales del ordenamiento.

³⁷⁷ Como entiende GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 145-146, estos principios supondrían derivaciones teleológicas de todas las normas del ordenamiento jurídico y, por su carácter fundamental para todas las ramas del Derecho, estarían plasmados en las Constituciones.

³⁷⁸ CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, p. 86. De modo similar, BELADIEZ ROJO, *Los principios*, pp. 41-42.

subsidiaridad, de lesividad, de culpabilidad, etc. De ahí que se diga que tales principios fundamentan a todo el Derecho penal y que tienen como meta racionalizar el ejercicio del poder punitivo³⁷⁹. Dicho esto, los principios generales del Derecho penal serían los principales fundamentos a partir de los que podría edificarse una política criminal ilustrada³⁸⁰.

Con todo, no pueden distinguirse los principios generales del Derecho penal y los principios generales del Derecho de los principios institucionales solamente a partir del nivel de abstracción en el que ellos operan. Indudablemente cada una de estas piezas jurídicas cumple en el ordenamiento jurídico funciones diferentes y que conviene distinguir. No es lo mismo constituir el fundamento de una institución jurídica que serlo de todo el Derecho penal. Menos aún lo es cuando hablamos de fundamentos de todo el Derecho. Sin embargo, la distinción principal que cabe trazar es también de carácter estructural, dado que los principios generales del Derecho y del Derecho penal presentan una conformación diferente a la de los institucionales. Incluso, esta diferencia condiciona también su proyección en la actividad de los poderes políticos y su reconocimiento por parte de éstos.

Los principios que se analizan en este apartado ofrecen una estructura que se corresponde, en lo esencial, con aquellos principios que en la discusión de la Teoría del Derecho se conocen como *directrices políticas* o *mandatos de optimización*. Estos principios se caracterizarían porque, además de expresar los valores fundamentales del ámbito dentro del cual operan, expresan ciertos objetivos que los ámbitos concretos persiguen³⁸¹. Los principios generales del Derecho penal, vistos a la luz de las directrices políticas o los mandatos de optimización, establecerían objetivos políticos que deberían conseguirse en la medida de lo posible³⁸².

La estructura de estas directrices políticas es claramente divergente de la que poseen los principios institucionales. Al analizar estos últimos, ponía de relieve que la vinculación con una institución jurídica aparejaba también que el principio estuviese conectado con un concreto grupo de casos genéricos y a una consecuencia jurídica. Los principios generales del Derecho y del Derecho penal no presentan esta misma estructura, caracterizada por la existencia de condiciones de aplicación conectadas con una consecuencia jurídica.

Por un lado, no puede señalarse que mantengan algún tipo de conexión con un grupo de casos genéricos, que presupongan la existencia de condiciones de aplicación abiertamente enunciadas. El grado de abstracción en el que, por definición, tales principios generales operan, conlleva esa desvinculación con un grupo de casos genéricos regulado por las normas de un sistema jurídico.

Pero tampoco, por otro lado, puede establecerse algún tipo de conexión con alguna consecuencia jurídica concreta³⁸³. No tenemos aquí el grado de concreción ni de seguridad que aportarían a la argumentación los principios institucionales. El recurso al principio de lesividad o de subsidiaridad en la argumentación del juez, no podría anticipar si se haría con la finalidad de exculpar, justificar, atenuar, etc. Ello justamente se debe a la carencia de una consecuencia jurídica, de la que padecen estos principios. En cambio, el recurso a los principios de la justificación nos adelantaría que tales principios estarían vinculados a una institución y, en concreto, con la específica consecuencia de justificar el comportamiento, dado que los principios institucionales sí cuentan con una concreta consecuencia jurídica. Así, los principios de la justificación tendrán como consecuencia la justificación del comportamiento, los de la atenuación la disminución de la pena, etc.

³⁷⁹ YACOBUCCI, *El sentido*, p. 80. Sin perjuicio de ello, comparto la opinión de RÖHL, *Allgemeine*, § 32, p. 253, según la cual se trataría en estos casos de *principios abiertos*, "de los cuales no puede extraerse absolutamente ninguna consecuencia jurídica"

³⁸⁰ Eso sería interpretado en esos términos de entenderse que los principios comprometerían la política criminal con los estándares del Estado de Derecho, cfr. SILVA SÁNCHEZ, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, pp. 35-36.

³⁸¹ Dicho ello en palabras de DWORKIN, *El modelo (I)*, en EL MISMO, *Los derechos en serio*, pp. 72-73, "[l]lamo «directriz» o «directriz política» al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad". En opinión de este autor, las directrices no podrían identificarse con un principio, el cual sería "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad".

³⁸² Destacando que los mandatos de optimización sólo ordenan la consecución de fines en la medida de lo posible, PRIETO SANCHÍS, *Diez argumentos*, p. 54.

³⁸³ Caracterizando en estos términos a las directrices políticas, PRIETO SANCHÍS, *Diez argumentos*, pp. 55-56; RUIZ MANERO, en *El derecho y la justicia*, pp. 152 y ss.; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, pp. 10- 11.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Esta estructura tan abierta que ofrecen las directrices políticas explica que tenga un rol preponderante en la actividad legislativa más que en la estrictamente jurisdiccional³⁸⁴. Los principios institucionales importan una guía más precisa para el juez en tanto y en cuanto sujeta a éste respecto a la consecuencia jurídica que se derivaría de su implementación. En cambio, la estructura de los principios generales del Derecho y del Derecho penal se encuentra hasta tal punto indeterminada, que sólo podría tener implementación en el sistema a partir de su cristalización en una ley³⁸⁵. Con ello viene a decirse que tales directrices políticas, pese a desempeñar un papel relevante en la argumentación de los jueces³⁸⁶, cumplen un rol más relevante en la faz legislativa³⁸⁷. Todo ello tiene eco en la jurisprudencia del TS, especialmente en referencia al principio de subsidiaridad, en cuanto “*éste es un principio de política criminal llamado idealmente a inspirar la actividad legislativa [...] siendo así, los tribunales deben partir de la opción que haya hecho el legislador, que en este caso es clara, como resulta de lo razonado*”³⁸⁸.

Desde esta perspectiva estructural de los principios, la creación judicial de una nueva eximente a partir la analogía *institutionis* supondría una mayor limitación en la tarea del juez que la que supondría la analogía *iuris*. Esta última se apoya —como se verá más adelante— en los principios generales del Derecho y del Derecho penal, los cuáles se caracterizan por una marcada indeterminación en sus condiciones de aplicabilidad y por la ausencia de consecuencias jurídicas.

Si se entiende que los principios generales del Derecho penal son mandatos de optimización y, en consecuencia, expresan objetivos político-criminales que deben procurar ser alcanzados *en la medida de lo posible*, no puede pasar desapercibida una consecuencia significativa. Puede que exista cierta armonía en el funcionamiento de tales principios en términos generales. Por ejemplo, vemos que los principios de subsidiaridad y de fragmentariedad operarían en planos análogos, de modo tal que el resguardo de uno de ellos no generaría problemas en relación al otro. Sin embargo, la realización de algunos principios generales del Derecho penal podría generar inconvenientes con la efectivización de otro principio. Pensemos por un momento en el *principio in dubio pro reo* y el *principio de protección de la sociedad frente al ilícito* o *de vigencia del ordenamiento jurídico*. El legislador se verá obligado a conciliarlos en la medida de lo posible, buscando satisfacer ambos principios sin sacrificar alguno de ellos por completo.

Lo anterior muestra, asimismo, una característica de todo principio que lo separa de las reglas: los principios no se aplican al modo “*todo o nada*”³⁸⁹. Esto no creo que sea algo que suene demasiado raro a nuestra discusión jurídico-penal, más aún si se tiene presente la siguiente expresión de ROXIN: “*el principio de subsidiaridad es más una directriz político-criminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta que punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la desincriminación por ejemplo del hurto en locales comerciales o en las empresas*”³⁹⁰. Ello nos llevaría a conjeturar que un mínimo de sacrificio de estos principios es posible y aceptable desde una perspectiva garantista³⁹¹.

Por último, la omisión de toda referencia al principio de legalidad entre los principios generales del Derecho penal es plenamente consciente. Si bien se dice con razón que la legalidad es un principio

³⁸⁴ DWORKIN, *Los casos*, en *EL MISMO, Los Derechos en serio*, p. 150. De otra opinión, YACOBUCCI, *El sentido*, p. 94.

³⁸⁵ Justamente señala GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 228, en relación al principio de proporcionalidad, que esta clase de principios no suministra ninguna regla para la decisión del juez sino que la única manera que ello llegue a ser posible es mediante su transformación en un enunciado jurídico concreto.

³⁸⁶ Principalmente como guías generales que racionalizan la decisión judicial, cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 229.

³⁸⁷ Entiende justamente SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, § 3, n.m. 29, p. 33, que principios generales del Derecho penal como el de culpabilidad y de subsidiaridad, son principios constitucionales que se dirigen al legislador. Señalando que ni siquiera involucrarían al juez, PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales*, pp. 106 y ss.

³⁸⁸ STS n° 690/2003, Sala de lo Penal, de 14 mayo, ponente Perfecto Andrés IBÁÑEZ. Haciendo ello aun más explícito en STS n° 96/2002, Sala de lo Penal, de 30 enero; STS n° 7/2002, Sala de lo Penal, de 19 enero, «*como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.*»

³⁸⁹ Cfr. DWORKIN, *El modelo (I)*, en *EL MISMO, Los derechos en serio*, pp. 72 y ss.; ALEX, *Teoría de los derechos*, p. 86-87.

³⁹⁰ ROXIN, *AT*, I, § 2, n.m. 101, p. 47.

³⁹¹ El TS no ha obviado en su jurisprudencia toda referencia a estos conflictos que pueden derivarse en la implementación de los principios, en concreto, del principio de subsidiaridad, cfr. STS n° 96/2002, Sala de lo Penal, de 30 enero; STS n° 7/2002, Sala de lo Penal, de 19 enero, “*el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio.*”

fundamental del Derecho y del Derecho penal, creo que tal expresión no se compadece con la terminología seguida aquí.

En el primer capítulo se puso de manifiesto que el principio de legalidad tenía un papel de tal importancia en el Derecho que regía toda la actividad de los órganos encargados de crear y aplicar el Derecho. En realidad, el principio de legalidad sería una regla que, por su jerarquía, se encuentra por encima de las restantes reglas y principios jurídicos. Precisamente, el principio de legalidad se encargaría de determinar en cada ámbito el reconocimiento de aquellas piezas jurídicas que pueden ser fuente de Derecho o bien pueden intervenir en el razonamiento judicial. Del mismo modo establece alguno de los requisitos que deben ser respetados en la técnica legislativa (v. gr. el mandato de taxatividad) o en la interpretación e integración del Derecho penal. El principio de legalidad sería una pauta que regiría todo el sistema secundario de normas que se destina al juez, pero que también alcanzaría a la actividad del legislador. Ello lleva a entender que el principio de legalidad sería una regla en sentido estricto, aunque con una jerarquía superior respecto a las restantes reglas ordinarias.

En el caso de entenderse el principio de legalidad como un principio ordinario se llegaría a la conclusión de que éste tan sólo ordenaría la obtención de una determinada meta en la medida de lo posible. En consecuencia, en caso de colisionar con algún otro principio, el principio de legalidad podría verse desplazado según cada caso. En realidad, se encuentra justamente por encima de tales reglas rigiendo el peso que tienen éstas en la actividad judicial.

d Contextos de los principios implícitos: origen y reconocimiento de los principios implícitos

En los anteriores apartados se analizaron los diferentes tipos de principios implícitos que pueden reconocerse en el Derecho penal. Como veremos al analizar detalladamente la analogía *legis*, la analogía *institutionis* y la analogía *iuris*, tales principios jurídicos desempeñan un papel fundamental para establecer la relación de semejanza, como así también para fundamentar la creación del juez. En este apartado conviene, no obstante, analizar otra cuestión primordial y que tiene que ver básicamente con el origen y con el reconocimiento de estos principios.

Al respecto señala GUASTINI³⁹² que, «[s]egún un punto de vista en ascenso y ahora consolidado, los principios implícitos serían contruidos por los intérpretes a través de la “inducción” (abstracción, generalización, universalización) a partir de normas particulares»³⁹³. La afirmación viene a constatar algo que la doctrina mayoritaria señala muy a menudo, esto es, que los principios implícitos no son algo previo y externo al intérprete, sino que son creados por éste. Según esta concepción, los principios se construirían a partir del material normativo que expresamente ha sido estatuido por el legislador. Es precisamente el intérprete quien, a partir de tales normas, podrá edificar su construcción y fundamentar así su argumentación. Sin embargo, aquí sostendré la tesis contraria, sin perjuicio de lo cual creo oportuno hacer algunas distinciones que ayudarían a hacer mi postura más plausible.

La primera tesis asumida por esta doctrina reseñada por GUASTINI —*los principios implícitos se conocen a partir del material puesto por el legislador*—, es absolutamente correcta. Esta opinión se corresponde con lo que cabría entender como la *dimensión de descubrimiento de los principios implícitos*. Es imposible hablar de *rationes legis* sin referencia alguna a las reglas que sirven de fundamento. Igualmente, el acceso a los principios que respaldan las instituciones jurídico-penales no puede tener lugar si no es a partir de las propias reglas que conforman la institución. Para acceder a los principios de la justificación deberemos considerar el conjunto de las disposiciones que se engloban en ella, esto es, la legítima defensa, el estado de necesidad y las demás causas de justificación que el legislador haya reconocido. Necesariamente el paso previo para conocer los principios implícitos es el análisis del material normativo puesto por el legislador. De otra manera no podría accederse a los mismos y no podría hablarse de principios con carácter *implícito*.

³⁹² GUASTINI, *Distinguiendo*, p. 157.

³⁹³ En idéntico sentido, aunque aludiendo a las *rationes legis*, BIAGGINI, en *Die Bedeutung*, pp. 62-63.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Sin embargo, no creo que pueda sostenerse que lo que sigue al estudio del material normativo puesto por el legislador sea pura creación del intérprete, como sugiere la doctrina mayoritaria. En esta dimensión, que podría caracterizarse como *dimensión del origen de los principios*, parece más adecuado asumir otra postura. Es desacertado considerar los principios implícitos como una mera creación del intérprete desde el mismo momento en que se recuerda la destacada labor que cumplen los principios en la integración del Derecho. Su importancia radica en la racionalización de la argumentación, en el sentido de que busca hacerla apegada al ordenamiento jurídico y evitar que la decisión del juez o del dogmático sea el traslado de sus propias concepciones del mundo³⁹⁴. Únicamente sería ello posible si los principios operaran como pautas externas al intérprete que le marcaran los límites entre un argumento acorde al Derecho y otro que es ajeno a él³⁹⁵. Quienes se hayan convencidos de que los principios implícitos son el fruto de una creación del juez o del dogmático tienen necesariamente la carga de la prueba respecto a aquellos elementos que racionalizarían en última instancia su argumento y lo enmarcarían dentro del Derecho.

A este argumento de que los principios implícitos son creados por el juez o el dogmático subyace una tesis que me parece discutible. Según ella, las normas jurídicas (en sentido amplio) tendrían solamente como origen actos expresos de los operadores jurídicos. Las leyes, los reglamentos, las sentencias, etc., tendrían su origen en un acto expreso del legislador, del ejecutivo y de los jueces, respectivamente. Igualmente, los principios jurídicos serían la consecuencia de un acto expreso de jueces o dogmáticos que los crean a partir del material normativo.

Empero, esta tesis suscribe un punto de vista sobre la génesis del Derecho que, sin ser desacertada, es claramente limitada. Con tal tesis no puede explicarse el origen del derecho consuetudinario, el cual tiene un originamiento espontáneo y con independencia de un acto de creación expreso de algún agente jurídico³⁹⁶. Los principios implícitos, justamente, son de la clase de normas jurídicas que, al igual que la costumbre, se reproducen de modo espontáneo y con relativa independencia de la labor de los agentes jurídicos³⁹⁷.

Que en la génesis del Derecho sea el Estado principalmente una especie de *demiurgo* que produce normas jurídicas, no implica sin más que sea él quien pueda monopolizar el dictado de pautas jurídicas. Además, el Derecho debe partir de otras normas que no sean puestas por el Estado o por otros operadores jurídicos y que emanen de instancias informales de control social³⁹⁸. Esto es lo que sucede, como bien dije, con el derecho consuetudinario, que se produce gracias a la dinámica del sistema jurídico. Empero, bien conocido es por todos que la costumbre tiene un papel tan sólo secundario en el Derecho privado — principalmente por no ser un hecho de poder que pueda ser impuesto y cuyo cumplimiento deba ser exigido³⁹⁹— y prácticamente nulo en el Derecho público y penal, en particular⁴⁰⁰.

³⁹⁴ Por esta razón se entiende la afirmación de que los principios "*actúan como una instancia de racionalización y de legitimación decisoria*", YACOBUCCI, *El sentido*, p. 107.

³⁹⁵ Concibiendo también a los principios implícitos como pautas externas al intérprete, YACOBUCCI, *El sentido*, p. 81; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, pp. 18-19, "*el que los principios de un sistema jurídico no aparezcan siempre claramente explicitados se debe, en parte, a razones técnicas que tienen que ver con la propia naturaleza de los principios: por un lado, la dinámica social hace que surjan constantemente nuevos objetivos o finalidades que no podían preverse por los órganos de producción normativa; por otro lado, los principios dependen de las reglas y son, al mismo tiempo, fuertemente interdependientes entre sí, de manera que la modificación de las reglas o principios explícitos genera constantemente nuevos principios implícitos; finalmente, al menos algunos de los que vemos llamado principios en sentido estricto descansan en lo que cabe llamar «formas de vida» de una sociedad que, como se sabe, no son fáciles de caracterizar en todos sus contornos*". De opinión similar, aunque sosteniendo que se originan en la comunidad jurídica y no en el Derecho, RUITER, *Legal Institutions*, pp. 120, 127, 129, con lo que los principios serían una pauta de la moral legal que, una vez que es reconocida, se transforma en un principio legal no escrito. Parece reconocer también que esta clase de principios (especialmente las *rationes legis*) tienen una existencia previa al acto del aplicador de la norma, RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 895, p. 563; DWORKIN, *El modelo (I)*, en EL MISMO, *Los derechos en serio*, p. 80. Pese a no hacerlo explícito en su obra, creo que esta visión de los principios coincide con la de ALONSO, *Interpretación*, pp. 322-323.

³⁹⁶ HAGE, *Reasoning*, p. 57.

³⁹⁷ RUITER, *Legal Institutions*, pp. 122 y ss.

³⁹⁸ Próximo a esta idea, RÖHL, *Allgemeine*², § 76, p. 613.

³⁹⁹ Ello encuentra su razón de ser en que una de las notas de los convencionalismos sociales es su *unilateralidad*, esto es, que generan obligaciones respecto a sus destinatarios, más no generan facultades de exigir su cumplimiento, cfr. GARCÍA MAYNEZ, *Introducción*⁵, pp. 33-35. Como opina este autor, es un deber de cortesía ceder el asiento en un autobús a una dama que viaja de pie, pero tal deber no genera correlativamente una "deuda" a favor de la dama.

⁴⁰⁰ No debe obviarse que en la actualidad se patrocina la ruptura con la prohibición de recurrir al derecho consuetudinario en la fundamentación o agravación de la responsabilidad penal, a partir de la aceptación de la costumbre internacional en el castigo de delitos de lesa humanidad. Sin embargo, estimo cuestionable esta tesis, dado que anularía la función del principio de legalidad en relación al potencial delincuente, ampliando desmedidamente el ámbito del poder punitivo.

Además, pueden existir instrumentos normativos que no hayan sido puestos directamente por los órganos estatales en el sistema jurídico. Tales piezas jurídicas tienen existencia autónoma en el ordenamiento jurídico, con independencia de su aprehensión por el intérprete. Tales piezas del Derecho son los *principios jurídicos implícitos* que alcanzan a tener un papel relevante en la argumentación del juez al momento de dictar la sentencia y de racionalizar su decisión.

El Derecho puede concebirse como un *cuerpo vivo* que se encuentra en permanente regeneramiento con cierta independencia respecto de lo que puedan hacer los agentes jurídicos al respecto. El sistema jurídico, por tanto, puede evolucionar para adaptarse a su entorno sin que esa evolución haga peligrar su unidad autónoma relativa⁴⁰¹, dado que la apertura del sistema es controlada por los propios mecanismos formales que imponen su clausura normativa^{402/403}. Esto no quiere significar que siempre el Derecho va a estar mutando y que haría inalcanzable una plataforma mínima de certeza jurídica. En realidad, el legislador dicta una serie de leyes con cierta sistematicidad que, independientemente de la voluntad de aquél, van tejiendo una membrana de principios jurídicos que emanan del conjunto de leyes⁴⁰⁴. Ello es perfectamente explicable cuando hablamos de las instituciones jurídicas, las cuales se encuentran fundamentadas en principios institucionales. Como vimos, muchas de ellas han sido creadas a partir de la misma sinergia de las diversas normas que confluyen en la institución.

Lo cierto aquí es que la posibilidad teórica de formular tales elucubraciones no adelanta en lo más mínimo un juicio positivo sobre su legitimidad. Tal legitimación debe medirse según el grado de injerencia sobre las libertades de los ciudadanos que represente el recurso del juez a tales principios. Pero incluso en estos casos seguirá exigiéndose el mantenimiento de la ley como punto de referencia. Desde un principio, su legitimidad es claramente inferior a la ley, en la medida en que la participación de la ciudadanía en la adopción de la decisión normativa queda extremadamente desplazada. Visto ello de este modo, si tales principios se reproducen por la misma *autopoiesis* del sistema, el influjo de la voluntad del legislador es mediatizado y, por consiguiente, la de la voluntad de la comunidad política se halla prácticamente evaporada⁴⁰⁵. Pero además la voluntad general del Estado también queda en este punto mediatizada.

4 Principios jurídico-penales explícitos: excursus

A los fines de comprender cabalmente el argumento por analogía *in bonam partem*, lo que es fundamental es captar el sentido y la estructura de los principios implícitos. Justamente son ellos los que operan en el razonamiento jurídico por analogía en diversos planos. Para la conceptualización de tales principios necesariamente hubo que contraponerlos con los principios explícitos. Aquí sólo tendrán lugar algunos apuntes genéricos sobre el papel que los principios explícitos pudiesen llegar a tener en el Derecho penal. A tal fin me serviré del esquema conceptual que precede.

Los principios explícitos que tienen una directa incidencia dentro del Derecho penal, creo que pueden ser ubicados en un plano de abstracción que se corresponde con el del ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que se trataría de principios generales del Derecho. Según mi parecer, no existen principios institucionales o principios generales del Derecho penal que encuentran plasmación expresa en algún cuerpo legal o constitucional. En cambio, algunos de los principios generales del Derecho que tienen una directa incidencia en el Derecho penal, se encuentran recogidos en la Constitución. De

⁴⁰¹ De ahí que se diga que “un ordenamiento jurídico no sólo está obligado a ordenar, sino también a desarrollar al Derecho”, cfr. GÜNTHER, *Strafrechtsvidrigkeit*, p. 91.

⁴⁰² Como mecanismo de esta clausura cumpliría un papel fundamental el principio de legalidad.

⁴⁰³ CALVO GARCÍA, *Los fundamentos*, p. 271.

⁴⁰⁴ Hasta donde llego, no muy lejano a esta idea, Díez-Picazo/Gullón, *Sistema*¹, p. 167, “[e]l intérprete debe adaptar incesantemente el ordenamiento jurídico, que está el mismo en incesante renovación, pues dentro de su seno cada nueva disposición irradia una fuerza sobre las anteriores y, en definitiva, sobre el entero conjunto”. Contrario a ver que el ordenamiento jurídico genera principios, Sánchez Martínez, *Los principios*, p. 68.

⁴⁰⁵ Advierto que la presencia de la voluntad de la ciudadanía en la creación de los principios no está absolutamente excluida, por el hecho de que su voluntad se encuentra representada en el legislador, quien, a su vez, participa en el proceso de producción normativa del sistema jurídico indirectamente colocando las leyes. Por tanto, la voluntad de la comunidad política, sin llegar a desaparecer, estaría doblemente mediatizada.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

ello da cuenta el art. 1. 1 CE que reconoce el principio de igualdad, la justicia y la libertad. Lo mismo sucede con la consagración expresa del principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9. 3. CE.

VI CLASES DE ANALOGÍA: ANALOGÍA *LEGIS*, ANALOGÍA *INSTITUTIONIS* Y ANALOGÍA *IURIS*

A INTRODUCCIÓN

Posiblemente una de las distinciones más extendidas en la Teoría del Derecho relacionada con la analogía es la que separa la analogía *legis* o analogía *particular* de la analogía *iuris* o —también conocida como— analogía *general*⁴⁰⁶. Más aún, no puede pasar desapercibido que en las primeras referencias a la analogía como mecanismo de integración del Derecho, se manejó un concepto primitivo que se asemejaba a lo que actualmente conocemos como analogía *iuris*. Sólo con el advenimiento del positivismo jurídico y el desarrollo de las técnicas de argumentación, fue teniendo un lugar de privilegio la analogía *legis*, hasta llegar al punto de acabar siendo el modelo de analogía por antonomasia⁴⁰⁷.

En el tratamiento estándar de la doctrina teórico-jurídica, la separación entre la analogía *legis* y la analogía *iuris* queda anclada, principalmente, al número de normas que tomará como referencia el juez para crear la norma mediante la analogía^{408/409}. En este sentido, en la analogía *legis* el juez creará una nueva norma jurídica que regule el caso genérico afectado por la laguna jurídica, a partir de una norma que otorga tratamiento jurídico a un caso genérico análogo al afectado por la laguna.

Esto marcaría que un aspecto fundamental de la distinción sería el grado de generalización con el que se trabaja en ambos tipos de analogía, dado que en la analogía *legis* se comienza en una norma concreta, mientras que en la analogía *iuris* se arranca en una pluralidad de normas jurídicas^{410/411}. En relación a la analogía *iuris* el juez creará la nueva norma que regulará el caso afectado por la laguna jurídica mediante un principio que extrae de todo el conjunto de normas del ordenamiento jurídico. Con meridiana claridad exponen DÍEZ PICAZO/GULLÓN⁴¹²:

⁴⁰⁶ Reconociendo dicha distinción en el doctrina jurídico-penal, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 9, n.m. 92/93, p. 158; MAURACH/ZIPF, *AT*⁸, I, § 9, n.m. 8, p. 111; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 41, p. 110; TRIFFTERER, *AT*², Cap. 2, n.m. 28, p. 25; *Schönke/Schröder*²⁷-ESER, § 1, n.m. 24; GROß, *Die strafrechtliche*, p. 73; WACHINGER, en *Frank-FS*, I, pp. 508-509; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 294-295; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 34; MAYER, *AT*, pp. 84-85; KÖHLER, *AT*, p. 94; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 481; DEL MISMO, *La ley*, pp. 123-124; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 18-19; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, pp. 253-254; LASCANO (H), en *AAVV*, *Derecho penal*, p. 150; DE QUEIROZ, en *Separado del n.º VII de "Archivos do Ministério de Justiça e Negócios interiores"*, p. 14; ANTOLISEI, *PG*¹⁴, p. 96; MANTOVANI, *PG*³, p. 76. Sin embargo, rechazaba la distinción, aunque no por cuestiones teóricas, BINDING, *Handbuch*, pp. 216-217. Para este autor la analogía *iuris* o *general* era más insegura e incoherente que la analogía *legis* y sólo esta última era capaz de garantizar la seguridad de los resultados. Dan cuenta de esta clasificación en la Teoría del Derecho y el Derecho civil, entre otros, LARENZ, *Metodología*, p. 376; RÖHL, *Allgemeine*², § 77, p. 616; LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos*, p. 256; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*¹¹, pp. 180-181; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², pp. 324-325;

⁴⁰⁷ ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 41; SALGUERO, *Argumentación*, p. 80.

⁴⁰⁸ LARENZ, *Metodología*, pp. 376-377; RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 891, p. 561; SALGUERO, *Argumentación*, pp. 168 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², p. 324.

⁴⁰⁹ Vale la pena aclarar que éste es el criterio de distinción fundamental que se considera en la discusión convencional dentro de la Teoría del Derecho. Por tal motivo, en lo que sigue entenderé la distinción en idénticos términos. No obstante, me interesa dejar a salvo la posibilidad de tomar como referente para la distinción a las diferentes clases de principios que son empleados. Por ejemplo, en la analogía *legis* y en la analogía *iuris* se partiría tomando un sistema con idéntico número de normas, pero que la razón de identidad se establecería por medio de la *ratio legis* —en el caso de la analogía *legis*— o de los principios generales del Derecho, de tratarse de la analogía *iuris*. Según se desprende de la contribución de ATIENZA, *Sobre la analogía*, pp. 131-132, esta manera de entender ambas clases de analogía coincidiría con la visión de AUSTIN.

⁴¹⁰ SALGUERO, *Argumentación*, p. 168; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 134; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², pp. 324-325.

⁴¹¹ Existen muchos otros criterios que se emplean para distinguir la analogía *legis* de la analogía *iuris*. Por una parte, puede decirse que en la analogía *legis* se procede mediante comparación de lo particular a lo particular mientras que en la analogía *iuris* se procede de lo particular a lo general y luego de lo general a lo particular, cfr. SALGUERO, *Argumentación*, p. 167 (crítico respecto a este criterio distintivo); DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*¹¹, p. 180; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 134-135. También se añade que en la analogía *legis* el caso por decidir no es igual al caso genérico regulado sino análogo, mientras que en la analogía *iuris*, el caso genérico no regulado es idéntico al supuesto de hecho o condición de aplicación del principio general inducido de las normas. Respecto a este y otros criterios distintivos, cfr. FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 133 y ss.

⁴¹² DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*¹¹, pp. 180-181.

La *analogía legis* supone que se toma como premisa mayor del razonamiento únicamente una norma jurídica concreta. La premisa menor estaría formada por dos proposiciones ligadas entre sí: una, de acuerdo con la cual el caso a decidir no es igual al supuesto de hecho de la norma tomada como premisa mayor, pero es semejante a éste o guarda similitud con él, y otra, que afirma que existe la misma razón para decidir en el mismo sentido uno y otro supuesto [...]

La *analogía iuris* procede de una manera distinta. No toma como punto de partida del razonamiento una sola norma, ni procede de lo particular a lo particular, sino que, partiendo de una serie o de un conjunto de normas, trata de inducir de ellas un principio general del Derecho.

Igualmente no puede pasar desapercibido un segundo aspecto distintivo de ambos tipos de analogía y que se vincula con el material normativo que interviene en la argumentación. Las reglas y los principios intervienen en la analogía *legis* y en la analogía *iuris* de un modo diverso, dado que en la primera encontramos en la norma que finalmente crea el juez un ligamen con la regla análoga puesta por el legislador mucho más fuerte que el presente en la analogía *iuris*. En esta última, prevalecerá en la argumentación un mayor apego al principio general del Derecho o del Derecho penal. Ello no lleva a decir que sólo la analogía *iuris* se caracteriza por trabajar con principios. Como ya he señalado, también en la analogía *legis* los principios desempeñan un papel de gran trascendencia en la justificación de la razón de identidad. Esto último también sirve para poner de relieve que otro aspecto que distingue a la analogía *legis* de la analogía *iuris* es el tipo de principio con el que se trabaja en uno u otro caso.

Sin perjuicio de la fuerte raigambre que tiene la distinción entre la analogía *legis* y la analogía *iuris* en la tradición jurídica, estimo que sería importante distinguir un tercer tipo de analogía que se ubique en un nivel intermedio en la abstracción. Esta clase de analogía tomaría como base del sistema normativo un conjunto limitado de normas que se corresponda con una institución jurídica y, en nuestro caso, con una institución jurídico-penal, como puede ser la justificación, la exculpación, etc. Esta tercera clase de analogía llevará por nombre "*analogía institutionis*" y tendrá como particularidad el tomar solamente aquellas normas jurídicas que conforman una institución y cuya razón de identidad se hallará justificada por una clase especial de principios, los *principios institucionales*⁴¹³.

En lo que sigue se analizarán por separado estas tres clases de analogía, especificando los diversos pasos que se sigue en la argumentación, como así también exponiendo los requisitos que deben encontrarse presentes para que pueda recurrirse a la analogía. Puesto que alguno de estos requisitos deberá concurrir en las tres clases de analogía, algunas referencias que tengan lugar al estudiar la analogía *institutionis* o la analogía *iuris* se remitirán a lo que se señale en la analogía *legis*. Un buen ejemplo de ello será el caso del concepto de laguna.

B ANALOGÍA LEGIS

Podría decirse, *grosso modo*, que la analogía *legis* consiste en un método de integración del Derecho en virtud del cual se extiende la regulación jurídica de una norma concreta del sistema a un caso genérico que carece de solución jurídica (laguna normativa) pero que es análogo al regulado por la norma extendida. Asimismo, una tal extensión puede producirse en relación a casos que se encuentren afectados por lagunas axiológicas, esto es, casos regulados por el sistema pero de un modo axiológicamente deficiente, al no haber hecho el legislador una distinción que era relevante.

Esta primera aproximación al concepto de la analogía *legis* permite identificar las notas principales que la caracterizan. Por empezar, al tratarse de un método de integración del Derecho penal, debe partirse de la necesaria existencia de lagunas axiológicas. Pero además es menester la existencia de una norma que regule un caso genérico similar al afectado por la laguna y que exista una razón de identidad entre ambos casos⁴¹⁴.

⁴¹³ Hasta donde entiendo, esta tripartición ya late implícitamente en la obra de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 294-295, aunque de modo incompleto e poco satisfactorio. Sobre esta crítica volveré en el capítulo 3.

⁴¹⁴ Coincidentemente, aunque empleando otros términos, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 294: "Debe existir una laguna legal de regulación. La integración de la laguna de regulación jurídico-penal que objetivamente tuvo lugar no puede contradecir la decisión valorativa del legislador histórico. La configuración del Derecho judicial no puede ir en contra de ninguna reserva de ley". Exigiendo la concurrencia de requisitos similares en el ámbito de la Teoría del Derecho, SALGUERO, *Argumentación*, p. 84. Con algunas diferencias, FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 66 y ss. quien incluye también entre los requisitos la inexistencia de una voluntad legislativa contraria.

1 Existencia de una laguna jurídica

Posiblemente pueda considerarse la pretensión de conformar un sistema jurídico pleno y libre de inconsistencias axiológicas como una de las aspiraciones prístinas del legislador penal. La finalidad de que sólo sean castigadas con pena conductas que atentan contra determinados bienes jurídicos y que se cierre toda posibilidad de considerar punibles comportamientos distintos a las recogidas en la legislación, asegura la *plenitud* del ordenamiento jurídico-penal. Sin embargo, ello no garantiza en lo más mínimo que este sistema esté libre de contradicciones o de inconsistencias valorativas.

En concreto, la intensa discusión que se inició en Alemania a finales de los años 20 del siglo pasado con motivo del reconocimiento de causas supralegales de justificación, puso en evidencia que un sistema jurídico pleno, como el penal, puede igualmente presentar lagunas. Esta situación sería consecuencia de castigar comportamientos que, conforme a criterios materiales de antijuridicidad, no deberían juzgarse como contrarios al Derecho⁴¹⁵. Ello se presenta aún más claro cuando entiende Eb. SCHMIDT que, siguiendo la sentencia del RG de 11 de marzo de 1927, “[f]rente al fracaso manifiesto del «derecho escrito» se procede desde un principio a una interpelación al «derecho no escrito»”⁴¹⁶.

Ante todo debe decirse que la existencia de una laguna jurídica es uno de los requisitos esenciales de la analogía⁴¹⁷. Su presencia marca básicamente la identificación del problema ante el que estamos y, en concreto, si nos situamos ante un problema de interpretación del Derecho o de integración del mismo. Como he puesto de manifiesto en otros pasajes del presente capítulo, un razonamiento jurídico por analogía o mediante ejemplos es una de las formas más habituales del razonamiento jurídico, con lo que se halla diseminado en todas las latitudes del Derecho. Sin embargo, sólo cuando nos encontramos ante cuestiones que afectan la plenitud de un sistema normativo o a su tesis de relevancia, estaremos en condiciones de hablar de la analogía como mecanismo de integración del Derecho. Justamente, atribuyo este sentido al concepto de analogía, intentado dejar a salvo confusiones en relación a la solución de problemas semánticos o empíricos que presentan las normas jurídicas.

A esta trascendental importancia del concepto de laguna para configurar a la analogía, se le suma que la noción de laguna jurídica es una de las más importantes en la metodología jurídica. Sin embargo, para sorpresa de muchos, no parece tratarse de un concepto que acabe de estar lo suficientemente definido⁴¹⁸. Uno de los principales factores de esta perplejidad puede encontrarse en el empleo que se ha hecho del término en los más diversos contextos⁴¹⁹. Esto último llevó a que acabe vinculándose el concepto de laguna con los más variados problemas. Ello no ofrece *per se* ningún tipo de inconveniente, sino que aquel se presenta cuando no se especifica suficientemente a qué se está queriendo aludir cuando se emplea el término *laguna*. Posiblemente la conexión de las lagunas jurídicas con problemas jurídicos de distinta naturaleza explica que se hayan ensayado numerosas clasificaciones de lagunas, sin que con ello se haya zanjado definitivamente la deuda que se mantiene con la claridad. Además, no parecería exagerado señalar que una descripción del estado de la discusión respecto a las clases de lagunas jurídicas está sujeta a los enfoques más variopintos y muta de autor en autor.

Por ésta y otras razones⁴²⁰, seguiré en la exposición sobre las clases de lagunas el modelo propuesto por ALCHOURRÓN y BULYGIN⁴²¹. Disociaré, a partir de ahí, cuatro clases de lagunas:

⁴¹⁵ SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, p. 354.

⁴¹⁶ SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, p. 361.

⁴¹⁷ SUPPERT, *Studien*, p. 75; JAHN, *Das Strafrecht*, p. 437. De otra opinión, RÖHL, *Allgemeine*, § 77, p. 618, para quien primaria, en cambio, la semejanza y el tratamiento idéntico; ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 182; EL MISMO, en *Doxa* (1985) 2, p. 226.

⁴¹⁸ RÜTHERS, *Rechtstheorie*, n.m. 832, p. 532; MORESO, *A brilliant*, en *AAVV*, *Las lagunas en el Derecho*, p. 192.

⁴¹⁹ Estas confusiones aparecen claramente en GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 293.

⁴²⁰ La adopción del sistema de ALCHOURRÓN y BULYGIN (ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción, passim.*) no es en absoluto caprichosa sino que obedece, entre una de las razones de mayor peso, a la extraordinaria claridad que aporta al análisis de los sistemas normativos y a la discusión de la plenitud de los sistemas y las lagunas jurídicas. No parecería exagerado señalar que se trata de una de las obras de metodología jurídica más importantes de todos los tiempos. La existencia de versiones de esta obra en español, inglés y alemán prueba en buena medida lo dicho. Pero además, me parece conveniente seguir esta obra para facilitar la comunicación entre los ámbitos del Derecho penal y la Teoría del Derecho. La Teoría del Derecho de habla hispana de mayor prestigio sigue la discusión en torno a los sistemas normativos según el modelo y el lenguaje propuesto por

lagunas normativas, lagunas axiológicas, lagunas de reconocimiento y las lagunas de conocimiento. Con base en esta clasificación precisaré cuál de estos conceptos son exigidos para poder emplear la analogía en la creación judicial de eximentes de responsabilidad penal.

a Clases de lagunas

1. El modelo conceptual que presentan ALCHOURRÓN y BULYGIN ofrece seguramente una de las exposiciones más claras de los sistemas normativos y, en especial, del problema de las lagunas jurídicas. En su *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* ponen de manifiesto la poca claridad que reina en los análisis que tienen lugar en el marco de las lagunas jurídicas. Lo que subyace a su propuesta es que el concepto de laguna se conecta con problemas de diversa naturaleza y es preciso diseccionar y explicitar cuáles son estos contextos⁴²².

En este punto, intentan mostrar que el término *laguna* puede ser empleado en diversos ámbitos y referirse a problemas de naturaleza empírica, empírico-conceptual, o puramente conceptual o lógica. Aunque también las lagunas se conectan con problemas valorativos. En consecuencia, se postula la necesidad de distinguir entre lagunas normativas, lagunas axiológicas, lagunas de reconocimiento y lagunas de conocimiento. Si bien esta clasificación coincide parcialmente con otras que emplean otros autores con términos iguales o similares, se trata, no obstante, de deslindar diversos planos de análisis que contribuyen al adecuado entendimiento de las lagunas⁴²³.

En esta línea, vale la pena destacar que ALCHOURRÓN y BULYGIN han advertido la necesidad de trazar una separación de ámbitos en los que aparecen las lagunas jurídicas. Por una parte, aparecen lagunas cuando de lo que se trata es de la aplicación individual de una norma a un caso concreto. En otras palabras, la noción de laguna estaría ligada a cuestiones semánticas o empíricas. Para hacer referencia a las lagunas que se conectan con problemas de esta clase, los autores hablan de *lagunas de reconocimiento* y *lagunas de conocimiento*, respectivamente. Mientras que, por otra parte, las lagunas pueden también afectar alguno de los casos genéricos regulados por los sistemas normativos, ya sea por no estar correlacionados con una solución o por inconsistencias axiológicas⁴²⁴. A partir de allí será posible diferenciar entre *lagunas normativas* y *lagunas axiológicas*⁴²⁵.

2. Las *lagunas de reconocimiento* se derivan de problemas de vaguedad que pueden aparecer al aplicar una norma jurídica⁴²⁶. Puede suceder que algún término de la norma sea vago o ambiguo. Pero igualmente es posible que acontezca que los avances de la técnica y nuestras limitaciones epistemológicas pongan en duda el campo de referencia de la norma. A tales situaciones las caracterizan ALCHOURRÓN y BULYGIN como *lagunas de reconocimiento*⁴²⁷. La solución de estos problemas no se presenta definitiva y tranquilizadora, dado que la introducción de términos técnicos y las definiciones legales pueden reducir los márgenes de indeterminación, pero jamás podrían eliminarlos⁴²⁸.

ALCHOURRÓN y BULYGIN. Igualmente puede apreciarse algo similar en algunas aportaciones originadas en la Teoría del Derecho inglesa y, en menor medida, alemana.

⁴²¹ Sigue asimismo esta clasificación al analizar la interpretación de las normas penales, ALONSO, *Interpretación*, pp. 125-127.

⁴²² Con especial referencia a las lagunas axiológicas, ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 161.

⁴²³ Por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 135, distingue entre *lagunas primarias* y *lagunas secundarias*; RÖHL, *Allgemeine*², § 77, pp. 615-616, habla de *lagunas normativas*, *lagunas de regulación*, *lagunas primarias* y *secundarias*, y *lagunas del Derecho*; excluye del concepto de lagunas los problemas semánticos; RÜTHERS, *Rechtstheorie*², nn.mm. 847-863, pp. 538 y ss., distingue entre *lagunas normativas*, *lagunas legales (concientes e inconcientes)*, *lagunas del Derecho*, *lagunas de un sector*, *lagunas primarias* y *lagunas secundarias*; DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*¹¹, pp. 178-179 hablan de *lagunas de la ley* y de *lagunas en el Derecho*, en donde las primeras coinciden con el concepto de lagunas normativas; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², pp. 311 y ss., reconoce las *lagunas de regulación o contenido*, *lagunas técnicas intra legem* y las *lagunas originarias* que coinciden con las lagunas normativas; las *lagunas por imperfección técnica*, *lagunas de regulación ocultas* y las *lagunas posteriores* coinciden con las lagunas axiológicas; LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense* (1983) 69, p. 25, distinguiendo entre lagunas *intra legem* y lagunas *praeter legem*, no pudiéndose colmar mediante la analogía éstas últimas.

⁴²⁴ Explicando justamente que estos tipos de lagunas se presentan en el nivel de los casos genéricos, ALONSO, *Interpretación*, p. 127; MORESO, *A brillant*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, pp. 194-195.

⁴²⁵ Siguiendo una clasificación parcialmente coincidente a la de ALCHOURRÓN y BULYGIN, cfr. SALGUERO, *Argumentación*, pp. 45 y ss. (lagunas normativas, lagunas axiológicas y lagunas que se originan como consecuencia de la indeterminación o vaguedad de los conceptos jurídicos).

⁴²⁶ ALONSO, *Interpretación*, p. 127; MORESO/VILAJOSANA, *Introducción*, pp. 110-111.

⁴²⁷ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 63.

⁴²⁸ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 62; ALONSO, *Interpretación*, p. 62.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

3. Las *lagunas de conocimiento* son otro tipo de problemas que pueden tener lugar con la aplicación de la norma al caso individual. Aquí la contrariedad que se presenta es de otra índole y tiene que ver, en realidad, con “*la falta de información acerca de los hechos del caso*”⁴²⁹. En tal situación puede ser que no sepamos si un caso individual cae o no dentro de un caso genérico porque carecemos de algunos datos del hecho que ha acaecido⁴³⁰.

Por ejemplo, sabemos que Sara ha perdido la vida al ser envenenada y sospechamos que al hecho lo ha cometido Juan, pese a no saber si efectivamente este último ha puesto el veneno en la cerveza de Sara. En tal situación, no se aplica todavía el tipo del asesinato, ya que no sabemos si Juan puso el veneno o no. Sin embargo, la solución de estos casos no se presenta tan dramática como de hecho sucede en las lagunas de reconocimiento. Según la opinión de ALCHOURRÓN y BULYGIN un ingenioso recurso práctico para solucionar estos casos lo proporcionan las presunciones legales⁴³¹. Por ejemplo, el planteamiento judicial se resolvería absolviendo a Juan, desempeñando aquí un rol destacadísimo la presunción de inocencia.

4. Sin embargo, la discusión estándar de la Teoría del Derecho no alude normalmente a estos tipos de lagunas cuando pretende explicar el concepto de analogía. En realidad, recurren a conceptos de lagunas ligados a la falta de una norma que regule un caso genérico⁴³². Es menester destacar que, en opinión de otros autores⁴³³, la analogía también tiene que ver con desajustes valorativos que requieran una solución jurídica distinta a la dada por las normas de un sistema normativo. En este último caso no se habrían considerado como relevantes otras propiedades que deberían serlo. Precisamente, en el sistema de ALCHOURRÓN y BULYGIN tales problemas son etiquetados, respectivamente, con los nombres de *lagunas normativas* y de *lagunas axiológicas*.

Cuando luego de poner en conexión varias normas del sistema se constata que un caso genérico no se encuentra correlacionado con ninguna solución jurídica, estaremos frente a un caso de *laguna normativa*⁴³⁴. Normalmente, las reflexiones sobre el concepto de lagunas que tienen lugar en el marco de la analogía se vinculan a esta clase concreta. Tal es así, que el mismo legislador civil, al momento de caracterizar la analogía en el art. 4. 1 CC, especifica que la aplicación analógica de las normas procederá “*cuando éstas no contemplen un supuesto específico*”.

Lo que cabe recalcar es que lo definitorio de las lagunas normativas es que el sistema no prevé ningún tipo de solución para el caso. No se trata de la existencia de una regulación axiológicamente insatisfactoria o injusta —lo cual implicaría hablar, en ciertos casos, de una laguna axiológica—, sino que el sistema directamente no contiene ninguna norma jurídica que correlacione el caso genérico en cuestión con una solución o consecuencia jurídica^{435/436}. Dicho en otros términos, nos encontraríamos ante un genuino caso de incompletitud del sistema normativo.

⁴²⁹ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 61.

⁴³⁰ MORESO/VILAJOSANA, *Introducción*, p. 110. Por tanto, podría decirse que estas lagunas se vinculan con la insuficiencia probatoria de las evidencias recolectadas en el proceso, cfr. ALONSO, *Interpretación*, p. 126.

⁴³¹ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 62.

⁴³² Podría decirse, sin mayores dudas, que esta es la opinión claramente mayoritaria, cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 44; SALGUERO, *Argumentación*, pp. 31, 44; BULYGIN, en *Isonomía* (2003) 24, pp. 15-17; EL MISMO, *Creación*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, pp. 35-37; NAVARRO, *Casos difíciles*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 96; RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 825, p. 528. Ampliando también el funcionamiento de la analogía para integrar lagunas técnicas y las lagunas como antinomias, FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 74-75; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Ilícitos*, pp. 125.

⁴³³ Entre el reducido grupo de autores que abonan la posibilidad de recurrir a la analogía en estos casos, conviene citar, NOLL, *Übersetzliche*, pp. 4-5; BULYGIN, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 480; ATIENZA, *Sobre la analogía*, pp. 29 (nota 21), 182-183; EL MISMO, en *Doxa* (1985) 2, p. 226. Pareciera admitir también el recurso a la analogía para colmar lagunas axiológicas, BALDÓ LAVILLA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 376-379; ZITELMANN en *AAVV, La ciencia del Derecho*, pp. 306-307.

⁴³⁴ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 101.

⁴³⁵ Soy plenamente consciente de que, en un sentido estricto, no pueden asimilarse sin más las nociones de calificación deontica y consecuencia jurídica. En puridad, la idea de solución jurídica apunta a señalar si una determinada acción es obligatoria, prohibida o permitida. La noción de consecuencia jurídica, pese a las posibles reconfiguraciones que puedan darse, tiene un alcance más vasto que no se corresponde directamente con el de solución jurídica. Con todo, creo que conviene aquí tomarlos como sinónimos a los fines de que la idea de solución jurídica no resulte tan poco familiar para algunos lectores.

⁴³⁶ No obstante, ver por todos el interesante aporte de RODRÍGUEZ, J., *La imagen*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, pp. 151-152, que intenta poner en tela de juicio la distinción *supuestamente* clara entre lagunas normativas y lagunas axiológicas. En su opinión, lo único que cambiaría es que, en un caso, el énfasis se pondría en la evaluación de la conducta de quien ha de aplicar la sanción, mientras que, en el otro, se enfatiza la conducta del autor del hecho que se enjuicia.

En cambio, cuando se trate de una discordancia entre las propiedades que el legislador ha considerado relevantes para el sistema (tesis de relevancia) y las propiedades que el intérprete crea que deberían haber sido consideradas por aquél (hipótesis de relevancia), nos encontramos, según terminología de ALCHOURRÓN y BULYGIN, con una *laguna axiológica*⁴³⁷. En el sistema existen normas jurídicas que correlacionan casos genéricos con soluciones, pero las propiedades de tales casos no son todas las que debería haber reconocido el legislador^{438/439}. El legislador distinguiría menos de lo que debería distinguir⁴⁴⁰. En tal supuesto, el intérprete creería que si el juez hubiese considerado otras propiedades, hubiese otorgado a ese caso otra solución jurídica.

Ante todo, conviene destacar que, a diferencia de lo que sucede con las lagunas normativas, en las *lagunas axiológicas* el caso genérico se encuentra solucionado por el sistema⁴⁴¹. En realidad, sucede que la solución existente se considera axiológicamente inadecuada. Ello se debe a que no se consideran las propiedades estimadas relevantes y el sistema no haría un distingio que debería hacer⁴⁴².

Cuando el legislador establece los requisitos bajo los cuáles se reconocerá la existencia de una acción justificada en legítima defensa, deja de considerar como relevantes algunas otras propiedades. Así puede verse que las propiedades relevantes a tales efectos serían la existencia de una agresión ilegítima, la temporalidad de la defensa, la racionalidad del medio empleado y la falta de provocación suficiente. La elección de estas propiedades como relevantes deja afuera otras propiedades que serían irrelevantes para el legislador. En efecto, serían irrelevantes el color de piel de los intervinientes, su sexo, el contexto en el que obran, las habilidades especiales de los sujetos, etc. En el caso de concurrir alguna de estas últimas propiedades la calificación deóntica del caso como permitido no variaría e incluso, en caso de faltar alguna de las propiedades relevantes, el comportamiento no dejaría de ser antijurídico.

Podríamos considerar un caso en el que se presenta una acción de defensa racional frente a una agresión ilegítima en un contexto familiar intimidatorio, pero que no cumple con el requisito de la temporalidad, pese a lo cual el juez pretende justificar la acción. La ausencia de la temporalidad en la legítima defensa mantiene el carácter antijurídico del hecho. Pese a ello, el legislador no habría distinguido lo suficiente y habría pasado por alto las acciones de defensas en contextos familiares intimidatorios dentro de los hechos antijurídicos. La apreciación de una tal distinción habría ameritado el reconocimiento de una causa de justificación para tales casos.

Más allá de que podamos estar o no de acuerdo con esta apreciación del juez, no podemos dudar de que exista una discordancia entre las propiedades que el legislador ha considerado relevantes para reconocer cierta solución jurídica y las que, según el juicio del juez, *deberían serlo*. El conjunto de las propiedades que *son* relevantes para el sistema normativa se denominaría *tesis de relevancia del sistema*, mientras que las propiedades que, según la apreciación de un intérprete, *deberían ser* relevantes para el sistema conforman la *hipótesis de relevancia*⁴⁴³. Dicho esto con otras palabras, existiría una discordancia entre las propiedades que son reconocidas por el sistema y las que deberían serlo⁴⁴⁴. Desde luego que la cuestión de si una propiedad debe o no debe ser relevante es eminentemente axiológica y ello puede estar sujeto a un criterio de valor puramente subjetivo (cuando se expresan preferencias personales) o a criterios de valor objetivos (cuando se miden, por ejemplo, las valoraciones según el Derecho Natural)^{445/446}.

⁴³⁷ Utiliza también expresiones similares para aludir a este tipo de desacuerdos valorativos, NOLL, *Übergesetzliche*, pp. 4-5, “*unechte Lücke*”, “*Wertungslücke*” o “*Ausnahmelücke*”.

⁴³⁸ ALONSO, *Interpretación*, p. 139.

⁴³⁹ Aunque parezca obvio decirlo, debe quedar en claro que quien determina las propiedades relevantes es el legislador y no las mismas propiedades de un caso particular según la perspectiva del Derecho penal, como parece sugerir HASSEMER, *Tatbestand*, pp. 102-103.

⁴⁴⁰ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 159.

⁴⁴¹ Ello lleva a ATRIA, *Sobre las lagunas*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 23, a señalar que *strictu sensu* no estaríamos frente a lagunas jurídicas.

⁴⁴² ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 159.

⁴⁴³ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 154; MORESO/VILAJOSANA, *Introducción*, p. 111.

⁴⁴⁴ En palabras de RUIZ MANERO, *Algunas concepciones*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 125, se trataría de una crítica necesariamente externa al sistema jurídico.

⁴⁴⁵ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 156. Para NOLL, *Übergesetzliche*, p. 6, sería relevante analizar la voluntad presunta del legislador y tomar la cristalización de ésta en la norma que efectivamente se encuentra en la ley penal como un descuido.

⁴⁴⁶ Criticando que el no distinguir ALCHOURRÓN y BULYGIN entre reglas y principios, les obliga a señalar que la crítica a la tesis de relevancia deba ser externa al sistema, ATIENZA/RUIZ MANERO, *Ilícitos*, pp. 61-62.

b Lagunas axiológicas y meros desacuerdos valorativos

Debe quedar a salvo la aclaración de que no toda solución axiológicamente inadecuada constituye una laguna axiológica. Del mismo modo que conviene distinguir los conceptos de laguna normativa y de laguna axiológica, parece asimismo fundamental trazar la distinción entre las lagunas axiológicas y los *meros desacuerdos valorativos*. A partir de aquí, sería posible distinguir dos tipos de desacuerdos valorativos. Tenemos desacuerdos valorativos *sobre la solución jurídica* y desacuerdos valorativos *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*.

Comienzo por los desacuerdos valorativos *sobre la solución jurídica*. El concepto de laguna axiológica queda reservado a desacuerdos entre la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia; esto es, a desacuerdos entre las propiedades tomadas por el legislador como relevantes y las que deberían serlo según la opinión del intérprete. Por el contrario, en esta clase de *desacuerdos valorativos* no encontramos tal conflicto, sino que, en realidad, el problema se presenta cuando el desacuerdo está simplemente en la solución jurídica que se reconoce⁴⁴⁷.

Podría estarse de acuerdo con las propiedades que se reconocen para las excusas absolutorias en los atentados contra la propiedad entre los parientes (v. gr. los grados del vínculo familiar) y, no obstante, rechazarse la solución de excluirse la pena. Aquí estaríamos frente a un *desacuerdo valorativo* y no frente a una laguna axiológica. Lo anterior viene a sugerirnos la necesidad de aclarar la coincidencia entre las propiedades consideradas relevantes por el sistema y las que deberían serlo según una hipótesis de relevancia, no aseguran la adecuación axiológica de la decisión⁴⁴⁸. En definitiva, en los desacuerdos valorativos sobre la solución la discordia no está entre las tesis y las hipótesis de relevancia, sino entre la consecuencia jurídica reconocida por el legislador y la que debería haber reconocido.

Pese a todo, el problema en la distinción entre lagunas axiológicas y meros desacuerdos valorativos no queda anclado aquí. Según entiendo, el mensaje que traen las lagunas axiológicas es el de advertir al legislador de ciertas propiedades que no han sido consideradas como relevantes y que, de serlo, merecerían otra solución jurídica⁴⁴⁹. Ello no apunta a que el concepto de laguna axiológica sea el subterfugio que emplee el juez para sublevarse al Derecho y a la voluntad del legislador. De ahí la importancia de distinguir entre lagunas axiológicas y los meros desacuerdos valorativos. No cualquier

⁴⁴⁷ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 159.

⁴⁴⁸ Creo preciso aclarar que ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, pp. 160-161, ponen de manifiesto que no todo desacuerdo entre la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia da lugar a una laguna axiológica. Para ello consideran necesario distinguir tres supuestos de desacuerdo. El primero de ellos tiene que ver con una situación en la que existe por lo menos una propiedad que deber ser relevante y que no lo es para el sistema normativo. En tal caso nos encontraríamos frente a una laguna axiológica. En términos de los autores, “*el Universo de Casos de la hipótesis de relevancia —UC (Hip)— es más fino que el UC relevante (UCR)*” (p. 160). Sin embargo, la segunda situación que describen no coincide con el concepto de laguna axiológica sino que se trata de un mero defecto valorativo, dado que la hipótesis de relevancia sería menos amplia que la tesis de relevancia. Dicho más claramente, existiría una propiedad tomada como relevante por la tesis del sistema pero que no debería serlo conforme a la hipótesis de relevancia. Finalmente, una tercera situación tendría lugar cuando la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia son incomparables, de modo que “*hay propiedades relevantes que no deben serlo y propiedades irrelevantes que deben ser relevantes*” (p. 160). Según la opinión de estos autores, en tales situaciones pueden presentarse problemas que involucran lagunas axiológicas como así también defectos valorativos. Si bien ALCHOURRÓN y BULYGIN no ahondan en relación a estas últimas situaciones, creo que en el Derecho penal la inmensa mayoría de casos de lagunas axiológicas se tratarían de situaciones de la tercera modalidad. Si nosotros, por ejemplo, entendemos la norma del homicidio realizado en legítima defensa como $OC \equiv M \sim (AI \wedge TD \wedge RM \wedge AP)$ o $PhC \equiv M. (AI \wedge TD \wedge RM \wedge AP)$ —donde OC significa obligatorio castigar; PhC significa prohibido castigar; M significa matar; AI significa agresión ilegítima; TD significa temporalidad de la defensa; RM significa racionalidad del medio empleado; y AP significa ausencia de provocación—, la eventual prescindencia del requisito de la temporalidad en las defensas realizadas en contextos familiares intimidatorios sería una situación de este tipo. Aquí aparecen propiedades relevantes que no deberían serlo (temporalidad de la defensa), mientras que también aparecen propiedades irrelevantes que deberían serlo según una hipótesis de relevancia (contexto familiar intimidatorio). Formulado ello lógicamente sería: $PhC \equiv M (AI \wedge RM \wedge AP)$. CI (contexto familiar intimidatorio). Aquí sería irrelevante la propiedad TD, pero sería relevante la propiedad CI. A partir de ello, podría resultar insatisfactorio en términos valorativos que frente a tal caso se mantenga la solución de que es obligatorio castigar. Lo mismo puede decirse de casos de estado de necesidad justificante. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal del Reich, que no castigaba al médico en un caso de interrupción de un embarazo, entra dentro de la tercera situación. Ello obedece a que faltaba el requisito exigido por el § 35 StGB del peligro inminente para el autor o un pariente cercano, pero también considera como relevante la propiedad del peligro de suicidio al que se exponía la embarazada. Aquí estaríamos ante una laguna axiológica que el Tribunal salvó a partir de una aplicación analógica del § 35 StGB.

⁴⁴⁹ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 158.

tipo de discordancia entre la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia da lugar a una laguna axiológica.

En concreto, sólo tendrá el carácter de laguna axiológica aquella discordancia entre tesis e hipótesis de relevancia que reúna determinados caracteres. Con anterioridad, advertía que, conforme a la opinión de ALCHOURRÓN y BULYGIN, se habla de desacuerdos valorativos y no de lagunas axiológicas cuando la tesis y la hipótesis de relevancia coinciden, pero el desacuerdo está en relación a la solución dada. Pero también creo que es posible reconocer un segundo tipo de desacuerdo valorativo. Se trata aquí de desacuerdos valorativos *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*. En relación a éstos, existe una discordancia entre la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia y, sin embargo, el legislador ha querido dejar de lado conscientemente nuevas propiedades⁴⁵⁰.

En tales casos de desacuerdos valorativos, el juez, más que pretender reconocer la existencia de una laguna axiológica, se está transformando en un activista que quiere subvertir el Derecho. Aquí no estamos frente a un caso de descuido del legislador, que lo haya llevado a no considerar como relevantes determinadas propiedades dignas de serlo⁴⁵¹. En realidad, el legislador ha sido conciente de la posibilidad de que existan otras propiedades, sin embargo rechaza que deben ser consideradas relevantes en cualquier caso. El legislador decide que la tesis de relevancia debe imponerse necesariamente, sin que quepa un cuestionamiento judicial.

Ello sucede especialmente respecto a las normas jurídicas cuya consecuencia jurídica está pensada exclusivamente en relación a los casos regulados por la disposición legal y no para otros supuestos. Aquí el legislador establecería una solución jurídica para los casos de presencia de las propiedades relevantes, pero también establecería que esa misma solución no se adoptará para casos en los que falte alguna propiedad relevante, incluso cuando concurriera otra propiedad que debería ser considerada por el sistema. Como ya hemos visto en el capítulo anterior y reforzaré a continuación, es tarea del principio de legalidad determinar cuándo una norma tiene esta estructura excluyente y cuando no.

Por ejemplo, cualquiera de los tipos penales debe interpretarse de tal modo que la concurrencia de todos los requisitos típicos hace obligatorio castigar el comportamiento. En caso de ausencia de alguno de estos requisitos, estará prohibido castigar. El tipo del art. 234 CP prescribe que alguien sea castigado con pena de prisión de 6 a 18 meses, *si y sólo si* "con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño y la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros". En caso de faltar cualquiera de estos requisitos típico, sabremos que estará prohibido castigar.

Cuando está ausente el ánimo de lucro o el carácter ajeno de la cosa, no podríamos decir que existiría una laguna axiológica⁴⁵², aun cuando concurriese otra propiedad que aconsejaría castigar el hecho. Cabe imaginar un caso en el que se encuentra ausente el ánimo de lucro, pero el autor ha tenido como objetivo producirle una profunda depresión a su enemigo al robarle un objeto de gran valor sentimental. En realidad, la ausencia de un requisito típico excluye en cualquier caso el castigo, por más que concurra otro móvil subjetivo que sea repudiable ético-socialmente. No podríamos decir que el legislador no fue capaz de anticipar casos en los que pudiese faltar alguna propiedad y concudiesen otras nuevas, sino que expresamente habría renunciado a considerar estas nuevas propiedades como relevantes⁴⁵³.

En estos casos, la creencia en la necesidad de castigar como hurto casos en los que falta el ánimo de lucro y concurre la propiedad del ánimo de producirle a la víctima una profunda depresión iría en contra de la voluntad del legislador. Empleando otras palabras, iría en contra del principio de legalidad. Aquí no existiría una laguna axiológica, no existiría una contrariedad entre la tesis y la hipótesis de relevancia. Verdaderamente estaríamos frente a un caso de desacuerdo valorativo *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Hasta donde entiendo, la noción de "*jurisprudencia contra legem*" ofrecida por NOLL, *Übersetzliche*, pp. 9 y ss., guarda ciertas simetrías con el concepto de desacuerdos valorativos *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*.

⁴⁵¹ Próximo a esta idea, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 293.

⁴⁵² BALDÓ LAVILLA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 380-382; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 13-14.

⁴⁵³ Entiende OTTO, *AT*, § 2, n.m. 59, pp. 31, que justamente el primer paso de la analogía es la identificación de lagunas legales, las cuales presuponen que el legislador no haya querido negar la regulación para el caso afectado por la laguna.

⁴⁵⁴ A lo sumo se podría decir que "*el efecto jurídico apetecido no está previsto en la ley*"; cfr. ZITELMANN en *AAVV*, *La ciencia del Derecho*, pp. 303-304

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Que tales desacuerdos valorativos sean irreducibles en el mundo del Derecho es una verdad evidente. Pero lo que no puede permitirse es que so pretexto de imponer la resolución justa del caso, se acabe subvirtiendo el sistema jurídico. Es posible acudir a la analogía para colmar lagunas axiológicas, pero jamás podría acudirse a la analogía para solventar problemas derivados de meros desacuerdos de tipo axiológico⁴⁵⁵.

c Identificación de lagunas jurídicas

Del mismo modo que no existen aproximaciones del todo claras en la identificación de los diversos problemas que afectan a las clases de lagunas, tampoco se encuentra conceptualmente pulida la cuestión de la identificación de ellas. En todo caso, lo que parece evidente es que no puede proponerse un único modo de identificación de lagunas jurídicas, dado que ellas ofrecen estructuras claramente divergentes que determinan, en definitiva, un modo diverso de identificación.

Con todo, las exposiciones teóricas claramente dominantes en la doctrina consideran que toda identificación de lagunas plantea un problema exclusivamente valorativo⁴⁵⁶. Ello equivale a decir que la existencia de lagunas jurídicas estaría subordinada a las apreciaciones del intérprete y no sería algo externo que aquel se limite a constatar. Siendo esto último algo evidente respecto a las lagunas axiológicas, la doctrina mayoritaria también cree que se plantea un problema similar en el reconocimiento de las lagunas normativas.

Según esta última tesis —la cual puede considerarse dominante en nuestros días—, quedaría a la voluntad del juez el considerar la existencia de una norma general inclusiva o bien el volcarse por la interpretación favorable a una norma general exclusiva en relación al problema de incompletitud del sistema. En el supuesto de optar por una norma general inclusiva, el juez advertiría que si el legislador hubiese tenido en cuenta el nuevo caso sin regulación, hubiese optado también por su regulación. En este sentido, estaríamos ante una laguna normativa que cabría colmar por analogía.

Pero también puede suceder que otro juez llegue a una conclusión distinta. Podría entenderse que el legislador quería dejar el caso fuera expresamente. Por ello parece razonable la advertencia de LARENZ⁴⁵⁷, según la cual una laguna normativa sería una “*incompletitud contraria al plan de la ley*”. A partir de ello, pueden entenderse las afirmaciones que versan sobre el carácter meramente valorativo de la identificación de lagunas. No obstante, la identificación de lagunas —según esta concepción— no constituiría un proceso puramente caprichoso, sino que se entendería como un obrar guiado por principios y otros valores jurídicos.

Sin embargo, otros autores, encabezados principalmente por ALCHOURRÓN y BULYGIN, entienden que la identificación de lagunas debe variar según cada tipo. No parecen dudar sobre el carácter puramente valorativo que caracteriza la identificación de lagunas axiológicas. Aquí se presentaría una contradicción entre la tesis de relevancia del sistema (*propiedades reconocidas como relevantes por las normas del sistema*) y la hipótesis de relevancia (*propiedades que deberían ser relevantes para las normas del sistema*), respondiendo ésta última a criterios valorativos que no se encuentran delimitados legalmente. Sin embargo, algo diferente sucedería con las lagunas normativas dado que aquí ya no pesan de igual modo las cuestiones valorativas y, en realidad, la identificación de este tipo de lagunas obedece a criterios lógicos o conceptuales.

Para llegar a ello, ALCHOURRÓN y BULYGIN parten de un sistema con normas ya interpretadas que son puestas en conexión una vez solucionados los problemas de significado⁴⁵⁸. En principio,

⁴⁵⁵ Hasta donde llego, esta propuesta no se alejaría demasiado del “modelo de tres ámbitos” que propone RÜTHERS, *Rechtstheorie*², nn.mm. 826-830, pp. 528-531. En cambio, parece ser de la opinión que en algunos casos muy infrecuentes podría acudirse a la analogía *in bonam partem*, Schönke/Schröder²⁷-ESER, § 1, n.m. 35.

⁴⁵⁶ Así, SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 24, p. 100; RÖHL, *Allgemeine*², § 77, p. 618; RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 884, pp. 558; LARENZ, *Metodología*, pp. 395-396; PRIETO SANCHÍS, *Ideología*, p. 91-91; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 179.

⁴⁵⁷ LARENZ, *Metodología*, p. 366.

⁴⁵⁸ Es necesario aclarar que en el esquema conceptual de ALCHOURRÓN y BULYGIN se trabaja con normas ya interpretadas, pero no se dice nada respecto a lo que sucede con las normas jurídicas que pueden tener la estructura de un condicional o de un bicondicional. Dicho en otros términos, no existen en la obra referencias sobre la conformación del sistema según estemos ante

cuando las normas del sistema son puestas en conexión es posible que el juez identifique eventuales problemas de contradicción y de redundancia. Pero, sobre todo, puede apreciar si el sistema presenta alguna laguna normativa. Ello es algo que no se subordina a la voluntad del juez, sino que es algo externo a él y que surge a partir de tal conexión de normas. Sería éste un problema lógico o conceptual del sistema y no un problema axiológico.

Todo lo expuesto parece sugerir que lo conveniente sería escindir los procesos de identificación de lagunas y subordinarlos a la estructura y al tipo de laguna concreta. Creo acertada en este punto la propuesta ofrecida por ALCHOURRÓN y BULYGIN, pero estimo que sería preciso aclarar el papel que desempeñan los aspectos valorativos en la etapa previa a la identificación de lagunas. En este sentido, tiendo a alejarme de la tesis dominante que asigna un carácter puramente valorativo al reconocimiento de las lagunas dado que tiende a confundir los planos de la interpretación de las normas⁴⁵⁹.

Ciertamente entiendo que la identificación de lagunas normativas se ve involucrada en un proceso lógico, del mismo modo que en la identificación de lagunas axiológicas los criterios que priman son de carácter valorativo. Ello implicaría partir —como he señalado— de un modelo de normas interpretadas, aunque no deberíamos olvidar el papel destacado que desempeña la valoración en toda interpretación.

En efecto, antes de reconstruir el sistema y poner las normas de este sistema en contacto es preciso interpretarlas. A esta altura del procedimiento, las cuestiones valorativas desempeñan un papel relevante en la interpretación, para determinar el alcance *sintáctico*, *semántico* y *pragmático* de la norma⁴⁶⁰. Será también tarea del juez determinar cuál habría sido la intención del legislador al regular de esta manera el caso. Ello permitiría más adelante saber si el legislador reconoció determinada consecuencia jurídica exclusivamente para un determinado caso genérico excluyendo a otros, o si habría estado dispuesto a extender esa consecuencia a casos genéricos análogos. En este sentido, también tendríamos una etapa valorativa en un momento previo al reconocimiento de las lagunas normativas.

Seguramente, la distinción en la identificación de ambos tipos de lagunas se marca en la segunda etapa del proceso, cuando de lo que se trata es de poner en contacto las normas del sistema para determinar así si es preciso integrarlo⁴⁶¹. En esta etapa, la identificación de lagunas normativas será evidentemente lógica y no valorativa⁴⁶². Una vez conectadas las normas del sistema, el juez podrá detectar la presencia o ausencia de algún caso genérico que no se encuentre correlacionado con alguna consecuencia jurídica. En el caso de existir esta falta de correlación, advertiremos la existencia de una laguna normativa y el juez podrá optar entre colmar dicha laguna mediante la analogía, el argumento a contrario o la aplicación de principios⁴⁶³. Sin embargo, ello es algo que el juez se limita a constatar luego de conectar las normas, sin que intervenga en esta etapa del proceso su voluntad o su valoración.

Algo distinto sucede en relación a las lagunas axiológicas. Una vez interpretadas las normas puede que se presente una colisión entre las propiedades de un caso genérico consideradas relevantes y las propiedades que, según criterio del juez o dogmático, deberían serlo. La colisión se presenta entre la tesis de relevancia del sistema y las propiedades que *deberían ser* tomadas como relevantes, según las

normas que solucionan tanto los casos de presencia como de ausencia de las propiedades relevantes (norma bicondicional) o bien ante normas que sólo nos solucionen los casos de presencia de las propiedades relevantes (norma condicional). Más allá de que entiende no sea el mejor lugar para plantear estas cuestiones con la debida extensión, me limito a expresar que el reconocimiento de estos tipos de normas complejiza enormemente el sistema. El partir de normas interpretadas que sean consideradas como bicondicionales impide que puedan existir lagunas normativas en el sistema.

⁴⁵⁹ Sirva de ejemplo de esta confusión la siguiente frase de LARENZ, *Metodología*, p. 396, “La analogía y la reducción teleológica son, por tanto, operaciones del pensamiento que no sólo sirven para la integración de lagunas, sino también además para la constatación de lagunas”. En igual sentido, SALGUERO, *Argumentación*, p. 205; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 64; LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense* (1983) 69, p. 24.

⁴⁶⁰ GUASTINI, *Estudios*⁵, pp. 62-67.

⁴⁶¹ Aquí nos moveríamos en un nivel sistemático-normativo, GUASTINI, *Estudios*⁵, p. 68.

⁴⁶² ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, pp. 169-170; PECZENIK, *On Law*, p. 25, «[o]ne can establish such gaps in an objective, “value-free” manner». En contra de ello, SALGUERO, *Argumentación*, p. 165.

⁴⁶³ Entiende que también las lagunas podrían ser integradas mediante el argumento *a fortiori* y el argumento *ad minus*, RÖHL, *Allgemeine*², § 77, p. 616; agrega a ello también la reducción teleológica y el procedimiento de la “naturaleza de la cosa”, RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 888, p. 559.

valoraciones del juez⁴⁶⁴. En consecuencia, existe una clara diferencia con las lagunas normativas. En las lagunas axiológicas está igualmente presente la dimensión valorativa cuando se interpreta la norma, pero en su identificación —que tiene lugar tras la interpretación y la puesta en relación de las normas— pesan criterios axiológicos^{465/466}.

No puede pasar inadvertido que una vez que nos encontramos ante una laguna normativa o axiológica, interviene en el proceso de integración una etapa igualmente valorativa. Esto significa que desempeñan un papel relevante las valoraciones que haga el juez a la hora de optar entre recurrir a la analogía o al argumento a contrario para colmar las lagunas. Pero esta etapa es posterior a la identificación de lagunas y no contamina valorativamente de ninguna manera la identificación de las lagunas normativas.

d Aproximación a las diversas clases de lagunas y su reconocimiento en la discusión jurídico-penal.

i Introducción

Una vez que han sido estipulados los sentidos en que emplearé la expresión “lagunas jurídicas” parece apropiado analizar cuáles de estos conceptos pueden ser requeridos en el Derecho penal para hablar de analogía *in bonam partem*. En la discusión convencional de la Teoría del Derecho menudean referencias a la necesidad de estar frente a lagunas normativas para poder acudir a la analogía⁴⁶⁷. En otros términos, sólo cuando exista un vacío legal será posible recurrir a la analogía. Sin embargo, no faltan autores que admiten que también en los casos de estar frente a lagunas axiológicas pueda hacerse uso de la analogía.

La pregunta que parece rondar en este nivel de la discusión tiene que ver con cuál es el concepto de laguna que debe ser admitido en el Derecho penal frente a la posibilidad de hacer analogía. La cuestión se desprende definitivamente de cuestiones vinculadas con las particularidades jurídico-políticas o valorativas que caracterizan a esta rama del Derecho. En realidad, encuentra sus causas en la propia conformación del ordenamiento jurídico-penal. Esto es, depende en última instancia de las diversas normas que lo conforman y, especialmente, de la disposición y el modo que son puestas en contacto en el sistema jurídico-penal.

En consecuencia, parece claro que sólo a partir de esta puesta en relación de las normas será posible desentrañar el tipo de laguna que es posible encontrar en el Derecho penal. Veremos que en el Derecho penal sólo podrá hablarse de lagunas axiológicas y nunca de lagunas normativas, al contrario de como suele pensarse habitualmente^{468/469}. El ordenamiento jurídico-penal es pleno, de modo tal que no es posible identificar la presencia de ningún tipo de laguna normativa⁴⁷⁰. Una vez que las

⁴⁶⁴ Ello exigiría una profunda argumentación por parte de los tribunales para salvar muchos de los reparos de legitimidad derivados los principios del Estado de Derecho, cfr. CHRISTENSEN, en *Die Sprache des Rechts*, pp. 46-47.

⁴⁶⁵ Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, pp. 158-159; SUPPERT, *Studien*, p. 76; ATRIA, *Sobre las lagunas*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 23; SALGUERO, *Argumentación*, p. 165.

⁴⁶⁶ Destacando la gran importancia que supuso para la discusión teórico-jurídica la distinción de los problemas lógicos y valorativos en las lagunas jurídicas, RODRÍGUEZ, J., *La imagen*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, pp. 128-129.

⁴⁶⁷ BULYGIN, en *Isonomía (2003)* 24, pp. 15-17; EL MISMO, *Creación*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, pp. 35-37; NAVARRO, *Casos difíciles*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 96; RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 825, p. 528.

⁴⁶⁸ Considerando equivocadamente que en Derecho penal se integran mediante la analogía lagunas normativas, cfr. SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 41, p. 110. Claramente se equivoca GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 293, cuando manifiesta: “La cuestión de la admisibilidad de un hallazgo del Derecho *praeter legem* surge cuando el Derecho positivo es **incompleto y lagunoso**, de modo que un problema jurídico ya no es cubierto por el marco regulativo del enunciado jurídico conformado (en el Derecho penal) por el sentido posible de los términos y la decisión político-criminal fundamental del legislador histórico...”. En un error similar incurre LÜCKE, en *JR (1975)* 2, p. 56, en relación a las lagunas en el sistema de causas de exculpación.

⁴⁶⁹ Entiende MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante*, pp. 62-63, que en el CP español no existen lagunas. A mi modo de ver, la autora emplea la expresión “laguna” en el sentido que aquí se habla de desacuerdos valorativos.

⁴⁷⁰ Esto es algo que ha sido acertadamente acentuado por NOLL, *Übersetzliche*, pp. 4-5; SUPPERT, *Studien*, pp. 75-76. En este sentido también, NINO, *Introducción*, p. 285; BULYGIN, *En defensa*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 78; ALONSO, *Interpretación*, p. 270. Al respecto resulta equívoca la afirmación de RUIZ MANERO, *Algunas concepciones*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, p. 120, sobre el carácter cerrado del sistema de reglas del Derecho penal: “cerrado —vale la pena insistir en ello— en la dirección de la ampliación de prohibiciones, no en la dirección de excepcionar las mismas”. Ello podría entenderse en el sentido que el sistema penal no es pleno en relación a las eximentes. Sin embargo, una independencia semejante de tipos y eximentes no permite avizorar que en el Derecho penal sólo sea posible hablar de lagunas axiológicas.

normas penales han sido interpretadas, solamente pueden reconocerse lagunas axiológicas⁴⁷¹. Esto último, que puede sonar un tanto extraño, resulta evidente luego de analizar las consecuencias que se derivan de poner las normas jurídico-penales en contacto.

ii Tipos penales

Para empezar, sería adecuado entender las razones que niegan la existencia de lagunas normativas en los tipos de la Parte especial⁴⁷². La muestra de ello viene dada a partir del entendimiento de los tipos como un bicondicional, lo cuál es, a su vez, una exigencia derivada del principio de legalidad⁴⁷³. La función que en este sentido desempeña el principio de legalidad en relación a los tipos es la de determinar que frente a los casos en que falta alguno de los requisitos típicos deberá dejarse sin castigo al hecho cometido⁴⁷⁴. Debido a que los tipos penales deben ser interpretados como un bicondicional, estaría regulado, por tanto, el caso en que todos los requisitos típicos están presentes, como los casos en los que éstos están ausentes⁴⁷⁵. No se trata, como es común pensar⁴⁷⁶, de una prohibición ulterior de acudir a la analogía, sino del impedimento de reconocer una laguna normativa⁴⁷⁷. Para dejar ello un poco más claro me valdré del ejemplo del delito de robo.

Según el art. 237 CP para que una persona pueda ser castigada como autor de un delito de robo se requiere que se haya producido el apoderamiento de una cosa mueble ajena, empleando fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, concurriendo además ánimo de lucro. De este modo, es posible ver que las propiedades reconocidas por el legislador para identificar el delito de robo son: a) *apoderamiento*; b) *cosa mueble ajena*; c) *ánimo de lucro* y d) *fuerza en las cosas o intimidación o violencia en las personas*. Al deberse interpretar esta norma como un bicondicional, vamos a entender que quedarán regulados tanto los casos en que estas cuatro propiedades concurren como los casos en que alguna o todas estas propiedades están ausentes.

De concurrir las propiedades, corresponderá castigar; en cambio, estaría prohibido el castigo cuando alguna de ellas falte. En esta última situación, el comportamiento constituiría un libre ejercicio de libertad que no se halla gravado con ninguna amenaza de pena. En otros términos, el comportamiento sería atípico y debería ser permitido. No obstante, debe quedar claramente establecido que se estaría hablando aquí de permitido en sentido débil, esto es, como un caso que está directamente *no prohibido* y no como permitido en sentido fuerte. Seguramente cuando hablamos de permiso en sentido fuerte, tendremos principalmente en cuenta a las eximentes de responsabilidad criminal, principalmente a las causas de justificación.

Conviene destacar igualmente que el principio de legalidad no sólo clausura el sistema normativo impidiendo considerar la existencia de lagunas normativas. Además, hace imposible que

⁴⁷¹ Con total acierto señalan que estamos ante un problema axiológico, SUPPERT, *Studien*, pp. 75-76; NINO, *Introducción*, pp. 288-289.

⁴⁷² Cabe recordar que ésta es una cuestión distinta de la referida a la prohibición de la analogía en relación a los tipos.

⁴⁷³ Sobre ello y el funcionamiento del principio de legalidad en el establecimiento de las limitaciones en la interpretación judicial, cfr. capítulo 1. Cabe dejar a salvo, sin embargo, que también sería posible entender que el principio de legalidad operaría en este punto en una instancia ulterior; esto es, en la integración del Derecho. En tal caso, nos encontraríamos con la necesidad de poner en contacto al tipo en concreto y al principio de legalidad como normas de un sistema. El tipo penal regularía todos los casos en que concurren las propiedades, mientras que el principio de legalidad sería la norma que otorgaría regulación jurídica a todos aquellos casos en que no concurren los requisitos típicos. Ofreciendo el ejemplo del robo, el sistema ofrecería una solución jurídica al caso en que concurren todos los requisitos típicos. En otros términos, cuando concurren las propiedades A (apoderamiento), CM (cosa mueble), AJ (ajenidad), L (ánimo de lucro), F (fuerza en la cosa, violencia o intimidación en las personas). Aquí el caso debería ser castigado conforme a la norma que establece el delito de robo. La norma sería entonces $OC \equiv A \wedge CM \wedge AJ \wedge L \wedge F$, donde OC significa obligatorio castigar. En cambio, los casos en que esté ausente alguna de estas propiedades sería regulado por el principio de legalidad. Este principio regularía los casos $PhC \equiv \sim(A \wedge CM \wedge AJ \wedge L \wedge F)$; $PhC \equiv A \wedge \sim CM \wedge AJ \wedge L \wedge F$; $PhC \equiv \sim A \wedge CM \wedge AJ \wedge L \wedge F$; $PhC \equiv A \wedge CM \wedge \sim AJ \wedge L \wedge F$; etc., donde PhC significa prohibido castigar.

⁴⁷⁴ ALONSO, *Interpretación*, pp. 137-138.

⁴⁷⁵ En igual sentido, ZITELMANN en *AAVV*, *La ciencia del Derecho*, p. 302; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 190-191. Según la interpretación de ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 89, sería ésta también la opinión de KLUG.

⁴⁷⁶ Así, RÜTHERS, *Rechtstheorie*², nn.mm. 899-900, p. 565; CHRISTENSEN, en *Die Sprache des Rechts*, p. 46; SALGUERO, *Argumentación*, p. 214.

⁴⁷⁷ Mostrando estas dos interpretaciones posibles de la prohibición de la analogía en el Derecho penal —imposibilidad de concebir la existencia de lagunas normativas o imposibilidad de cubrir lagunas normativas por medio de la analogía—, FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 72. Oscilando confusamente entre considerar la prohibición de analogía *in malam partem* como una prohibición ulterior de integrar lagunas y la imposibilidad de considerar la existencia de lagunas, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 9, nn.mm. 90-94, pp. 156, 158.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

pueda entenderse el desacuerdo del intérprete con las propiedades relevantes de los delitos puestas por el legislador como una laguna axiológica. Si se considera injusto dejar impune un caso de robo en el que está ausente solamente el ánimo de lucro, al concurrir otra propiedad que hace sumamente reprobable el hecho, estamos frente a un desacuerdo valorativo *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*. Es necesario entender que el legislador penal ha seleccionado las propiedades relevantes de un delito renunciando expresamente a considerar relevante cualquier otra propiedad que concurra y que compensara la ausencia de una reconocida legalmente. Como tal, semejante situación está lejos de constituir una laguna axiológica y, en consecuencia, un caso en el que pueda acudir a la analogía para colmarla⁴⁷⁸. Estaríamos aquí frente a un mero desacuerdo valorativo, que no puede ser integrado mediante la analogía⁴⁷⁹.

iii Eximentes de responsabilidad penal: causas de justificación, causas de exculpación y atenuantes.

Pero veamos ahora lo que sucede en relación a las eximentes y con el concepto de laguna. Conviene aclarar de entrada que, al igual que lo que veíamos en relación a los tipos, la aplicación analógica de las eximentes de responsabilidad penal no puede contar con un concepto de laguna normativa. En realidad, no puede decirse que existe algún caso genérico no regulado por una norma del sistema. Si bien es cierto que puede suceder que un caso genérico no se encuentre contemplado dentro de una concreta causa de justificación o de exculpación, semejante caso estaría comprendido por el ámbito de otra norma (tipo penal). Para que la explicación quede un poco más clara me valdré de un ejemplo de legítima defensa que ya ha aparecido con anterioridad.

Imaginemos una acción de defensa preventiva y establezcamos que serán justamente estas situaciones las que nos interesarán para saber si son o no reguladas por el sistema normativo. Lo que en principio dificultaría el tratamiento jurídico de esta situación es que estaría ausente el requisito de la temporalidad de la defensa que exige el art. 20 4º primero CP. En tal caso habría que presentar la explicación del sistema de tal manera que diera cuenta de la existencia o no en el sistema de alguna norma que soluciona al caso genérico de las defensas preventivas.

Pongamos por ejemplo la situación de Miguel que observa de noche desde su ventana que Elisenda, su ex-mujer, ha ingresado al patio de su propiedad y lleva consigo un gran bidón de gasolina con el cual pretende incendiar la casa y darle muerte. Además, observa Miguel cómo Elisenda coloca veneno en el alimento del perro que custodiaba la casa para poder así concretar sin problemas su plan criminal. Frente a ello, Miguel se anticipa a que Elisenda pudiese comenzar a ejecutar el hecho, se abalanza sobre ella y, luego de una larga pelea, la hiere gravemente con un punzón⁴⁸⁰. Como puede apreciarse, concurrirían en el presente caso los requisitos de la agresión ilegítima y de la racionalidad del medio empleado, aunque lo que en realidad falta es que la agresión sea actual.

En relación a estas situaciones de legítima defensa preventiva nos interesará saber, básicamente, si el castigo de estas conductas es posible o no. Dicho en términos más formalizados, nos interesará saber si es obligatorio para el juez castigar estas conductas o bien le está prohibido hacerlo, en virtud de que concurre una causa de justificación. En la explicación sería importante ver cuáles son las normas que regulan la situación bajo análisis (defensa preventiva) y a partir de ello determinar cuáles son las propiedades que estas normas jurídicas estiman relevantes para tales estados de cosas. Para tal cometido, las normas que podrían ser puestas en relación para conformar nuestro sistema normativo serían el tipo de lesiones (art. 148 CP), la legítima defensa (art. 20. 4º CP) y la eximente incompleta del art. 21. 1º CP⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Entiende, sin embargo, que se trata de una laguna axiológica, ALONSO, *Interpretación*, pp. 270-271.

⁴⁷⁹ Cercano a ello, BALDÓ LAVILLA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 380-382.

⁴⁸⁰ El caso coincide en sus aspectos fundamentales con el decidido por el TS en SSTS núm. 1027/2004 (Sala de lo Penal), de 24 septiembre.

⁴⁸¹ Respecto a la interpretación de las disposiciones del art. 20. 4º CP y del art. 21. 1º CP, seguiré los criterios asumidos por el TS en su jurisprudencia, según los cuáles, en casos de exceso intensivo concurre la eximente incompleta de la legítima defensa, mientras que en casos de exceso extensivo, no se aplica ninguna eximente incompleta, cfr. STS n° 1861/2001, (Sala de lo Penal), 17 de octubre; STS núm. 900/2004 (Sala de lo Penal), de 12 julio; STS n° 639/1998 (Sala de lo Penal), de 6 de mayo; STS n° 1555/2003, (Sala de lo Penal), de 19 de noviembre; STS n° 1708/2003 (Sala de lo Penal), de 18 diciembre; STS n° 2442/2001 (Sala de lo Penal), de 18 diciembre; STS n° 1291/2000, Sala de lo Penal, de 4 octubre; STS n° 1474/1999 (Sala de lo Penal), de 18 octubre). En igual sentido, ARROYO DE LAS HERAS, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, pp. 55-56.

Al conectar estas normas buscaremos saber cuál es el estatus deóntico que tiene la acción de castigar las situaciones de defensa preventiva. Utilizando otras palabras, interesa saber si le es permitido o le está prohibido al juez castigar estos casos, a partir de las normas que conforman el sistema. Ello sólo podrá ser factible formalizando la expresión de las normas jurídicas en cuestión y mostrando los casos genéricos que una y otra regula.

Art. 20. 4º CP (legítima defensa) **(N1)**: PhC \equiv L. (AI.A.R.FP)

Art. 21. 1º CP (eximente incompleta) **(N2)**: OC' \equiv L. (AI.A.~R.FP)

Art. 148 CP (delito de lesiones) **(N3)**: OC \equiv L. ~(AI.A.R.FP)

Ph: prohibido

O: obligatorio

C: castigar

C': castigar con pena atenuada

L: lesión

AI: agresión ilegítima

A: actualidad

R: racionalidad de la defensa

FP: falta de provocación

~: Negación

A partir de aquí es menester analizar los posibles casos genéricos que, a partir de estas propiedades relevantes reconocidas por el sistema, pueden tener lugar. Según esto último, será posible determinar por cuál norma se encuentran regulados todos los casos. Para ello, elaboraré un cuadro en el que con el signo + (positivo) se indique la presencia de una propiedad y con el signo - (negativo) su ausencia. Además nombraré como N1 al art. 20. 4º CP, N2 al art. 21. 1º CP y N3 al art. 148 CP.

	AI	A	R	FP	N1	N2	N3
Caso 1	+	+	+	+	PhC		
Caso 2	-	+	+	+			OC
Caso 3	+	-	+	+			OC
Caso 4	-	-	+	+			OC
Caso 5	+	+	-	+		OC'	OC
Caso 6	-	+	-	+			OC
Caso 7	+	-	-	+			OC
Caso 8	-	-	-	+			OC
Caso 9	+	+	+	-			OC
Caso 10	-	-	+	-			OC
Caso 11	+	-	+	-			OC
Caso 12	-	-	+	-			OC
Caso 13	+	+	-	-			OC
Caso 14	-	+	-	-			OC
Caso 15	+	+	-	-		OC'	OC
Caso 16	-	-	-	-			OC

A partir de poner en relación las normas del sistema y ver los casos genéricos que son regulados por las siguientes normas podemos sacar dos conclusiones de suma importancia.

La primera de ellas, y que no tiene relación directa con nuestro principal tema, es que en el caso 5 tenemos una redundancia, dado que el mismo caso sería regulado de igual modo por dos normas distintas del sistema, esto es, considerando obligatorio castigar. No se trataría de un problema sin mayor trascendencia para el sistema, dado que pese a ser obligatorio castigar en ambos casos, en N2 (eximente incompleta) el juez debe atenuar la pena, mientras que en N3 (tipo de lesiones) el juez debe condenar sin atenuar la pena.

La segunda cuestión, en cambio, sí posee una gran trascendencia para la analogía *in bonam partem*, puesto que deja en evidencia que las normas del sistema regulan todos los casos posibles que puedan presentarse. Si bien aquí se tomó como ejemplo un estado de cosas que se corresponde con

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

las defensas preventivas e involucra a la legítima defensa, lo mismo puede predicarse *mutatis mutandi* en relación a las restantes eximentes de responsabilidad, sean causas de exculpación⁴⁸², de atenuación, etc.

Esto viene a significar que el Derecho penal no presenta ningún tipo de laguna normativa, dado que todos los casos genéricos que pueden presentarse son correlacionados con alguna solución jurídica del sistema. El caso 1 cae dentro de N1 (legítima defensa) con lo que estaría prohibido castigar, mientras que en los casos 2 a 16 sería obligatorio castigar según N2 (en el caso 5) y N3. Para que pudiese afirmarse que el sistema está afectado por una laguna normativa deberíamos habernos encontrado con que alguno de los dieciséis casos no estaba regulado por alguna de las tres normas. En realidad, sólo sería posible reconocer lagunas axiológicas^{483/484}.

La pregunta de ahora sería, *¿cómo puede aplicarse la legítima defensa por analogía?* Como ya señalé, creo que el concepto de analogía en general no requiere únicamente una laguna normativa para poder operar, sino también lagunas axiológicas. Pongamos por caso que en el supuesto que analizamos, en que Elisenda quiere matar a Miguel, concurre una propiedad que el legislador no estimó relevante a la hora de solucionar el caso y que, no obstante, el juez cree que, de serlo, la solución jurídica sería otra. Supongamos que esta propiedad es el conocimiento de Miguel sobre las grandes habilidades de Elisenda para incendiar con suma rapidez.

Nos encontraríamos ante un caso 3 (conurrencia agresión ilegítima, racionalidad de la defensa y falta de provocación; ausencia actualidad de la defensa), que, al caer dentro del tipo de lesiones (N3), debe ser castigado (OC). Esta consecuencia obedece principalmente a que se entendería que la agresión no sería inminente y de este modo faltaría el requisito de la actualidad de la defensa. Sin perjuicio de ello, nuestro juez imaginario cree que para tal situación, la consideración de la nueva propiedad (conocimiento de Miguel sobre las habilidades incendiarias de Elisenda) llevaría a que la solución del caso debiera ser otra. El juez podría estimar que el caso debería ser justificado y acabaría reconociendo la presencia de una *laguna axiológica*. Para colmar esta laguna crearía por analogía una nueva disposición legal similar a la legítima defensa (art. 20. 4º CP), por regular un caso similar o análogo al que estamos tratando aquí⁴⁸⁵.

Queda por responder aún la cuestión relativa a los criterios en los que se basa el aplicador de la ley penal para juzgar que el legislador debería haber acogido otra *tesis de relevancia*. Podría tomar el juez como parámetro de la inconsistencia axiológica del sistema al Derecho natural o a un supuesto ideal de justicia que imperaría en la sociedad. Sin embargo, ello no podría jamás ser suficiente porque no ofrecería el más mínimo margen de seguridad jurídica. Tampoco creo que mejor demasado la situación si el juez penal considera a los fines del Derecho penal para apreciar la existencia de una laguna axiológica. Si bien aquí el juez consideraría en mayor medida el contexto de la norma aplicable, su razonamiento sigue moviéndose en un alto plano de abstracción que dificulta dar con un resultado adecuado.

En realidad, estimo que lo fundamental será atender a las finalidades de la institución jurídico-penal en la que es regulado un caso genérico similar al afectado por la laguna axiológica. Por ejemplo, si se trata de un delito cometido por un autor, cuya pena debería haber sido atenuada, de no haber mediado la laguna axiológica, cabe acudir a los principios de la atenuación de pena para identificar la confrontación entre la *tesis de relevancia* y la *hipótesis de relevancia*. Igualmente, en el caso anterior de la legítima defensa, sólo sería posible dar con la laguna axiológica y con la necesidad de tomar también como relevante los conocimientos de la mujer en la justificación, a partir de los fines de la justificación. Justamente, en relación a esto último, advierte GÜNTHER⁴⁸⁶ que existiría una laguna necesitada de complemento "*cuando en un caso particular la aplicación de un principio general de la exclusión de*

⁴⁸² De otra opinión en relación a las causas de exculpación, dado que aquí no habría una laguna axiológica y debería interpretarse el § 35 StGB como un bicondicional, ACHENBACH, en *JR* (1975), p. 496.

⁴⁸³ De ahí que no sorprenda que cuando MORESO, *A brillant*, en *AAVV*, *Las lagunas en el Derecho*, p. 195, pretende ejemplificar lagunas axiológicas recurre a un caso que no se encuentra abarcado por una causa de justificación y que realizaría los elementos típicos de la violación de domicilio.

⁴⁸⁴ Ello ha sido también advertido hace ya tiempo por NOLL, *Übergesetzliche*, pp. 4-5, especialmente respecto a las causas supralegales de justificación y el consentimiento.

⁴⁸⁵ Considerando que la analogía *in bonam partem* puede colmar otras lagunas que no sean normativas, cfr. DE QUEIROZ, en *Separado del nº VII de "Archivos do Ministerio de Justicia e Negocios interiores"*, p. 13.

⁴⁸⁶ GÜNTHER, *Strafrechtsmündigkeit*, p. 296.

la antijuridicidad penal conduzca a la negación del injusto necesitado de penal". Por esta razón, desempeñarán un papel sumamente destacado los principios institucionales jurídico-penales.

iv Excusas absolutorias

Una situación sumamente delicada se presenta también en el terreno de las eximentes y, en concreto, de las excusas absolutorias. Afirmaba en el capítulo anterior que las exigencias derivadas del principio de legalidad en relación a las excusas absolutorias debían ser las mismas que regían respecto a los tipos. Las consecuencias indudables de ello eran el establecimiento de un alto nivel de taxatividad en las excusas y la prohibición de aplicarlas a casos distintos de los previstos.

Esta equidistancia entre los tipos y las excusas absolutorias permite trasladar las derivaciones de una parte a la otra. En consecuencia, también las excusas absolutorias deberían ser interpretadas en sentido *exclusivo*. El legislador habría renunciado expresamente a considerar alguna otra propiedad que alterara la tesis de relevancia⁴⁸⁷. Esto tiene que ver con casos en los que falte alguna propiedad reconocida por la tesis de relevancia, pero concurren además otras propiedades no consideradas como relevantes.

Imaginemos el caso de una concubina que hurte a su pareja, en un contexto en el que se ve impelida a hacerlo por el hecho de que su pareja no contribuye a los gastos esenciales del hogar. Por más que el intérprete haya considerado relevante esta propiedad que no era tomada como relevante por el legislador, no puede ello hacerse por la expresa voluntad contraria de este último. El juez no podría considerar esto como un descuido de legislador, sino que pretendería separarse abiertamente de la voluntad expresada en la ley.

Al igual que sucedía en los tipos, no podemos afirmar que estemos frente a una laguna axiológica. Según lo ya afirmado, al distinguir entre lagunas axiológicas y desacuerdos valorativos, estaríamos simplemente frente a un desacuerdo valorativo *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*.

v La analogía *in bonam partem* y la definición de analogía del CC

Aclarado ya el concepto de laguna que es posible reconocer en el Derecho penal para que opere la analogía *in bonam partem*, creo que es propicio señalar algo más sobre los motivos de acudir a la analogía frente a lagunas axiológicas. Esto lleva a la necesidad de ofrecer las razones por las que me aparto del concepto de analogía estipulado por el legislador en el art. 4. 1 CC. Vale la pena recordar que, según ésta disposición legal, la aplicación analógica de las normas procede "*cuando éstas no contemplen un supuesto específico*", de modo tal que solamente la analogía procedería cuando estemos frente a una laguna normativa⁴⁸⁸.

Ha sido posible observar que, conforme a la estructura del sistema normativo del Derecho penal, quedan eliminadas las posibilidades de reconocer la existencia de lagunas normativas. El principio de legalidad exigiría interpretar al tipo penal como un bicondicional y, en consecuencia, no existirían casos genéricos que se encontraran huérfanos de tratamiento jurídico: Tampoco podría decirse que existieran otras propiedades relevantes no tenidas en cuenta por el legislador. En referencia a las eximentes, vimos ya que la puesta en contacto de las normas que pueden conformar el sistema deja en evidencia también que todos los casos posibles tendrían una solución en el sistema.

Si adoptáramos el concepto estándar de analogía que maneja la doctrina (coincidente con el recogido en el CC) deberían privar a la metodología jurídico-penal de uno de los instrumentos argumentativos del Derecho más importantes. La analogía posee una enorme trascendencia en el razonamiento jurídico y desempeña un rol trascendental en relación a las eximentes jurídico-penales a la hora de reducir el *ius puniendi*. En consecuencia, no parecería apropiado privar al Derecho penal de un modo de razonar de semejante importancia.

⁴⁸⁷ En opinión de ACHENBACH, en *JR* (1975), p. 496, esto también sucedería en relación al estado de necesidad exculpante recogido en el § 35 StGB.

⁴⁸⁸ Entiende FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 75, que esta expresión contenida en el art. 4. 1 CC y la idea de "*vacío legal*" podría ser interpretada en sentido impropio, de tal manera que fuese posible comprender a las lagunas axiológicas.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

En otro orden de ideas, es importante poner de manifiesto que la Teoría del Derecho no se ha visto particularmente interesada en postular mecanismos que fueran útiles para solucionar los problemas derivados de las lagunas axiológicas. Así como en relación a las lagunas normativas se propone el recurso a la analogía, a los principios y al argumento a contrario para su integración, con respecto a las lagunas axiológicas brillan por su ausencia similares mecanismos de integración⁴⁸⁹.

El reconocimiento de una laguna axiológica presupone un juicio con una carga valorativa que está ausente en lo que hace a las lagunas normativas. Ello habría de constituir para nosotros un llamado de atención a la hora de poder limitar las atribuciones del juez, no sólo a la hora de determinar la existencia de una laguna axiológica, sino también respecto a su integración. Pese a que la analogía se trata de un razonamiento lógicamente inválido, no puede dudarse que ofrece márgenes de seguridad o previsibilidad mayores que los que podría ofrecer otro mecanismo, por ejemplo, la aplicación de principios. Esto último sugiere que la utilización del razonamiento por analogía en la integración de lagunas axiológicas aportaría cuotas importantes de seguridad y racionalizaría debidamente la argumentación de los tribunales.

Menos aún puede pasar por alto en esta argumentación que en la integración del Derecho penal el razonamiento por analogía *in bonam partem* no ha sido inerte sino que ha tenido y tiene una fuerte presencia en los tribunales. Ello ya aparecía en la jurisprudencia del RG cuando, por ejemplo, en su sentencia del 11 de abril de 1927 crea el estado de necesidad justificante supralegal para justificar un caso de interrupción del embarazo por indicación médica⁴⁹⁰. Igualmente en la jurisprudencia que mantiene el TS sobre la atenuante de análoga significación y los casos de dilaciones indebidas, aparece claro el recurso a la analogía para salvar algunos problemas axiológicos importantes.

Evidentemente, en estos dos ejemplos los tribunales no pudieron requerir que para acudir a la analogía haya tenido que existir una laguna normativa, puesto que esto no era posible. Sólo operaron a partir de la existencia de una laguna axiológica⁴⁹¹. El concepto de analogía que ofrece la práctica del Derecho penal vincula, por tanto, la analogía también con las lagunas axiológicas. No quiero significar con ello que el concepto de analogía debería variar conforme a la rama del Derecho en la que opera, pero lo que sí quiero advertir con esto es que debería además asumir como requisitos que las lagunas por integrarse sean normativas o axiológicas.

Lo hasta aquí visto nos permite vislumbrar que no es acertado atar las prácticas de los tribunales penales al concepto de analogía plasmado en el art. 4. 1 CC⁴⁹². Ello no obedece a que el Derecho penal debe desvincularse de conceptos que supuestamente regirían con exclusividad en el Derecho civil. La razón principal por la que sería adecuado apartarse de la voluntad del legislador es que tal conceptualización no recogería debidamente la práctica de los tribunales en la creación analógica de eximentes. Era posible ver con los anteriores ejemplos que los tribunales alemanes y españoles vienen siguiendo desde larga data un concepto que admite también las lagunas axiológicas. Por tanto, podría decirse que el concepto de analogía receptada en el art. 4. 1 CC no reconoce el genuino significado que la práctica de los tribunales le otorga.

Incluso la Exposición de Motivos del Título Preliminar del CC nos aporta a favor de la tesis aquí defendida un argumento extra⁴⁹³. En esencia, cuando aborda la cuestión de la analogía señala que ésta “no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o de similitud, al supuesto no previsto”. No parece ofrecer mayores dudas que la alusión a “defecto o insuficiencia” permite abarcar los problemas que caracterizan a

⁴⁸⁹ Cfr. YACOBUCCI, *El sentido*, pp. 450-451, para quien tales lagunas se colmaría mediante el recurso a los principios jurídicos; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 75, considera que sólo pueden solucionarse las lagunas axiológicas por la vía de una derogación legislativa del viejo precepto.

⁴⁹⁰ Precisamente, NOLL, *Übergesetzliche*, p. 4, entiende que este tipo de lagunas que se presentan en relación a las eximentes deben considerarse como lagunas valorativas o de excepción, las cuales presentan una estructura similar a las lagunas axiológicas.

⁴⁹¹ Incluso, según la opinión de SALGUERO, *Argumentación*, pp. 67-69, el TS también ha empleado a la analogía en materia civil para solucionar casos afectados por lagunas axiológicas.

⁴⁹² No puede pasar inadvertido el escaso ámbito de aplicación que tiene el artículo en cuestión, dado que dejaría afuera los casos de analogía *iuris*, cfr. Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*¹, p. 182; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², p. 324; SALGUERO, *Argumentación*, p. 167; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 141.

⁴⁹³ Cfr. LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos*, p. 258; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², pp. 322-323; SALGUERO, *Argumentación*, p. 83.

las lagunas axiológicas. Lo defendido por el legislador en la Exposición de Motivos demuestra que su intención no fue la de reducir la analogía a un mecanismo de integración de lagunas normativas^{494/495}.

e Excurso: Las denominadas “lagunas de punibilidad” y la remisión a conceptos extrapenales

1. De modo muy habitual se alude entre los penalista a las “lagunas de punibilidad”, especialmente cuando se estudian conceptos tales como la autoría mediata o la comisión por omisión, entre tantos otros. En tales casos, la situación descrita tendría que ver con conceptos o instituciones jurídico-penales que no estarían reconocidas expresamente por el legislador penal y que, según valoraciones político-criminales, deberían serlo⁴⁹⁶. Si, por ejemplo, el legislador no hubiese incluido expresamente entre las formas de autoría a la autoría mediata y empleara solamente el término “autor” o expresiones similares, la doctrina entiende que el castigo del autor mediato sería una complementación del juez a partir de la existencia de una *laguna de punibilidad*⁴⁹⁷. Igualmente, la ausencia de una cláusula de equivalencia que equipare la omisión en posición de garante a la realización activa del delito, importaría respecto a la comisión por omisión una *laguna de punibilidad*.

Lo que ello nos sugiere es que la noción de *laguna de punibilidad*, se correspondería con situaciones de vacío legal y que sería necesariamente colmado por el juez. Entiende SIMON⁴⁹⁸ que una laguna de punibilidad tiene lugar, “*si el programa legislativo es incompleto o defectuoso de modo no querido, cuando incluso el fin de la ley habla en su favor, mientras que la conformación real del precepto en su contra*”. Con esto es posible entender que las razones por las cuales ciertos sectores doctrinales rechazaron figuras como la autoría mediata o la comisión por omisión tienen que ver con su dudosa legitimidad, de caras a las exigencias del principio de legalidad. Según entienden estos últimos sectores, sin una disposición legal expresa estos casos no pueden ser castigos por el juez, dado que estaría admitiéndose sino la analogía *in malam partem*. Sin embargo, la discusión que durante mucho tiempo entretuvo a la doctrina al respecto, tuvo que ver, a mi modo de ver, con la confusión de los planos correspondientes con la interpretación e integración del Derecho.

Sólo podremos estar habilitados para hablar de una infracción del principio de legalidad, de una creación analógica *in malam partem*, cuando, habiendo ya interpretado el término en cuestión (v. gr. matar, autor, etc.) concluyamos que los casos en que se castiga al autor mediato o a quien mata incumpliendo sus deberes positivos no son abarcados por el tipo. Utilizando otras palabras, sólo serán casos de analogía cuando tras interpretar el término establecemos que con la palabra “autor” o “matar” (presente en el tipo de homicidio), el legislador no quiso aludir al autor mediato o abarcar un homicidio por omisión impropia, respectivamente. De ser ello así, estas lagunas de punibilidad serían en realidad genuinas lagunas axiológicas. Pero debe destacarse que el rótulo “*de punibilidad*” no quitaría en este caso ni un ápice de ilegitimidad a la complementación del juez y a que sea considerada como un recurso vedado a la analogía⁴⁹⁹.

Cosa distinta es lo que sucede cuando la cuestión la solucionamos en sede interpretativa. Tal cosa no tiene sólo implicaciones analíticas sino también político-criminales, dado que no se estaría infringiendo el principio de legalidad. Si entendemos, como lo hace un sector doctrinal y que comparto, que el ámbito de significado del término abarca también a casos de autoría mediata o de la realización omisiva del verbo típico, la cuestión se plantea en otros términos. Aquí no estaríamos moviéndonos en un nivel de integración del Derecho, sino que estaremos solucionando problemas de

⁴⁹⁴ Señalando igualmente que el concepto de laguna abarcaría a los casos de deficiencia de la ley, ver por todos, DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*¹, p. 178.

⁴⁹⁵ Cfr. SALGUERO, *Argumentación*, p. 69, quien, pese a considerar que la analogía sólo colma lagunas normativas, admite que la jurisprudencia ha empleado la analogía para colmar también otros tipos de lagunas, como las axiológicas.

⁴⁹⁶ Al respecto, ERB, en *ZStW* 1996 (108), pp. 272-274.

⁴⁹⁷ Ofreciendo otros ejemplos de lagunas de punibilidad en la Parte general, SIMON, *Gesetzesauslegung*, pp. 517-518.

⁴⁹⁸ SIMON, *Gesetzesauslegung*, p. 516.

⁴⁹⁹ Por ello se entiende que algunos autores que no distinguen adecuadamente entre la interpretación y la integración del Derecho, consideren que frente a casos de lagunas de punibilidad en la Parte general del Código penal no se presentarían mayores inconvenientes, al no regir en éste ámbito el principio de legalidad, cfr. JAKOBS, *PG*, n.m. 43, p. 106.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

significado que nos plantean los términos en cuestión⁵⁰⁰. En semejantes casos, el castigo de tales comportamientos no sería, bajo ningún concepto, una aplicación analógica de la ley sino que se trataría de una aplicación rigurosa de la misma. Es decir, se trataría de una interpretación que cabe dentro del tenor literal de la ley y que hace inmune la decisión del juez frente a cualquier cuestionamiento de inconstitucionalidad. En este último caso, el concepto de laguna de punibilidad se correspondería con las lagunas de reconocimiento, las cuáles expusimos más arriba, siguiendo a ALCHOURRÓN y BULYGIN.

2. Igualmente aparecen enormes confusiones conceptuales cuando se abordan casos en los cuáles el tipo o la disposición de la Parte general remiten a algún concepto que se encuentra en otra rama del Derecho. Las preocupaciones que evidencia la doctrina para estos casos tienen que ver con remisiones conceptuales a ramas del Derecho, en donde las garantías no rigen con la misma fuerza que en el Derecho penal. Los mayores temores se presentan cuando el CP emplea términos como “administrador de hecho” o “poseedor” y su significado viene dado por la ley civil o mercantil. Se arguye en este sentido, que sería preferible optar por un concepto jurídico-penal, que evitara, caer en los peligros de acudir a los métodos de interpretación y de integración del Derecho privado. En tales casos, se dice, se estaría admitiendo indirectamente la analogía *in malam partem*⁵⁰¹.

Esta cuestión a la sujeción o no del Derecho penal a las definiciones de ciertos conceptos jurídicos que hacen otras ramas del Derecho es enormemente debatida en la doctrina jurídico-penal desde hace ya largos años. En este contexto tiende a imponerse la opinión favorable a que el Derecho penal tiene plena autonomía al definir sus conceptos⁵⁰² y por ello el juez penal debería apegarse al concepto *jurídico-penal* de, por ejemplo, patrimonio, administrador de hecho, etc.. No obstante, —y pese a ser ésta una cuestión cuyo análisis detallado excede ampliamente las pretensiones de este trabajo— descreo de las bondades que tendría partir el significado de los conceptos jurídicos de tal modo que podamos encontrarnos con tantos significados posibles como ramas jurídicas existen. De ser ello así, sería innecesario contar con un concepto jurídico-penal, jurídico-civil y jurídico-mercantil de administrador de hecho.

En cambio, entiendo que si la ley penal emplea términos, cuyo concepto es definido en detalle por una ley civil o mercantil, qué mejor que acudir a la interpretación que de estos términos hacen los tribunales civiles o mercantiles y los *iusprivatistas*. Al decir ello no estoy abonando la idea de que crea necesario introducir indirectamente a la analogía *in malam partem* en el Derecho penal.

No es lo mismo decir que debemos tomar el significado que los términos tienen para el Derecho civil o mercantil, que recibir con beneplácito la extensión analógica que los tribunales civiles o mercantiles hacen, por ejemplo, de los conceptos de administrador de hecho o de poseedor. Cuando los tribunales civiles o mercantiles aplican por analogía una regulación concreta de posesión a un sujeto que no es alcanzado por el ámbito de significado del término “*poseedor*”, son conscientes de que no estamos ante un poseedor, sino ante una situación análoga. Los casos análogos de posesión y de administración de hecho no le importan al Derecho penal, sino sólo aquellos casos que caben dentro de su ámbito de significado del término⁵⁰³. Cuando los penalistas acuden a la interpretación de los tribunales civiles o mercantiles o a la opinión de sus juristas no introducen clandestinamente la analogía *in malam partem*. Sí lo hacen, al contrario, si introducen casos que no son, según la jurisprudencia civil o mercantil, verdaderos supuestos de administración de hecho o de posesión, sino que son análogos a ellos.

Utilizando otras expresiones, puede decirse que el principio de legalidad no prohíbe que el juez o el dogmático recurran al significado que reconocen los tribunales extrapenales a determinados términos. Lo que sí prohíbe este principio es que se introduzcan extensiones analógicas que tengan lugar en la jurisdicción *iusprivatista*⁵⁰⁴. Esta confusión de aspectos conceptuales explica de alguna manera la *claustrofobia* que tan a menudo nos afecta a los penalistas.

⁵⁰⁰ De ahí que con razón señale SIMON, *Gesetzesauslegung*, p. 516, que “frente a este estricto apoyo al programa del legislador no juegan ningún rol las eventuales lagunas de punibilidad en la concreción de la norma, pues si una norma o la codificación tiene lagunas es el resultado de la interpretación”.

⁵⁰¹ En este sentido, Schönke/Schröder²⁷-ESER, § 1, n.m. 33.

⁵⁰² De esta opinión, GRACIA MARTÍN, *El actuar*, I, p. 135.

⁵⁰³ Próximo a ello, KREY, *Studien*, p. 228.

⁵⁰⁴ GROß, *Die strafrechtliche*, p. 87.

2 Existencia de una ley análoga

Una vez que las normas jurídicas que componen el sistema han sido puestas en contacto y se ha constatado la existencia de alguna laguna axiológica, parecerá propicio considerar cuál de aquellas normas será aplicable mediante la analogía *in bonam partem* al caso genérico en cuestión. En la identificación de las normas jurídicas de la base del sistema desempeña un papel destacado el principio de legalidad, irrumpiendo aquí con fuerza para establecer cuáles son las fuentes del Derecho penal.

La flexibilización del principio de legalidad en el Derecho civil, por ejemplo, permite que podamos tomar como base del sistema tanto leyes en sentido estricto, como así también a la costumbre⁵⁰⁵. Sin embargo, ya he puesto de manifiesto en el Capítulo previo que el principio de legalidad sólo permite considerar fuente del Derecho penal a la ley y, de modo excepcional, a las decisiones judiciales. Con todo, sólo sería posible identificar como normas que componen al sistema a la ley, dado que el carácter de fuente que poseen las decisiones judiciales es sólo a partir del recurso a la analogía. En consecuencia, sólo las leyes podrán ser las normas jurídicas del sistema frente a la integración del Derecho penal mediante la analogía *in bonam partem*.

Lo que parece ser relevante a partir de aquello es que solamente podrá aplicarse analógicamente una ley, la cuál, a su vez, deberá regular un caso genérico similar al caso genérico que se encuentra afectado por la laguna axiológica⁵⁰⁶. Sólo estaremos frente a un caso de analogía *legis* cuando la solución jurídica reconocida a un caso genérico por una norma del sistema se extienda a otro caso genérico que sea similar al de la norma extendida. En tal sentido, parece obvio requerir que para integrar en Derecho penal lagunas axiológicas mediante la analogía *legis*, será preciso la existencia de una ley que regule un caso análogo al caso genérico afectado por la laguna.

La identificación del carácter similar de los casos tendrá que ver con su propia estructura, esto es, con las propiedades que se hallen presentes en uno y otro⁵⁰⁷. Esta analogía entre los casos debe ser, no obstante, diferenciado del paso siguiente que debe darse en la analogía para determinar si, a los ojos de la ley, ambos casos son lo suficientemente análogos como para recibir por la ley igual tratamiento⁵⁰⁸. Con ello aludo a la determinación de la existencia o ausencia de una identidad de razón y a la existencia de similitudes relevantes entre los casos. Sobre esto último volveré en el apartado siguiente.

Además, es menester poner de relieve que las cortapisas establecidas por el principio de legalidad en relación al sistema de fuentes jurídico-penales dejan afuera algunas disposiciones que, por consiguiente, no podrían ser extendidas analógicamente. Se trata de normas que se encuentran formuladas en términos extremadamente abiertos y que hacen prácticamente imposible determinar, sin exlmitarse el intérprete, el verdadero alcance de su significado⁵⁰⁹. Un buen ejemplo de ello podría encontrarse en la disposición que regula la eximente del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo o cumplimiento de un deber (art. 20. 7º CP). Para poder analizar cuestiones que se desenvuelven a nivel del sistema (como son las lagunas normativas y axiológicas) debe partirse de normas ya interpretadas. La interpretación de normas jurídicas cuya redacción tenga lugar de un modo desmedidamente amplio hace sumamente difícil que podamos llegar a conclusiones ciertas sobre el significado de tales normas.

⁵⁰⁵ FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 103.

⁵⁰⁶ Destacando la necesidad de que exista una norma que regule un caso similar al afectado por la laguna, FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 103-104.

⁵⁰⁷ Según entiende SALGUERO, *Argumentación*, pp. 87-89, la discusión en este punto se vio inmensamente beneficiada a partir de las aportaciones de Ulrich KLUG y su idea del “círculo de semejanza”. Sobre este último concepto, cfr. ATIENZA, *Sobre la analogía*, pp. 82 y ss.

⁵⁰⁸ Distinguiendo adecuadamente entre en nivel de semejanza fáctico y normativo, SALGUERO, *Argumentación*, p. 84; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 96-97.

⁵⁰⁹ Es más, según entiende RÖHL, *Allgemeine*², § 22, p. 176, sólo podríamos hablar de una norma general cuando las circunstancias legales y el destinatario de la norma estén determinados con precisión.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Frente a tales normas no podemos acabar de saber cuáles son los casos genéricos que se están pretendiendo regular con esa norma⁵¹⁰. Los coletazos de estas dificultades que no sólo acaban alcanzando a cuestiones interpretativas, también dificultan enormemente la conexión de normas y la explicación de ciertos sistemas normativos. La consecuencia que creo puede derivarse de todo esto es que disposiciones del estilo del art. 20. 7º CP, que no llegan a describir de un modo mínimamente plausible el caso genérico regulado, no deben ser tenidas en cuenta para establecer la base del sistema normativo y, menos aun, para aplicar por analogía⁵¹¹. Esta conclusión es algo que vale no sólo para la analogía *legis*, sino también para los casos en que se quiere hacer uso de la analogía *institutionis* y la analogía *iuris*.

3 Establecimiento de la identidad de razón

La determinación de la razón de identidad entre un caso genérico que se encuentra correlacionado con una solución jurídica y un caso genérico afectado por una laguna normativa o axiológica podría decirse que es el momento central de la analogía⁵¹². Ello es palmario no sólo cuando consideramos a la analogía como mecanismo de integración del Derecho, sino incluso cuando predicamos las bondades del razonamiento por analogía entre las diversas vías de argumentación jurídica. Semejante afirmación no debería sonarnos exagerada siuviésemos en consideración que los más diversos casos, por más disímiles que puedan parecer, siempre en algún punto alcanzan a tener una conexión que los hace similares⁵¹³. Las cosas, puestas en relación entre sí, serían siempre *análogas* en un sentido y *no-análogas* en otro⁵¹⁴.

Una vez que se han identificado las normas jurídicas que conforman el sistema y tras haber determinado alguna laguna que lo afecte, será necesario proceder a determinar si el caso afectado por una laguna axiológica es análogo al caso genérico de la norma que sirve de comparación. La determinación de esta similitud, no obstante, puede entenderse, al menos, de dos modos diferentes. Puede decirse que dos casos son similares según sus propiedades constitutivas. Pero también, debe interesarnos si esa semejanza o analogía “fáctica”, puede juzgarse en iguales términos según los “ojos de la ley”⁵¹⁵.

Seguramente el punto de partida para determinar la similitud entre dos casos estará ligado a ver la estructura misma de los casos genéricos comparados. La constatación de las propiedades o características de los casos comparados nos sirve para determinar si ellos son o no similares⁵¹⁶. Se compara, por tanto, el caso genérico regulado adecuadamente por una norma del sistema y el caso afectado por una laguna axiológica. Podría decirse que, en este momento, el parangón se hace de espaldas a la finalidad de la ley.

En este primer paso, no debe interesarnos la finalidad que persiguió el legislador para reconocer determinadas propiedades y determinada solución para la norma que sirve de comparación. Solamente con posterioridad a la constatación de la existencia de propiedades comunes y de otras divergentes es que tiene sentido razonar sobre la analogía o grado de analogía que existe entre los dos casos genéricos comparados según los fines de la ley.

Con todo, estos pasos que se dan en el razonamiento por analogía no son inmunes a cuestionamientos, más aun cuando la existencia de una analogía entre dos casos no deja de ser una cuestión remitida a la valoración del intérprete. Lo relevante sería, en todo caso, explicitar las premisas

⁵¹⁰ Ello llevaría a que quede en manos del juez la precisión de los términos de la ley, lo cual sería inadmisibile desde la perspectiva del Estado de Derecho, cfr. SIMON, *Gesetzesauslegung*, p. 45.

⁵¹¹ Hasta donde llego, rechaza la aplicación analógica de normas abiertas o indeterminadas, cfr. FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 105.

⁵¹² ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 181; EL MISMO, en *Doxa* (1985) 2, p. 225; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 183.

⁵¹³ FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 99.

⁵¹⁴ Por esta razón entiende BACIGALUPO, *Anuario de Derechos Humanos* (1983) 2, p. 24, que en la analogía tienen lugar dos análisis: un primero, en el que se observa la existencia de dos casos que tienen elementos en común, pero existen otros elementos que los diferencian; un segundo, de carácter principalmente valorativo, según el cual los elementos de coincidencia son esenciales y los no coincidentes no son esenciales.

⁵¹⁵ Señalando, sin embargo, que la conclusión sobre la analogía de dos elementos es consecuencia de una pura estrategia argumentativa o discursiva, SALGUERO, *Argumentación*, p. 13.

⁵¹⁶ FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 91 y ss.

y la secuencia del razonamiento que nos sirven para concluir la analogía. En el mismo sentido, también interesa evidenciar todas aquellas razones que subyacen a la regla de identidad y que la fundamentan. Por tanto, mucho es lo que puede clarificarnos la distinción fundamental que nos acerca BREWER entre las *Analogy Warranting Rules* y las *Analogy Warranting Rationales*⁵¹⁷. Con esto último, el autor nos ofrece una distinción que debe interesarnos y que tiene que ver con la formalización del argumento por analogía y la introducción de los principios en la confirmación o rechazo de la analogía.

Con la analogía lo que se hace es inferir para un caso una determinada característica a partir de mantener éste una analogía con otro caso en el cual dicha propiedad se encuentra presente⁵¹⁸. Ello sólo puede hacerse adicionando al razonamiento una premisa que establece la analogía o razón de identidad. Sin embargo, con la inclusión de tal premisa se debilitaría la fuerza de la conclusión⁵¹⁹, de modo que la inclusión de una dimensión material en la fundamentación de tal premisa dotaría a la premisa de soporte racional. En esta distinción de niveles entra a terciar la aportación de Scott BREWER.

El autor propone distinguir, por una parte, la explicación de la relación lógica entre las características similares de los casos comparados y aquellas características que son inferidas. Lo que establecería esta relación lógica sería lo que BREWER denomina *Analogy Warranting Rule* (AWR). Mientras que otro componente importante en el razonamiento por analogía serían las *Analogy Warranting Rationales* (AWRas)⁵²⁰. Justamente, lo que el autor se propone distinguir, en segundo lugar, tiene que ver con aquellas razones materiales que garantizan la analogía y a ello lo hacen fundamentando la AWR⁵²¹. Precisamente las AWRas explican los motivos por los cuáles dos casos son análogos según el sentido de la ley. Según el esquema que se ha seguido hasta aquí, puede estimarse que los principios jurídicos serán los encargados de cumplir la misión de garantizar y fundamentar la analogía⁵²². En el caso concreto de la analogía *legis*, será precisamente la *ratio legis* la que se encargará de justificar la analogía⁵²³.

Para entender mejor como operan la AWR y las AWRas sería acertado volver al ejemplo de la legítima defensa preventiva que analizamos más atrás. Lo conveniente sería, en cualquier caso, explicitar la formulación lógica del argumento de tal manera que nos permita analizar las premisas.

Objetivo: defensa preventiva (x)

Fuente: legítima defensa (art. 20. 4º) (y)

Características comunes: agresión ilegítima (A), racionalidad de la defensa (B) y falta de provocación (C)

Característica no compartida: temporalidad de la defensa (F)

Características inferidas: justificación de la defensa (G)

1. x e y tienen las características A, B y C.

2. y tiene F

3. x no tiene F

4. y tiene también la característica G

5. todas las cosas que tengan A, B y C son G (AWR)

6. por tanto, se puede inferir que x tiene G

Lo que es realmente importante en la formalización anterior es lo que sucede en el paso 5º, dado que es aquí donde el intérprete ha postulado la analogía que existe entre los dos casos. A partir de allí, parece posible inferir para x (defensa preventiva) G; esto es, puede señalarse que tal conducta se encuentra justificada. La premisa que aparece en el argumento diciéndonos de toda acción de defensa realizada de modo racional debe ser justificada con independencia de su temporalidad, constituye la regla de la analogía. En otras palabras, constituye lo que BREWER entiende como AWR.

⁵¹⁷ BREWER, en *Harvard Law Review* (1996), *passim*.

⁵¹⁸ BREWER, en *Harvard Law Review* (1996), p. 965.

⁵¹⁹ BREWER, en *Harvard Law Review* (1996), p. 1017.

⁵²⁰ BREWER, en *Harvard Law Review* (1996), p. 965.

⁵²¹ BREWER, en *Harvard Law Review* (1996), p. 1022.

⁵²² Destacando el valor de los principios en el razonamiento por analogía y en este tramo del mismo particularmente, POSNER, en *Cornell Law Review* (2006) March, pp. 764-766, quien incluso se muestra crítico con la postura de WEINREB que niega esta importancia.

⁵²³ Próximo a esta opinión, RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 895, p. 563.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Pero evidentemente la argumentación no debe quedar ahí. En la fundamentación de la premisa introducida en el paso 5º adquiere fuerza la dimensión material de los principios y, en especial en la analogía *legis*, de la *ratio legis*^{524/525}. La función que cumplirían los principios es la de ofrecer las razones que nos llevan a concluir la analogía entre ambos casos genéricos a la luz de la finalidad de la ley. En última instancia acaba justificando la extensión de la consecuencia jurídica al caso *lagunoso*⁵²⁶.

La función trascendental que desempeñarían los principios aquí sería la de determinar si los casos comparados son los suficientemente análogos, a partir de lo que tendrían mayor peso las características compartidas antes que las disímiles⁵²⁷. Una vez que se ha confirmado la similitud entre ambos casos a partir de la AWRa, procede dar un paso hacia la creación de la eximente, tomando como base la norma que regula el caso genérico análogo⁵²⁸.

4 Creación judicial de eximentes mediante la analogía

El procedimiento de integración del Derecho mediante la analogía no queda concluido a partir del momento en el que el juez ha logrado establecer la existencia de una razón de identidad entre el caso genérico de la norma que sirve a la analogía y el caso genérico afectado por la laguna axiológica. Una vez que se han identificado las normas que conforman las bases del sistema y se ha detectado la existencia de lagunas axiológicas, el juez debe establecer la existencia de la razón de identidad. A partir de ello, corresponderá al juez crear la norma que regulará el caso afectado por la laguna.

Mediante el recurso a la analogía *legis* se está extendiendo a un caso de laguna la regulación o la solución jurídica prevista por una norma que regula otro caso similar. Una tal aplicación del Derecho no puede verse jamás como una mera extensión de la regulación de la norma que no implique una modificación de ésta. Ello implica, por cierto, la creación de una norma. En realidad, cuando así sucede se está modificando el Derecho y el juez está introduciendo en el sistema una nueva norma que viene a solucionar el caso en cuestión de un modo axiológicamente adecuado. El sistema normativo no prevería una norma que solucione el problema axiológico con anterioridad al recurso a la analogía. Precisamente se acude a ésta última para solventar este problema y lo hace introduciendo en el sistema una nueva norma.

⁵²⁴ Llegados a este punto reviste una particular importancia la postura que asumamos respecto al argumento por analogía y, en especial, respecto a la fuerza racional que se le reconozca. Podemos optar por una visión “mística”, una “escéptica” o, finalmente, por una “propuesta racionalista moderada”, cfr. BREWER, en *Harvard Law Review* (1996), pp. 952 y ss. En el caso de escoger, como lo hace SUNSTEIN, una visión “mística”, parecería que el alto valor que este tipo de razonamiento tiene en el entorno jurídico no haría necesario una explicación profunda de los juicios sobre la similitud o disimilitud existente entre los casos. Por otra parte, una visión “escéptica” no desconocería la importancia de la dimensión justificativa en la argumentación jurídica, aunque no despejaría ello cierta desconfianza, al tener una fuerza racional inferior a la ofrecida por la deducción o la inducción. Otro grupo de escépticos dirá que la integridad racional del argumento por analogía depende de que se vea reducida a reglas, esto es, en la medida que tales argumentos se deriven deductivamente de reglas. No pueden existir dudas de que ambas posturas aportan un acercamiento acertado al problema. Sin embargo, la solución estaría lejos si se opta solamente por una de estas visiones. En este sentido parece adecuada una *opción racionalista más moderada*, como la seguida por BREWER, en *Harvard Law Review* (1996), pp. 954-955. Entiende que para dotar al argumento por analogía de fuerza racional no puede relevarse al operador jurídico de la carga de teorizar respecto al grado de similitud o disimilitud y en relación a la relevancia o no de este par de conceptos. Por otra parte, nadie podría negar que la analogía es un argumento guiado de reglas. De hecho, es de enorme importancia el papel que desempeñan los principios o razones subyacentes a las normas en la confirmación o rechazo de la similitud postulada abductivamente. Sin embargo, entiende BREWER, en *Harvard Law Review* (1996), pp. 954, 975, que ello no puede implicar, bajo ningún aspecto, una aplicación deductiva de dichos principios al emplear la analogía. En este sentido es que se pueda señalarse que los principios o las reglas guían el argumento analógico, pero que están lejos de determinarlo completamente.

⁵²⁵ Según entiende ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 57, en el pensamiento de BOBBIO la validez lógica del argumento dependerá de la existencia de la misma razón suficiente o *ratio legis*.

⁵²⁶ SALGUERO, *Argumentación*, p. 179. Parece opinar en términos diferentes FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 92, para quien la *ratio legis* no sería algo previo a la analogía, sino que la consecuencia de ella.

⁵²⁷ Justamente entiende NOLL, *Übersetzliche*, p. 14, que uno de los requisitos principales de la aparición de causas supralegales de justificación es ellas se encuentren en armonía con los principios contenidos en la norma.

⁵²⁸ En este punto cabe distanciarse de BREWER, en *Harvard Law Review* (1996), pp. 1022-1023, dado que no creo que lo que finalmente aplicado sea la AWR, sino la norma creada judicialmente a partir de la analogía. Para este autor, el razonamiento por analogía se compondría de tres pasos. El primero de ellos es de carácter creativo o de descubrimiento, en el cual el intérprete propone una AWR. Según BREWER, la AWR se obtiene abductivamente. El segundo paso consiste en confirmar la AWR y para ello desempeñan un papel importantísimo las razones que fundamentan las reglas. Esto es lo que el autor entiende como AWRas. Y finalmente, la tercera etapa trata de la aplicación de la AWR confirmada por las AWRas al caso concreto.

Este acto de creación judicial a partir de la analogía, sin embargo, no supone en modo alguno un acto carente de límites. Bien al contrario, tal construcción se encuentra ceñida dentro de ciertos parámetros que fijan la propia norma análoga y los principios que subyacen a ella.

El procedimiento de integración del Derecho mediante el recurso a la analogía culmina, por tanto, con la creación de la norma que realiza el juez. Justamente, se solucionará el caso genérico afectado por la laguna axiológica mediante la aplicación de la nueva norma introducida en el sistema⁵²⁹. Con todo, insistía en que la integración a partir de la analogía se encuentra sujeta a límites, lo que lo hace un método jurídico ceñido a la razón y diferenciado del ejercicio jurisdiccional arbitrario. Es posible entender, entonces, que el juez deba tomar algún marco o modelo para poder crear la norma jurídica que acabe reconociendo una solución jurídica adecuada para el caso.

Conceptualmente, la sola referencia a la extensión *analógica* de una eximente evidencia que el juez debe tomar como molde de su creación al enunciado legal concreto que regula el caso análogo. Volviendo al ejemplo de la defensa preventiva en contextos familiares intimidatorios, el juez ni subsume el caso dentro del art. 20. 4º CP que regula la legítima defensa ni crea una norma según su propia voluntad o su propia idea de justicia. En realidad, cuando reconoce en tales casos la presencia de una laguna axiológica y acude a la analogía como vía de solución, crea una norma pero tomando como referencia, como molde, al art. 20. 4º CP.

Por cierto, no puede decirse que la creación judicial que tiene lugar en este punto quede ceñida por el modelo que ofrece la norma análoga. En realidad, también la *ratio legis* permite ceñir la decisión del juez al momento de diseñar la norma que será aplicada al caso afectado por la laguna axiológica. Lo que haría el juez es crear una nueva causa de justificación, análoga a la legítima defensa (art. 20. 4º CP), que requiere una agresión ilegítima, el empleo de un medio de defensa racional para impedir la o repelarla y la existencia de un contexto familiar intimidatorio. Tendríamos en el sistema una nueva norma destinada a regular un determinado caso genérico y que ha tenido su origen en la voluntad del juez y no en la del legislador.

C ANALOGÍA INSTITUTIONIS Y ANALOGÍA IURIS

1 Introducción

Con anterioridad advertía que la discusión estándar en Teoría del Derecho distingue desde larga data entre dos tipos de analogía: entre la analogía *legis* y la analogía *iuris*. Paradójicamente, siendo la analogía *iuris* unos de los primeros métodos que se reconocieron en la integración del Derecho⁵³⁰, no parece antojadizo señalar que hoy en día la analogía *legis* se erige en la clase de analogía por antonomasia.

Se ha podido apreciar, a partir del análisis anterior sobre la analogía *legis*, que ésta se encuentra referida a aquella solución de una laguna normativa o axiológica a partir de la creación judicial de una norma tomando como base una norma concreta del sistema. Dicho de otro modo, se estaría extendiendo la solución jurídica que corresponde a un caso genérico a otro similar a éste y que se encuentra afectado por una laguna. En cambio, la analogía *iuris* estuvo orientada desde siempre a la explicación de otros fenómenos en los que la nueva norma era creada por el juez a partir de los principios generales del Derecho⁵³¹. Dicho brevemente, el ordenamiento jurídico globalmente considerado presentaría una laguna en relación con un caso genérico concreto y tal laguna sería solucionada a partir de los principios que inspiran a aquél.

⁵²⁹ Por tanto no se trataría sólo de la solución de un caso individual, cfr. RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 880, p. 556.

⁵³⁰ Conforme a ATIENZA, *Sobre la analogía*, pp. 40-41; SALGUERO, *Argumentación*, pp. 80-81; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 39-40, ya desde la Escuela de Derecho natural racionalista la integración de lagunas tuvo lugar a partir del recurso a los principios generales del Derecho natural. Especialmente, entre los siglos XVII y XVIII la analogía *iuris* asumió un papel estelar al respecto por su asimilación con el recurso a principios. Sólo pasada la segunda mitad del S. XVIII comienza a hablarse de analogía *legis* en el sentido actual de la expresión.

⁵³¹ SALGUERO, *Argumentación*, pp. 169-171.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

Sin embargo, sería conveniente también incluir un nivel intermedio de abstracción, ubicado entre la analogía *legis* y la analogía *iuris*. A partir de este nivel intermedio se tendrá en cuenta para identificar lagunas axiológicas y para sustentar el argumento a las instituciones jurídico-penales, como así también a sus principios. Tal clase podría ser denominada analogía *institutionis*. Como veremos más adelante, al momento de caracterizarla, se trata de un mecanismo integrador del Derecho de gran trascendencia en la creación de eximentes penales por vía judicial.

Pese a que tanto la analogía *iuris* como la analogía *institutionis* mantienen cierta autonomía conceptual, estimo conveniente unificar bajo el mismo epígrafe ambas clases para aunar el tratamiento al momento de explicar sus características y su funcionamiento. Como primer punto, analizaré por separado el concepto de estos dos tipos de analogía. Pero además se analizarán en apartados comunes aspectos que tienen que ver con la conexión de las normas del sistema y el concepto de laguna empleado en la analogía *iuris* e *institutionis in bonam partem*. Igualmente me interesa poner bajo la lupa la explicación y justificación de la analogía entre los casos y las características de esta norma creada por el juez. En buena medida, estas reflexiones tendrán referencias directas a lo señalado en relación a la analogía *legis*.

Un especial reflejo de ello lo encontraremos al retomar la discusión sobre las lagunas jurídicas que existen en el Derecho penal y que pueden ser integradas a partir de la analogía *in bonam partem*. Por razones de brevedad no volveremos a lo señalado en relación a la analogía *legis*, sin perjuicio de las especificidades derivadas de los conceptos de analogía *institutionis* y analogía *iuris*.

2 Analogía *institutionis*: concepto

Señalaba con anterioridad que la distinción entre la analogía *legis* y la analogía *iuris* tiene en cuenta, principalmente, el grado de generalización que se toma como punto de referencia de la inferencia inductiva de los principios que indican la analogía. En la analogía *legis*, las *rationes legis* serían los principios encargados de guiar la decisión del juez a la hora de determinar la similitud de los casos y la conveniencia de extender una solución jurídica. Tarea similar llevan a cabo los principios generales del Derecho en relación a la analogía *iuris*. Vemos a partir de ahí que la analogía *legis* toma como referencia para inferir las *rationes legis* a una norma concreta del sistema, mientras que la analogía *iuris* extrae los principios a partir de todo el ordenamiento jurídico.

Desde un punto de vista teórico cabe todavía la posibilidad de reconocer un nivel intermedio de generalización que tenga reflejo en la analogía. Según tal nivel intermedio, no se tomaría como base de la inferencia a una norma en concreto ni tampoco a todo el ordenamiento jurídica. En realidad, la referencia estaría asentada en un conjunto finito y determinado de normas, en un grupo pequeño de normas.

Una posibilidad semejante de abstraernos hasta un nivel intermedio ha sido reconocida por algunos teóricos del Derecho. Concretamente, ATIENZA⁵³² estima que podría hablarse en la analogía de un uso más o menos amplio de los principios jurídicos y, en especial, de un uso de principios derivados de un grupo de normas que configuran alguna institución. El autor emplea la expresión *analogía iuris imperfecta* para denominar a la analogía que trabaja con principios que se ubican en este nivel intermedio de abstracción.

Especialmente, dentro del ámbito de la discusión jurídico-penal debe destacarse que también GÜNTHER⁵³³ ha vislumbrado, en relación a las circunstancias que excluyen la antijuridicidad penal, la posibilidad de tomar como referente en la construcción de la analogía a los fundamentos de la institución jurídico-penal. A esta clase de analogía la cataloga GÜNTHER como *analogía del Derecho o analogía iuris*, la cual sería distinta del recurso a los principios generales del Derecho o de los valores constitucionales.

⁵³² ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 185; EL MISMO, en *Doxa* (1985) 2, p. 228.

⁵³³ GÜNTHER, *Strafrechtsmüdigkeit*, pp. 294-295.

En este punto, las ideas de ATIENZA y GÜNTHER son enormemente fructíferas no sólo para explicar el funcionamiento de la analogía en el Derecho, sino también para proyectar algunas consideraciones de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal. Pese a ello, ni estos autores ni otros teóricos del Derecho o penalistas han profundizado en esta idea, ni han extraído mayores consecuencias de su puesta en práctica en la integración del Derecho⁵³⁴.

Por mi parte considero que estamos ante una categoría sumamente potente en la explicación de buena parte de las causas de justificación y de exculpación que han ido apareciendo por vía judicial a lo largo de la historia del Derecho penal. Algunas de las llamadas causas de justificación suprelagales y, particularmente, el estado de necesidad justificante suprallegal, han sido creadas por los tribunales a partir de una analogía que acudía a principios que se ubicarían en este nivel de abstracción^{535/536}. La cuestión pasaría por identificar el conjunto de normas del cual extraeríamos los principios jurídicos.

Pero también reporta enormes utilidades para distinguir los casos en que efectivamente el TS crea nuevas atenuantes y aquellos otros casos en que no lo hace. En estos últimos casos se trataría de una mera aplicación del art. 21. 6 CP. De manera que la capacidad de rendimiento de esta figura argumentativa no sólo se predicará en relación a una mejor racionalización de la argumentación judicial, sino que además ayudará a distinguir distintos planos argumentativos en las decisiones judiciales.

Debo decir, no obstante, que no llego a estimar del todo feliz la expresión que emplea ATIENZA al hablar de analogía *iuris imperfecta*. Creo que una de las cosas más importantes que tiene esta categoría es la de revitalizar el papel de las instituciones jurídicas y de las normas que las conforman. Precisamente el asiento de las normas y de los principios que se emplean en esta clase de analogía estará en las instituciones jurídicas y no en el conjunto del Derecho. Tampoco alcanzo a compartir la utilización del término analogía *iuris* que emplea GÜNTHER para caracterizar esta figura, ya que desde siempre esta clase de analogía estuvo fuertemente emparentada con la referencia a principios y fundamentos generales de todo el Derecho.

Me parece más conveniente, por tanto, adoptar como denominación para tal modo de integrar el Derecho la de *analogía institutionis*. El cambio de denominación no obedece a un pseudo-intento de aportar originalidad al debate, sino que sólo especifica de mejor modo el nivel de abstracción en el que opera esta argumentación.

Allende las especificaciones que hagamos más adelante, la característica principal de esta clase de analogía estaría en el conjunto de normas puestas en conexión para determinar las lagunas. Pero además sería significativa la naturaleza y ubicación de los principios de los que nos sirvamos para establecer la razón de identidad y la similitud de los casos a la luz de la ley.

Respecto a lo primero, no puede pasar inadvertido que aquí se pondrán en contacto todas las normas que conforman una institución jurídica. Si hablamos de la justificación o de la atenuación como instituciones jurídico-penales, deberán conectarse todas las normas que conforman la institución. Deberían conectarse, por tanto, todas las causas de justificación y causas de atenuación de responsabilidad penal que conforman su respectiva institución.

Pero también caracteriza a la analogía *institutionis* el tipo de principio que tiene carta de ciudadanía en tal argumento. Precisamente serán los principios institucionales las piezas jurídicas que desempeñarán un rol prácticamente estelar en la analogía *institutionis*. Aquí no deberemos acudir ni a la *ratio legis* ni a los principios generales, sino a principios ubicados en un nivel intermedio de abstracción y que fundamentan las instituciones jurídico-penales que eximen de responsabilidad penal. Veremos además que, a diferencia de lo que acontece en la analogía *legis*, habrá una presencia mucho más fuerte de estos principios en la creación judicial final de la eximente.

⁵³⁴ Siguiendo expresamente la categoría de la analogía *iuris imperfecta* reconocida por ATIENZA, SALGUERO, *Argumentación*, pp. 168-169, 171, incluso trayendo un ejemplo de ella a partir de la STS de 10 de marzo de 1998 pronunciada en materia civil; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 137.

⁵³⁵ RGSt. T. 61, p. 244 y ss.

⁵³⁶ Señalando justamente que pueden aparecer nuevas causas de justificación a partir de los principios generales que fundamentan la justificación, LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 48.

3 Analogía *iuris*: concepto

Según una definición aportada por RÖHL⁵³⁷, en la analogía *iuris* “es extraído un principio de una pluralidad de prescripciones existentes y el cual luego se extiende a los casos no cubiertos por las disposiciones originarias”⁵³⁸. Esta definición viene a coincidir en lo esencial con todas aquellas definiciones de la analogía *iuris* que es común encontrar en los abordajes del tema. A partir de ello sería algo característico de la analogía *iuris* la obtención de una serie de principios generales a partir de todo el Derecho y que permiten construir la razón de identidad o el núcleo de semejanza requerido por toda analogía.

Pero además, parece requerirse que la integración del Derecho por medio de la analogía *iuris* se predicaría en relación a lagunas axiológicas o normativas que aparecerían luego de considerar un vasto elenco de normas. Aquí se pondrían en relación todas las normas del ordenamiento jurídico y no, como sucede para el caso de la analogía *institutionis*, un grupo determinado de normas. La analogía, para este caso, se apoyaría en los principios generales del Derecho, es decir, en principios que sustentan y justifican a todo el ordenamiento jurídico.

Visto entonces que lo característico del concepto es la clase de principios que operan en este argumento por analogía y la amplitud de las normas que son consideradas, debe dejarse apuntada una cuestión que desarrollaré con posterioridad. Pese a la antigüedad del concepto de analogía *iuris*, no pueden encontrarse lamentablemente tratamientos exhaustivos del tópico que desglosen diversos aspectos y pasos de este medio de integración jurídica. Muchos de los abordajes naufragan en una confusa asimilación entre el recurso a principios y la analogía *iuris*.

No parecen despertar mayor interés cuestiones tan básicas como las referidas a las normas que deben ser puestas en contacto para identificar una laguna jurídica que pueda ser integrada por medio de la analogía *iuris*. Tampoco llega a ser pacífica ni, mucho menos, clara la identificación de los principios que sirven al juez para justificar la analogía. Igualmente se extiende un manto de sombra en relación a la etapa final de la analogía en la que se soluciona el problema derivado de la existencia de la laguna. En relación a esto último, no queda claro si se aplica una ley creada judicialmente o se trata de una aplicación de principios.

Abordaré más adelante estas cuestiones con detenimiento y comparando los aspectos disímiles y comunes que, en este sentido, presentan la analogía *institutionis* y la analogía *iuris*. No obstante ello, creo que aquí debe adelantarse que la identificación de las normas que conformen la base del sistema deberá estar referida al mismo universo de casos⁵³⁹. En otros términos, debe estar referida a normas que se refieran a casos genéricos que posean similares características. Y esto debe decirse con independencia de si hablamos de analogía *institutionis* o de analogía *iuris*. Igualmente no puede dejar de reafirmarse la idea de que el producto de la analogía es una nueva norma que pasa a formar parte del sistema y que tiene origen en el juez. En consecuencia, no puede afirmarse que el juez estaría limitándose a aplicar un principio jurídico.

Un aspecto que tiene gran trascendencia para la analogía *iuris* se liga a los principios que son empleados en este argumento para establecer la razón de identidad y cumplir la función de matriz de la resolución judicial. Pese a todo, no es ésta una cuestión incontrovertible en la discusión actual, puesto que se considera posible acudir a la más amplia variedad de principios cuando se trabaja con la analogía *iuris*.

Habitualmente la doctrina coincide en la opinión de que justamente el empleo de principios generales del Derecho en este tipo de analogía marca una de sus características principales⁵⁴⁰. Lo que

⁵³⁷ RÖHL, *Allgemeine*², § 77, p. 616.

⁵³⁸ De modo similar, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹, § 9, n.m. 92/93, p. 158. No obstante, manteniendo un concepto de analogía *iuris* algo divergente, RUIZ MANERO, *Algunas concepciones*, en *AAVV*, *Las lagunas en el Derecho*, p. 122.

⁵³⁹ De otra opinión, LARENZ, *Metodología*, pp. 376-377, para quien lo relevante es que se trate de un grupo de normas que reconozca la misma consecuencia jurídica.

⁵⁴⁰ Según FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 86-87, serían estos principios el equivalente funcional de la *ratio legis* en la analogía *legis*, con lo que se trataría de una *ratio iuris*.

no parece estar del todo claro es si también pueden incluirse principios que se derivan del Derecho natural o de la Justicia. La discordia en torno a esta última cuestión aparece envuelta en diversas concepciones del Derecho, cuya postura concreta en cuanto a la naturaleza del Derecho y, en última instancia, a la relación entre el Derecho y la Moral divide necesariamente las opiniones.

De cara a los principios jurídicos que se extraen en la analogía *iuris*, suelen tomarse en consideración los principios de Justicia derivados del Derecho natural, principios generales del Derecho, los principios extrasistemáticos, etc.⁵⁴¹. De admitirse la analogía *iuris*, no veo, por mi parte, la posibilidad de integrar lagunas jurídicas a partir una clase de analogía que trabaje con principios derivados del Derecho natural. En tal sentido, solamente cabría operar con principios jurídicos *positivos*, en el sentido de que se derivan solamente de un conjunto de normas positivamente establecido por la autoridad⁵⁴². La consecuencia necesaria de ello sería, como estima GUASTINI⁵⁴³, que no podrá acudir a ningún mecanismo de heterointegración para colmar lagunas.

Igualmente, entre los principios que operan en la analogía *iuris* podría considerarse a los principios generales de alguna rama del Derecho. Con ello aludo a aquellos principios que fundamentan a una rama concreta del ordenamiento jurídico y no a todo el conjunto. A partir de aquí, la cuestión pasaría por plantearse si en la analogía *iuris in bonam partem* puede trabajarse también con los principios generales del Derecho penal. Al respecto no veo mayores obstáculos que se opongan a admitir que pueda hablarse de analogía *iuris* cuando se trabaja con principios que fundamentan una rama concreta del ordenamiento. Sin embargo, de la posibilidad de que pueda *conceptualmente* abarcarse con la analogía *iuris* principios de una concreta rama del Derecho, no se deriva que sea legítimo el recurso a esta analogía en el Derecho penal.

Deberíamos reconocer, no obstante, que ello nos llevaría a plantearnos si realmente estaríamos hablando para estos casos de una analogía *iuris*, ya que aquí nos moveríamos en un plano de abstracción diferente. Según lo expuesto anteriormente, uno de los criterios más importantes que se emplea para distinguir entre la analogía *institutionis* y la analogía *iuris* era el diferente grado de abstracción en el que trabajaba cada argumento. En la primera operábamos con los principios de un pequeño grupo de disposiciones eximentes que conformaban una institución, mientras que la analogía *iuris* lo hacía con los principios derivados de todo el conjunto de normas del Derecho. Con el empleo de principios generales del Derecho penal estaríamos operando en un nivel intermedio de abstracción, entre la analogía *institutionis* y la analogía *iuris*. Sin embargo, aquí me interesa sólo dejar la cuestión planteada y advertir de la posibilidad de trazar también esta otra distinción.

4 Identificación de las normas del sistema y de la presencia de lagunas jurídicas

En el presente apartado no corresponde volver sobre los conceptos de laguna jurídica ni tampoco sobre el concepto de laguna jurídica que es posible manejar en la analogía *in bonam partem*. Pretendí despejar en otro apartado todo tipo de dudas en relación a la clase de laguna que puede reconocerse en el Derecho penal. En tal sentido, entendí que, dado que la plenitud caracteriza al sistema jurídico-penal, no puede hablarse más que de lagunas axiológicas. La analogía *in bonam partem*, por tanto, sólo podría desempeñar algún rol en la integración de tal tipo de lagunas.

Ello no cambia en absoluto respecto a la analogía *institutionis* y la analogía *iuris*. Pese a que en estos casos son puestas en conexión otras normas del sistema, sigue siendo posible predicar su plenitud. A partir de ahí, el recurso a estas dos clases de analogía tendrá lugar para integrar lagunas axiológicas.

Empero, semejante afirmación no puede llevarnos a obviar que para la determinación de la existencia de tales lagunas deben ser puestas en relación las normas de un modo distinto al presentado en la analogía *legis*. En este último caso, veíamos que el sistema normativo se conformaba por un tipo

⁵⁴¹ Cfr. SALGUERO, *Argumentación*, pp. 172-174.

⁵⁴² De igual opinión, GUASTINI, *Estudios*⁵, pp. 154-155. Incluso, RÖHL, *Allgemeine*², § 32, p. 253, entiende que los denominados aquí “principios extra-sistemáticos” o del Derecho natural, serían meros valores y no principios.

⁵⁴³ GUASTINI, *Estudios*⁵, p. 154.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

penal y por una sola eximente de responsabilidad penal. En cambio, cuando de lo que se trata es de constatar la presencia de lagunas axiológicas frente a la utilización de la analogía *institutionis* y de la analogía *iuris*, el número de normas que se conectan será distinto.

Las lagunas que pretenden ser integradas a partir de la analogía *institutionis in bonam partem* van a surgir a partir de analizar un sistema normativo conformado por todas las reglas de la institución jurídica. Por ejemplo, deberán analizarse las normas que conforman a la justificación o a la exculpación. Para la detección de las lagunas axiológicas, debería conformarse el sistema por un tipo penal y por varias eximentes, para, a partir de ello, pueda saberse si una determinada institución jurídico-penal regula de modo satisfactorio un caso genérico.

Justamente, nos estamos preguntando por el modo en que una institución jurídico-penal regula un caso genérico concreto, con lo que nos interesaría saber si, en relación a él, la tesis de relevancia coincide o no con la hipótesis de relevancia. Utilizando otras palabras, interesa saber si un caso se encuentra afectado por una laguna axiológica en relación a las normas que conforman una institución jurídica. Interesa, por consiguiente, tomar como referente a todas las normas de la justificación, la exculpación, etc., y no una sola eximente (analogía *legis*) o bien todas aquellas que se encuentran desperdigadas por el ordenamiento jurídico (analogía *iuris*).

Con la analogía *iuris* sucede algo no muy distinto. La diferencia la marca el nivel normativo en el que operamos, esto es, si operamos en el nivel de las normas que dan forma a una institución jurídica o al ordenamiento jurídico en su conjunto. Si bien en relación a lo primero la constatación de lagunas se reducía al análisis de un grupo pequeño de normas, en el caso de la analogía *iuris* se consideran todas aquellas normas del ordenamiento jurídico⁵⁴⁴. En la analogía *iuris in bonam partem* el juez debe cerciorarse de que el caso genérico padece una laguna axiológica, entendiendo que el ordenamiento jurídico no regula adecuadamente el caso, al no haber considerado como relevante alguna propiedad que, según su opinión, debería haberlo sido.

Convendría enfatizar, no obstante, que en la doctrina no se ha prestado especial atención a la cuestión de las normas que son puestas en contacto. Se piensa que, tanto en la analogía *institutionis* como en la analogía *iuris*, basta con tomar como referencia a un conjunto más o menos amplio de normas que presenten una laguna y, a partir de allí, extraer una serie de principios. El reconocimiento de lagunas jurídicas estaría limitado a ver si una institución jurídica o el Derecho regula un caso genérico o lo hace a partir de una tesis de relevancia que concuerda con la hipótesis de relevancia del intérprete. Sin embargo, estos enfoques pasan por alto que tanto en el nivel de las instituciones como del ordenamiento jurídico, las normas que se ponen en relación deben correlacionar casos genéricos *similares* con una consecuencia jurídica. A los efectos de indagar sobre la existencia de lagunas en el sistema no sirve de nada poner en relación normas que regulan casos genéricos absolutamente disímiles. En terminología de ALCHOURRÓN y BULYGIN debería tratarse de un mismo *universo de casos*⁵⁴⁵.

Al nivel de las instituciones deben ser puestas en relación normas que regulan casos similares. La similitud viene dada por tratarse de casos que se conforman a partir de unas determinadas propiedades que están presentes en todos los casos. Esto es algo que en principio no generaría demasiados problemas en las instituciones jurídico-penales, más aun si se piensa, por ejemplo, que en las causas de justificación se regulan casos que presentan propiedades prácticamente idénticas. Piénsese sino en el caso de la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo⁵⁴⁶.

Lo más conflictivo aparece de modo especialmente claro cuando se traslada el problema a la analogía *iuris*. Al considerar todo el ordenamiento jurídico en su conjunto pondríamos en relación las más diversas normas procedentes de todo el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, para determinar si un caso determinado de defensa preventiva se encuentra justificado a partir de la consideración de todo el ordenamiento jurídico, no interesaría en lo más mínimo considerar normas sobre el fideicomiso. Esto viene a significar que deben considerarse sólo normas que regulen casos genéricos similares —es decir, casos genéricos similares a la defensa preventiva que se comenta— y, por tanto,

⁵⁴⁴ SALGUERO, *Argumentación*, p. 168; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 137 y ss.

⁵⁴⁵ Sobre su concepto y su vinculación con el concepto de *universo de propiedades*, ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, pp. 34 y ss.

⁵⁴⁶ Destacando esta proximidad, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 326.

normas que se encuentran esparcidas por todo el Derecho y que reconocen propiedades similares a las del caso en cuestión.

En definitiva, cabe llegar a dos conclusiones de suma importancia. La primera de ellas es que, al igual que lo señalado sobre la analogía *legis*, el concepto de laguna que cabe barajar de cara a la analogía *institutionis* y *iuris in bonam partem* es el de laguna axiológica. La segunda de estas conclusiones tiene que ver con las normas que deben ser puestas en contacto para determinar si existe o no una laguna axiológica en relación a un caso genérico específico. En la analogía *iuris* como en la analogía *institutionis* deben considerarse las normas de todo el ordenamiento jurídico o de una institución jurídico-penal, respectivamente, que regulen casos genéricos similares al que se quiere resolver mediante la analogía.

5 Establecimiento de la razón de identidad y analogía de casos genéricos.

Al igual que en la analogía *legis*, una vez que se han identificado las normas que conforman la base del sistema e identificada la existencia de alguna laguna axiológica, corresponde en la analogía *institutionis* e *iuris in bonam partem* determinar si la laguna puede ser colmada por este procedimiento. Sin embargo, aparece aquí una muy clara distinción entre la analogía *legis* y los restantes modos de razonar por analogía. En la analogía *legis* interesa saber si el caso afectado es análogo y, por tanto, merece igual tratamiento legal a la luz de la *ratio legis*. En cambio, en la analogía *institutionis* y en la analogía *iuris*, interesa saber si los casos son similares a los ojos de la institución jurídica y el ordenamiento jurídico, respectivamente.

Esta divergencia presente en el modo de hallar la razón de identidad trae consigo algunas consecuencias todavía más profundas. Puesto que en la analogía *institutionis* y en la analogía *iuris* no interesa extender la regulación de una norma concreta, no debe interesarnos especialmente la similitud entre el caso genérico de una norma y el caso afectado por la laguna. En la analogía *institutionis* y en la analogía *iuris* existe una mayor abstracción en relación a las normas de la institución o del ordenamiento jurídico. Lo que debe interesarnos no es la existencia de una analogía entre un caso genérico regulado adecuadamente y un caso genérico afectado por una laguna axiológica. Debe interesarnos, en realidad, que el caso de laguna se trate de una especificación del principio que subyace a la institución o al ordenamiento jurídico. Semejante especificación será mucho más concreta en el caso de la analogía *institutionis* que en la analogía *iuris*.

En relación a la primera, ya dijimos que una de las cosas que caracteriza a los principios de las instituciones que eximen de responsabilidad penal es su estructura similar a las reglas. Tales principios correlacionan casos genéricos con soluciones jurídicas. Sin embargo, los principios institucionales poseen un caso genérico abstractamente enunciado, respecto del cual los casos genéricos de las disposiciones legales de las instituciones no son más que una concreción.

Por ejemplo, los principios de la exculpación toman como caso genérico situaciones generales de dificultad de acceso al mandato de la norma que hacen imposible reprocharle al agente su comportamiento. Luego, las específicas causas de exculpación que reconozca el legislador serán situaciones vitales mucho más concretas. A los efectos de la analogía *institutionis*, la determinación de la analogía entre los casos viene dada en virtud de que el caso lagunoso sea una instancia del principio de la institución jurídico-penal. Esto quiere decir que el caso genérico afectado por una laguna axiológica debería ser una concreción del principio institucional que no ha sido realizada por el legislador.

Precisamente, dado que tal supuesto sería abarcado por el principio al tratarse de una concreción, estaría garantizada la analogía con todas las restantes eximentes que congrega la institución. Puesto que, por ejemplo, todas las causas de exculpación son concreciones, entre otros, del principio de inexigibilidad, el factor común de los casos regulados y el caso afectado por la laguna axiológica es precisamente tal principio. Todo esto parece mostrar que la importancia que se le asignaba en la analogía *legis* a la *Analogy Warranting Rule* y la *Analogy Warrantig Rationales*, en la analogía

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

institutionis, por el contrario, queda decididamente reducida. En este tipo de analogía más abstraída interesará en realidad que el caso lagunoso sea acaparado por el principio institucional⁵⁴⁷.

El proceso de abstracción que tiene lugar con la analogía *institutionis* tiende a verse acentuado en la analogía *iuris*. La vinculación con las normas puestas por el legislador languidece, lo cual acentúa la discrecionalidad del juez. Si bien enfatice la necesidad de poner en contacto normas que regulan casos genéricos similares y de que estamos frente a casos *constitutivamente* similares⁵⁴⁸, deben considerarse los principios generales del Derecho o del Derecho penal para determinar si también lo son según el sentido del ordenamiento jurídico⁵⁴⁹.

Como ya se ha dicho, estos principios a los que hago referencia se caracterizan por declarar los valores fundamentales del ordenamiento jurídico (general o penal) y por expresar ciertos objetivos jurídico-políticos que se persiguen. Además, su estructura diverge de la de los principios institucionales, con lo que no deja de poseer una vinculación directa con algún grupo de casos genéricos. Su recurso puede servir para fundamentar o explicar los objetivos perseguidos por cualquier norma o instituto jurídico. Esta estructura tan *dilatada* de los principios generales del Derecho o del Derecho penal nos sugiere que el juez deberá obrar con un mayor margen de discrecionalidad al determinar que un caso lagunoso es abarcado por el principio.

Si para un caso de la analogía *iuris in bonam partem* se toma como referente al principio de culpabilidad para fundamentar al razonamiento, habrá que probar que la regulación del caso afectado por la laguna es una concreción de aquel principio. Interesa, al igual que en la analogía *institutionis*, llegar a la conclusión de que el caso genérico en cuestión es una especificación del principio general. Si el resultado es que efectivamente se trata de una instancia del principio general del Derecho o del Derecho penal, ello trasluciría una cierta analogía con todas las normas del ordenamiento jurídico que conforman la base del sistema. Esto último permite mostrar, a su vez, que la vinculación con la ley en la analogía *iuris* si bien se debilita extremadamente, no alcanza a desaparecer.

6 Creación judicial de eximentes mediante la analogía *institutionis* y *iuris*

La manera como tiene lugar la creación de las eximentes a partir de la analogía *institutionis* y de la analogía *iuris* asume ribetes marcadamente distintos a los de la analogía *legis*: Como punto de partida básico, aquellas clases de analogía trabajan en un nivel de abstracción en el que se produce un claro alejamiento del material puesto por el legislador. Tal alejamiento que se inicia cuando trabajamos al nivel de las instituciones, tiende a verse drásticamente acentuado cuando se opera con los fundamentos de todo el Derecho. No puede despertar mayores dudas que este paulatino alejamiento de las normas jurídicas va incrementando de modo directamente proporcional la discrecionalidad del juez.

La creación de las eximentes a través de la analogía *institutionis* y *iuris* presupone un mayor activismo del juez. Ya no existirá una referencia directa a la ley y a su razón fundamental para poder crear la norma de origen judicial. En estos dos tipos de analogía, el molde que tomará el juez para construir la nueva norma que se introducirá al sistema es el de los principios y no el dado por una ley determinada.

Para el caso de la analogía *institutionis* el juez creará la eximente tomando como horma al principio institucional respectivo. Si lo que se está creando por vía supralegal es una causa de justificación o bien una nueva atenuante de responsabilidad, servirán de molde a esta nueva norma los principios que fundamentan la justificación y la atenuación de responsabilidad penal, respectivamente. Pese a que la consideración de los principios institucionales como referentes no supone una rígida

⁵⁴⁷ Esto último no puede ser juzgado como una crítica que pretenda poner en evidencia algunas limitaciones no deseadas de la propuesta de BREWER. Hasta donde entiendo, BREWER tiende a asociar el razonamiento por analogía a casos de vaguedad por textura abierta o de analogía *legis*. No creo que pueda entenderse que el autor pretenda hacer extensiva su tesis a casos en los que el razonamiento por analogía tienda a moverse en niveles de mayor abstracción. Puede interpretarse que SUNSTEIN, en *Harvard Law Review* (1992-1993), pp. 746-749, niega que en el nivel de abstracción de la analogía *iuris* o *institutionis* pueda hablarse de *razonar por analogía* en sentido estricto.

⁵⁴⁸ Debe destacarse que cuando se habla de casos similares o de casos constitutivamente similares se quiere decir que se trata de casos que se conforman por propiedades similares.

⁵⁴⁹ SALGUERO, *Argumentación*, p. 179.

cortapisa para el juez, tampoco puede caerse en un escepticismo absoluto sobre su importancia en la racionalización de la actividad judicial.

Los principios institucionales, al mantener una estructura de caso genérico correlacionado con solución jurídica, limitan al juez al momento en que éste recurre a aquéllos. Un juez no estaría legitimado a crear una causa de justificación a partir de una analogía *institutionis* que tome como referente un principio institucional de la exculpación. Cada principio institucional conecta un supuesto de hecho o un caso genérico espiritualizado con una determinada consecuencia jurídica. Los principios jurídico-penales que fundamentan la justificación tienen como única consecuencia jurídica la de justificar conductas, mientras que los principios de la atenuación sólo buscan atenuar la responsabilidad penal. Esto quiero decir que cuando el juez acude a un principio institucional de la justificación o de la atenuación de pena, será con el objeto de justificar una conducta o de atenuar la pena imponible.

Según estas ideas, el juez no estaría legitimado a recurrir a cualquier principio para justificar la creación que haya tenido lugar por medio de la analogía *institutionis in bonam partem*. Si lo que crea es una causa de justificación deberá tomar como matriz a los principios que fundamentan la institución de la justificación. Lo mismo cabe predicar *mutatis mutandi* respecto a los restantes casos de creación judicial mediante la analogía *institutionis*.

La discreción judicial que presupone la analogía *iuris* es mucho más marcada que en la analogía *institutionis* y ello tiene que ver con la estructura de los principios con los que se trabaja. Aun cuando los principios generales del Derecho o los principios generales del Derecho penal pueden ser de utilidad en la racionalización de la actividad judicial, muchas veces los márgenes de certeza en la argumentación tienden a verse dilatados. Su carácter marcadamente abierto debido a la ausencia de condiciones de aplicación y de consecuencias jurídicas abonan este marco de incerteza que deberá ser acaparado por el juez.

La eximente creada por el juez a partir del recurso a la analogía *iuris* deberá fundirse en la matriz de unos principios que, por fundamentar todo el Derecho (o una rama del mismo), dejan al juez un amplísimo margen de maniobra argumentativa. Además de que estos principios pueden ser aplicados prácticamente para explicar cualquier caso, también el juez deberá crear la consecuencia jurídica que se deriva de su utilización.

Aquí no sucede como en la analogía *institutionis*, que si se recurre al principio de inexigibilidad sólo debe ser para crear una causa de exculpación gracias a la analogía *institutionis in bonam partem*. En la analogía *iuris*, en cambio, el recurso al principio de culpabilidad, al principio de subsidiaridad o al principio de dignidad humana puede emplearse para justificar y exculpar al sujeto o para atenuar la pena imponible.

Puede apreciarse entonces que al tomar el juez como molde de la norma por crear a los principios generales del Derecho o del Derecho penal, sus facultades se ven ampliadas al no deber sujetarse a una determinada consecuencia jurídica sino que puede también asignar la que le parezca más adecuada. Como veremos más adelante, en este punto la analogía *iuris in bonam partem* se hace acreedora de numerosas críticas en lo que hace a su legitimidad.

7 Conclusión: admisión de la analogía *institutionis in bonam partem* y exclusión de la analogía *iuris in bonam partem*

Cuando se quiere responder la cuestión relativa a aquellas clases de analogía *in bonam partem* cuyo ejercicio sería legítimo en el Derecho penal, se hace necesario reflexionar sobre los límites impuestos por el principio de legalidad. Cuando analicé la proyección del principio de legalidad ya algo había adelantado sobre aquellos casos en los que no era legítima la creación de eximentes mediante la analogía. En el primer capítulo adelanté que no pueden ser creadas judicialmente otras excusas absolutorias a partir de ningún tipo de analogía, sin perjuicio de las precisiones sobre el fundamento

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

de esta exclusión que se hagan en el capítulo correspondiente⁵⁵⁰. Aunque también adelanté que la prohibición de la analogía resurgía en los casos de la analogía *iuris*⁵⁵¹.

Las razones que subyacen a estas prohibiciones tienen que ver con la idea de que el principio de legalidad debe seguir vigente aún cuando se trate de casos en que se reduce la injerencia del Estado. Estos puntos de partida hacen plausible que tanto la prohibición de analogía, como la prohibición de retroactividad y el mandato de taxatividad siguen en vigor en relación a las eximentes. En caso contrario, podrían verse afectados los fundamentos jurídico-políticos del Derecho penal y sus propias finalidades. Conviene aquí tan sólo refrescar algunas de las ideas que se expusieron en el primer Capítulo y vincularlo con algunas precisiones que surgen tras estudiar estos dos tipos de analogía.

Al igual que sucede con la analogía *legis*, no parece ser el recurso a la analogía *institutionis* algo que merezca mayores reproches. De hecho, el recurso a los principios institucionales para crear nuevas eximentes —en especial, causas de justificación— fue algo que con frecuencia hicieron los tribunales, sin que pesaran sobre tal actividad mayores reproches. Intenté ya poner esta cuestión sobre el tapete en este capítulo y sobre ella profundizaré en otros posteriores cuando analice la proyección de la analogía *institutionis* en las causas de justificación, las causas de exculpación y las atenuantes. La argumentación por analogía desde este nivel de abstracción no parece alterar ni los fundamentos políticos del principio de legalidad ni los fines del Derecho penal.

Respecto a los aspectos constitucionales, la actividad judicial se encuentra racionalizada y restringida con lo que cabría ver la creación de eximentes mediante la analogía como una competencia reconocida. Si bien no se trataría de una función que abarcaría su ámbito nuclear, sí estaríamos frente a una competencia periférica de la que goza la jurisdicción. No parecería entonces acertado cuestionar la legitimidad de la analogía *institutionis* desde la perspectiva jurídico-política del principio de legalidad. Pero tampoco podrían verse afectados los fines del Derecho penal, dado que el reaparecimiento moderado de la prohibición de analogía en ciertos ámbitos de las eximentes permite resguardarlos. No creo que la admisión de la analogía *institutionis in bonam partem* suponga un quiebre para el necesario equilibrio que debe haber entre los fines de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos*, de *ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales* y de *reducir el ius puniendi*.

Sin embargo, los términos de la defensa de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal deben ser otros respecto a la analogía *iuris*, justamente si se retoman los fundamentos del principio de legalidad.

La flexibilización de la doctrina de la división de poderes que supuso el neoconstitucionalismo moderado evidenció la necesidad de distinguir entre funciones centrales de los poderes constituidos de otras funciones que tienen un carácter periférico. Posiblemente la analogía *iuris in bonam partem* pueda suponer una atribución que se arroga el juez que es sumamente periférica y nos haría dudar de si efectivamente redundaría a favor de la “*idoneidad funcional*”, como parece ser el criterio que maneja esta corriente constitucionalista. Si bien no sería un caso de arbitrariedad que el ordenamiento español proscriba claramente, la analogía *iuris in bonam partem* estaría al borde de ella, dado que es débil el poder racionalizador de los principios que emplea. La gran pérdida de sujeción a la ley que sugiere esta clase de analogía importa claudicar a toda pretensión por resguardar la seguridad jurídica⁵⁵².

Pero además es oportuno agregar que tendería a romper el necesario equilibrio que deben guardar las finalidades jurídico-penales cuando ellas entren en conflicto. No cabe dudar que el deseo de retraer la prohibición de la analogía también en estos ámbitos responda a la pretensión de exacerbar la finalidad de reducir el *ius puniendi*. Sin embargo, al ensalzarse la mentada finalidad pueden verse frustrados los fines que consideran los intereses de la sociedad, la víctima y hasta los del propio delincuente. Al ampliarse desmedidamente los ámbitos de libertad y de exclusión del Derecho penal pueden reducirse o desaparecer los incentivos a no atentar contra bienes jurídicos o a reducir la violencia informal. A fin de cuentas, el intento de favorecer a la víctima acabaría volviéndose en su contra, al exponerla en mayor medida a la venganza privada. Por tanto, el mantenimiento de las

⁵⁵⁰ Al respecto, cfr. pp. 295 y ss.

⁵⁵¹ En cambio, parecen mostrarse favorables a la analogía *iuris in bonam partem*, NOLL, *Übersetzliche*, pp. 14-15; LÜCKE, en *JR (1975)* 2, pp. 57 y ss.; BACIGALUPO, *La rigurosa*, en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, p. 125; MANTOVANI, *PG*⁵, p. 76.

⁵⁵² BINDING, *Handbuch*, pp. 216-217. Próximo a ello, CHRISTENSEN, en *Die Sprache des Rechts*, p. 47.

finalidades jurídico-penales aconsejan que la prohibición de analogía reaparezca y proscriba la utilización de la analogía *iuris in bonam partem*⁵⁵³.

Igualmente pueden reconocerse cuestionamientos a la analogía *iuris* desde perspectivas que no apuntan precisamente a interrogar sobre su legitimidad en el Derecho penal, sino más bien sobre su estatuto teórico. En efecto, en la Teoría del Derecho se duda con fuertes razones de si efectivamente podemos hablar en estos casos de analogía. Según la opinión de SUNSTEIN, el razonamiento analógico, por definición, se caracteriza por trabajar con juicios incompletamente teorizados y por operar con principios de un nivel abstracción bajo o intermedio⁵⁵⁴. A partir de la nomenclatura aquí seguida, se trataría de la analogía *legis*.

Esto querría decir que con el razonamiento analógico no nos preocupamos por desarrollar todo un aparato conceptual que aporte las bases generales para la resolución de toda controversia particular a partir del desarrollo de principios generales⁵⁵⁵. Una teorización general de este tipo sería algo más propio de teorías como las del equilibrio reflexivo, pero no del razonamiento por analogía⁵⁵⁶. A decir verdad, para SUNSTEIN la analogía sería mucho menos pretenciosa. Ella sujeta toda aproximación también al caso, pero lo hace sin la pretensión de elaborar una teoría que solucione todas las controversias. En realidad, sólo busca racionalizar la respuesta a un caso concreto a partir de principios que gobiernan dicha contienda. Estos últimos principios deben tener, en consecuencia, un grado de abstracción intermedio o bajo que sirva para solucionar una controversia concreta⁵⁵⁷.

De ser cierta esta argumentación, la analogía *iuris* no debería verse como un ejemplo del razonamiento por analogía, sino como otra forma de razonamiento jurídico más próximo al equilibrio reflexivo. Incluso estos principios y teorías generales no resultarían del todo adecuados en el razonamiento jurídico dado que harían más dificultosa la determinación de las semejanzas relevantes, al perder de vista la diversidad y especialidad de los casos concretos. Los principios generales a los que se acude en la analogía *iuris* fundamentan todo el ordenamiento jurídico⁵⁵⁸ y, por tal razón, son principios que se alejan en una enorme medida de aquellos principios que fundamentan las disposiciones legales que regulan la controversia. Este alejamiento del material normativo cercano al caso concreto acarrea una sensible pérdida de fuerza en el argumento por analogía, con lo que decrecería también su racionalidad.

VII NATURALEZA Y ALCANCE NORMATIVO DE LA EXIMENTE O ATENUANTE CREADA POR ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL

Hasta este momento no se ha reflexionado sobre el estatus jurídico que cabe asignarle a la norma creada al recurrirse a la analogía. Sin embargo, existen buenas razones acerca de que su valor no puede ser idéntico al de la ley. No parece ser disparatado ligar estas razones a consideraciones jurídico-políticas básicas, en las que se vincula el rango normativo con la legitimación del poder constituido que adopta la decisión. Ello obligaría nuevamente a remontarnos al alcance asignado al principio de legalidad y, en última instancia, a un determinado modelo de Derecho y de Estado. Pero junto a esta consideración de estricto corte político, es necesario también tener en cuenta el alcance de la norma creada judicialmente a partir de un enfoque más propio de la Teoría del Derecho. Desde esta perspectiva sería posible estudiar si la consecuencia jurídica de la norma creada por analogía es la misma que la norma o normas tomadas como referencia para la analogía, o bien serían otras similares pero no las mismas.

Desde la perspectiva jurídico-política, parece ser una opinión compartida el considerar que la pieza jurídica puesta por un poder constituido de mayor rango es la ley. Seguramente, el respaldo democrático con que ésta cuenta justifica su ubicación dentro del escalafón normativo. Ello sugiere

⁵⁵³ En contra de la analogía *iuris in bonam partem*, BINDING, *Handbuch*, pp. 216-217; MAURACH/ZIPF, *AT*⁸, I, § 9, n.m. 9, pp. 111-112. En cambio, se muestran favorables a admitir la analogía *iuris in bonam partem*, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*⁹, § 9, n.m. 99, p. 159; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, p. 157.

⁵⁵⁴ SUNSTEIN, en *Harvard Law Review* (1992-1993), p. 746.

⁵⁵⁵ SUNSTEIN, en *Harvard Law Review* (1992-1993), pp. 746, 753.

⁵⁵⁶ SUNSTEIN, en *Harvard Law Review* (1992-1993), p. 753.

⁵⁵⁷ SUNSTEIN, en *Harvard Law Review* (1992-1993), pp. 747 y ss.

⁵⁵⁸ SUNSTEIN, en *Harvard Law Review* (1992-1993), p. 776.

CAPÍTULO 2: LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA

que la fuerza normativa de la sentencia o bien sus efectos por alcanzar, no podrán ser los mismos que los inherentes a la ley. Por ello mismo es menester clarificar cuáles son estas diferencias y ver en concreto los efectos que tendrán las normas puestas por el juez en el sistema por medio de la analogía *in bonam partem*.

Existen dos conceptos básicos que conviene distinguir en este punto. Uno de ellos es el de *validez de la norma* y el otro el de *obligatoriedad de la norma*. Una norma es *válida* cuando es creada por una autoridad competente⁵⁵⁹. En este sentido una autoridad es competente cuando existe una norma superior que concede una habilitación para innovar el sistema. En cambio, una norma es *obligatoria* en el caso de que las autoridades que se encargan de aplicar esa norma se encuentran obligadas a hacerlo en virtud de otra norma⁵⁶⁰. De este modo, todas las disposiciones del Código penal son normas válidas, en el sentido que han sido dictadas por un Parlamento, competente para tal cometido, en virtud de una disposición constitucional. Pero además son normas obligatorias, en tanto y en cuanto deben ser aplicadas por los jueces.

En relación a las normas creadas judicialmente, los conceptos de validez y obligatoriedad de la norma serían ciertamente diversos en comparación con las leyes. Por un parte, podrían plantearse dudas sobre si, a los ojos del CP español, el juez sería una autoridad competente. Ello se plantea más aún si se considera lo dispuesto por el art. 4. 3 CP. No obstante, si se retoma aquí lo defendido en el primer capítulo respecto a la inconstitucionalidad del citado precepto, es legítimo afirmar que el juez es una autoridad competente en la creación del Derecho, al menos en circunstancias excepcionales⁵⁶¹. Además la interpretación del principio de legalidad aquí defendida es otra buena pieza que habla a favor de esta alternativa. De este modo, la norma creada analógicamente por el juez sería una norma jurídica perfectamente válida⁵⁶².

Algo distinto sucede con el carácter *obligatorio* de estas normas jurídicas de origen judicial. He señalado en el capítulo precedente que la jurisprudencia sólo podía ser fuente del Derecho de modo limitado mediante el recurso a la analogía. De ahí que los efectos de esta norma creada judicialmente deben ser acotados y diferentes de los efectos de las leyes. Las normas generales creadas por el legislador pasan a conformar el sistema originario de normas que están obligados a aplicar los jueces desde el momento mismo de su entrada en vigor; en cambio, la norma general creada por el juez solamente rige para el caso en cuestión y no se incorpora a este sistema normativo. Por esta razón, los tribunales no pueden acudir a esta norma con posterioridad. La causa de justificación, la causa de exculpación o la atenuante creada analógicamente por el juez ha sido una *corrección puntual y excepcional*, realizada para solventar un problema axiológico específico. Si se dispusiera la *obligatoriedad* de esta norma judicial, el carácter excepcional de la integración o perfeccionamiento del Derecho sería puesto en tela de juicio. En este sentido, es dable reconocer que la creación del juez, por más justa e irreprochable que pueda parecernos, no puede ser obligatoria bajo ningún concepto para las demás autoridades judiciales⁵⁶³.

Frente a los contradictores de la “*no obligatoriedad*” de las normas judiciales podría decirse que ciertamente *deberían* los demás tribunales y, con mayor razón, el mismo tribunal que creó la norma seguir la causa de justificación o la atenuante creada por analogía. Sin embargo, este *deber* únicamente se derivaría del principio de coherencia, pero bajo ningún aspecto puede decirse que exista una norma *sustantiva* que establezca el carácter obligatorio de las sentencias y las normas generales creadas por los jueces. En síntesis, no sería un deber *jurídico* y ello ya se ha reflejado en la jurisprudencia, cuando se consideró que apartarse de los criterios jurisprudenciales consolidados no lleva al juez a incurrir en responsabilidad penal por prevaricación⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹ BULYGIN, *Sentencia judicial*, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, p. 363.

⁵⁶⁰ BULYGIN, *Sentencia judicial*, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, p. 364.

⁵⁶¹ En contra de ello, RÜTHERS, *Rechtstheorie*², nn.mm. 263, 242, pp. 174-175, 178, pese a reconocerle a las sentencias de los tribunales de última instancia efectos similares a los generados por las leyes.

⁵⁶² BULYGIN, *Sentencia judicial*, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, p. 366.

⁵⁶³ Cfr. NINO, *Introducción*, p. 152; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 85-86; BULYGIN, *Sentencia judicial*, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, p. 366. Sin embargo, parece al autor mostrarse en trabajos posteriores algo más propenso a insinuar que tal norma creada por el juez, si bien no llega a ser obligatoria, lo comprometería a este juez a decidir posteriormente de igual modo en casos iguales. Sería ésta una condición de racionalidad, cfr. BULYGIN, en *Isonomía* (2003) 24, p. 21; EL MISMO, *Creación*, en AAVV, *Las lagunas en el Derecho*, p. 41.

⁵⁶⁴ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *PE*³, p. 1165.

También sería discutible sostener que la defensa del carácter *no obligatorio* de la eximente o atenuante creada analógicamente confrontaría con el principio de igualdad (art. 14 CE). No aceptar la *obligatoriedad* de la norma general de origen judicial no representa fomentar la disparidad de criterios jurisprudenciales a la hora de resolver los casos. Incluso faltando la necesidad de que exista una norma sustantiva que haga obligatorias las normas judiciales, los jueces podrían resolver en el mismo sentido todos los casos. Y la existencia de una tal norma que disponga el carácter obligatorio de la creación judicial tendría el problema de hacer generalizable una creación que ha tenido un carácter excepcional conforme a la estructura actual del Estado de Derecho. En cambio, sí atenta abiertamente contra el principio de independencia judicial (art. 117. 1 CE) la exigencia de subordinar toda la judicatura a la creación que haya hecho un juez para un caso concreto⁵⁶⁵.

En definitiva, la causa de justificación o la atenuante creada judicialmente mediante la analogía no puede ser alegada con carácter obligatorio en otro proceso, dado que no pesa sobre los demás jueces o sobre el mismo la obligación de aplicarla. Así, la norma jurídica que origina la analogía *in bonam partem* es *válida* pero *no es obligatoria*. De aquí cabrá inferir que la integración de la laguna tendrá carácter "temporal" y solamente estará referida a un caso concreto⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ Resaltan esta idea en la interpretación del carácter "*injusto*" de la resolución o sentencia en el delito de prevaricación, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*³, p. 1165; BENLLOCH PETIT, en *Lecciones de Derecho penal*, p. 333.

⁵⁶⁶ FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 86.

CAPÍTULO 3

LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

I PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

A INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto analizar algunas de las cuestiones más problemáticas de la analogía en las causas de justificación, sirviéndose de las herramientas conceptuales desarrolladas en los primeros dos capítulos de la tesis. Cabe aclarar que no existe en este capítulo la pretensión de analizar el sinnúmero de aspectos en los que se ve envuelta la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación. Entiendo más bien que conviene centrar la atención sólo en aquellos puntos que hacen a la posibilidad misma de recurrir a la analogía *in bonam partem*¹.

Dentro de este marco conceptual, me interesa *explicitar* algunos aspectos de gran peso para la analogía *in bonam partem* y que aparecen tan sólo implícitamente en la discusión dogmática sobre las causas de justificación. No sería disparatado pensar que no se pone el suficiente énfasis en la cuestión de que la analogía *in bonam partem* aparece íntimamente involucrada con la configuración actual del sistema de causas de justificación. Resultará de gran utilidad en este sentido analizar la jurisprudencia del RG, en la que se constituyó una sólida doctrina sobre el estado de necesidad justificante supralegal y se abrió con ello el debate sobre las causas de justificación supraleales. En concreto, será útil atender a los argumentos que esgrime el RG para entender el genuino significado de estas causas supraleales y comprender de qué modo operaría la analogía *in bonam partem* en este terreno. A partir de ahí, podrá constatarse la manera en que los usos dados por la doctrina a la expresión “causas supraleales de justificación” han ido distanciándose manifiestamente del sentido originario asignado por el RG.

La explicitación de estas cuestiones permitirá también observar en qué medida las distinciones por las que abogo entre analogía *legis in bonam partem*, analogía *institutionis in bonam partem* y analogía *iuris in bonam partem* aparecen en la discusión y en la praxis de las causas de justificación de un modo más o menos expreso. Incluso a partir de estas distinciones es posible ordenar los campos conceptuales en los cuales operan los argumentos de los tribunales y de la manualística.

Igualmente me preocupa diseccionar la naturaleza de los diferentes problemas que han llevado a la doctrina a negar o a poner en duda la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación. Por una parte, tendré oportunidad de exponer de qué modo se ven involucradas cuestiones dogmáticas y de legalidad en el debatido originamiento de deberes de tolerancia a partir de la analogía *in bonam partem*. Mientras que, por otra parte, se trata de un problema principalmente metodológico el que se plantea en relación a una supuesta ausencia de lagunas axiológicas que condicionaría la utilidad de la analogía *in bonam partem*. Al respecto, ofrezco un modelo que se desarrolla a partir de los postulados de legalidad y metodológicos sustentados en la primera parte de la tesis y con el que aspiro a dar una solución satisfactoria y coherente de estos inconvenientes.

¹ Conviene además hacer la aclaración de que el análisis del funcionamiento de la analogía en las causas de justificación se centrará en la discusión doctrinal y jurisprudencial española y alemana, dejando de lado el rico material que ofrecen también para el debate las causas de justificación no codificadas del Derecho penal italiano. Respecto a esto último, ver por todos, ANTOLISEI, *PG*¹⁴, pp. 307 y ss. En la discusión italiana, se muestra favorable a levantar la prohibición de analogía el ámbito de las causas de justificación, VASSALLI, *Limít*, p. 110.

También se vierten en este capítulo reflexiones sobre las causas de justificación que conforman la base del sistema normativo que el juez está obligado a aplicar para justificar comportamientos típicos. En concreto, se debatirá sobre el papel de las causas de justificación procedentes de otros sectores del Derecho en la decisión del juez. El análisis tuerca en el debate sobre la posibilidad de reconocer aplicabilidad directa o indirecta a estas causas de justificación extrapenales y, más específicamente, si ellas aparecen en el Derecho penal fruto de la analogía o de otro mecanismo. En consecuencia, se concretan y amplían aquí algunas cuestiones que se habían apuntado en el segundo capítulo de la tesis al abordar la integración del Derecho penal.

Finalmente, me detendré en el significado que tienen las restricciones ético-sociales de la legítima defensa en el intento de rechazar la idea de que se trata de un supuesto de analogía *in malam partem*. Para ello será preciso analizar si estamos frente a correcciones externas al tenor literal o simplemente si se trata de un sentido posible que cabe reconocerle al significado de la norma. Desde luego que la fundamentación de mi opinión tampoco se desatenderá de algunas consideraciones sobre la visión de la legalidad

B EVOLUCIÓN DOCTRINAL DEL TRATAMIENTO DE LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1 Aceptación doctrinal de la analogía *in bonam partem* y las cuestiones problemáticas en cuanto a su legitimidad

Puede decirse, sin miedo a errar, que la preocupación por el papel de la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación está presente desde hace tiempo en la discusión jurídico-penal. Desde comienzos del siglo pasado, cuando se discutía arduamente sobre el reconocimiento del estado de necesidad justificante supralegal, los penalistas demostraron un profundo interés por este tópico. De ahí que pueda decirse que, pese a la ausencia de alguna obra científica específica que analice sistemáticamente el tema, son innumerables los trabajos que, de modo más o menos directo, abordan algunas cuestiones vinculadas a la creación de tipos permisivos mediante la analogía.

Desde siempre la literatura jurídico-penal se mostró abiertamente favorable al reconocimiento de causas de justificación mediante la analogía. Aun cuando ello representaba que el juez se apartara de lo dispuesto por el legislador, no dejaba de ser menos cierto que la analogía *in bonam partem* permitía ampliar espacios de libertad y acercar al Derecho a las exigencias de la Justicia². Precisamente el reconocimiento que hizo el RG del estado de necesidad justificante supralegal permitió resolver el problema axiológico que se presentaba al considerar antijurídicas ciertas conductas que, en realidad, debían quedar justificadas si se atendía a los parámetros de la Justicia. Incluso en nuestros días sigue estando presente esta amplia aceptación de la creación de causas de justificación mediante la analogía.

Sin perjuicio de esta actitud favorable al recurso a la analogía en el ámbito de la exclusión de la antijuridicidad, siempre han existido diversos problemas que han generado preocupación frente al eventual recurso a este argumento. En plena discusión sobre el estado de necesidad justificante supralegal la doctrina no ocultaba sus temores de que el juez acabara sublevándose por completo a la autoridad del legislador. Sin que estos temores desaparecieran del todo, más modernamente la manualística mostró mayor preocupación por el efecto colateral que tendría la analogía *in bonam partem* respecto a terceros involucrados en la situación de necesidad.

Cuando a finales de los años 20' del siglo pasado el estado de necesidad justificante supralegal comienza a tener un lugar cada vez más destacado en la jurisprudencia del RG, se abre intensamente la discusión sobre el papel de la analogía en las causas de justificación. En esta época, preocupaba saber

² Ello explicaría que se entienda el recurso a la analogía *in bonam partem* como una herramienta imprescindible en las causas de justificación, cfr. WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, pp. 508-509.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

de qué modo era posible reconocer nuevas causas de justificación por analogía, sin que ello importara subvertir el sistema jurídico y que el juez acabara asumiendo el papel de un legislador ilimitado³.

Aún cuando sería inevitable que el RG se estuviese acercando a la función del legislador, entendía Eb. SCHMIDT que la norma creada judicialmente no debía ser el fruto de la arbitrariedad o de las propias concepciones del juez. En verdad, las valoraciones y concepciones de la convivencia en sociedad que rodean al juez le indicarían lo que, en concreto, debe considerar como exigido por la cultura⁴. Según entiendo, detrás de estas preocupaciones subyacería la idea de que, incluso en las causas de justificación, su creación judicial debería estar limitada⁵. En este caso, los límites no sólo deberían encontrarse en razones puramente vinculadas al Estado de Derecho, sino también a los fines jurídico-penales.

Ya en nuestros días sigue latente el temor de que el reconocimiento de la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación suponga dar rienda suelta al Derecho judicial y con ello se afecte el postulado democrático y se transvase al Derecho la arbitrariedad del juez. Sin embargo, creo que en la actualidad tienen un especial peso los argumentos político-criminales vinculados a la prevención del delito. Pareciera entenderse que reconocer causas de justificación por fuera de las estipuladas por el legislador pondría en peligro la lucha contra la delincuencia. En buena medida, ello explicaría la renuencia del legislador español a derogar el art. 4. 3 CP y el rechazo que en su momento se manifestó en las comisiones parlamentarias ante la propuesta de incluir una cláusula legal que admitiese la analogía *in bonam partem*⁶. Debe destacarse que este temor por los efectos indeseables que tendría la analogía *in bonam partem* frente a la prevención de la delincuencia es especialmente expresado en los círculos políticos, más que en los académicos.

Pero en nuestro tiempo existe una cuestión que preocupa de verdad a la doctrina en relación a la creación de causas de justificación a partir de la analogía *in bonam partem*. Esta cuestión está referida a los efectos que se producen sobre terceros cuando se crea reconoce judicialmente una nueva causa de justificación frente a situaciones de necesidad. En concreto, de toda creación judicial de una causa de justificación resultaría una restricción de las posibilidades de defensa de quien se enfrenta a una acción justificada en ese caso por el juez⁷. Esto importaría que el recurso a la analogía tenga un efecto *in bonam partem* para quien obra en el contexto de necesidad, pero *in malam partem* para quien se encuentra obligado a cumplir con los deberes de tolerancia⁸. En este caso, quien incumpla con estos deberes debería ser castigado. De este modo, el recurso a la analogía *in bonam partem* acabaría poniéndose de espaldas al principio de legalidad al fundamentar también la punibilidad, siendo el legislador el único autorizado para fundamentar o agravar el castigo.

Este último cuestionamiento, sin embargo, no ha puesto en tela de juicio el papel de la analogía en las causas de justificación ni ha conducido a su rechazo. En realidad, la doctrina ha procurado ofrecer criterios que hagan posible conciliar la creación analógica de causas de exclusión de la antijuridicidad con las exigencias del principio de legalidad. Sobre esta cuestión volveré más adelante.

2 Estado actual de la discusión jurídico-penal

1. Como se desprende de lo anterior, la posibilidad que existe en nuestros días de crear nuevas causas de justificación a través de la analogía *in bonam partem* no es un tema libre de interrogantes en la discusión jurídico-penal, ni mucho menos sujeta a tratamientos uniformes. Pese al destacado papel que la analogía *in bonam partem* desempeña en las causas de justificación —al permitir resolver los

³ Cfr. SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, p. 374; GRÜNHUT, en *ZStW* (1931) 51, p. 456; KÖHLER, *Der Notstand*, pp. 49-50; MARX, *Grundprinzipien*, p. 3; WELZEL, en *MdR* (1949), p. 371; WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, pp. 497 y ss., con especial referencia a la justificación de la interrupción del embarazo. Expresaba igualmente este temor la jurisprudencia del RG, cfr. RGSt. T. 61, p. 253.

⁴ SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, p. 376. Próximo a ello, MARX, *Grundprinzipien*, pp. 10-11.

⁵ Claramente este pensamiento aparece cristalizado en las pretensiones de limitar el estado de necesidad justificante a concretos bienes jurídicos, cfr. KÖHLER, *Der Notstand*, pp. 51 y ss.

⁶ Me refiero con ello a la enmienda presentada por el Grupo Popular, con motivo del debate parlamentario sobre el Proyecto de Código penal de 1995.

⁷ Destacando este problema, HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 317; LK/HIRSCH, *Vor § 32*, n.m. 36; NK²/PAEFFGEN, *Vor §§ 32 bis 35*, n.m. 60; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 103; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 298; SUPPERT, *Studien*, p. 294; GRIBBOHM, en *JuS* (1966) 4, p. 159, nota 15; ROXIN, en *OEHLER-FS*, pp. 184-185; SEELMANN, *Das Verhältnis*, p. 48.

⁸ SUPPERT, *Studien*, p. 294.

inagotables conflictos de intereses—, no han faltado las señales de alerta de quienes llaman a la reflexión sobre los inconvenientes dogmáticos y político-criminales que aparejaría su admisión.

El estado actual de la discusión en torno a la posibilidad de admitir la analogía *in bonam partem* en la justificación podría estructurarse de la siguiente manera: quienes rechazan la analogía por ser contraria al principio de legalidad (razones de legitimidad); quienes la aceptan pero creen que no es posible recurrir a la analogía por no existir lagunas axiológicas (razones metodológicas); y, finalmente, quienes la aceptan y creen posible su recurso en el sistema actual. A su vez, dentro de este tercer grupo pueden distinguirse la tesis según el distinto modo de armonizar con el principio de legalidad la ampliación de la punición indirecta que se produce con la analogía *in bonam partem*.

2. En lo esencial, puede decirse que en la literatura jurídico-penal de los últimos 40 años domina claramente la opinión favorable a admitir el recurso a la analogía en las causas de justificación. La tesis contraria es claramente marginal; a tal punto, que resulta difícil encontrar en la doctrina opiniones que rechacen el empleo de la analogía *in bonam partem* para excluir la antijuridicidad⁹. El principal motivo que lleva a este *nano*-sector doctrinal a rechazar la analogía *in bonam partem* es la ampliación de la punibilidad que tendría lugar para el obligado a tolerar la actuación justificada supralegalmente¹⁰. Aunque tampoco conviene olvidar que también se procura reducir las habilitaciones de los agentes estatales para injerirse en la esfera de libertad de los ciudadanos¹¹. Como se observa, para esta corriente la analogía debería también rechazarse porque se estaría afectando al principio de legalidad y, por ende, la creación del juez sería ilegítima¹².

3. Para otro sector, la analogía *in bonam partem* no afectaría el principio de legalidad y por ello no podría decirse que el juez estaría privado de acudir a ella. Sin embargo, no sería posible que el juez creara por analogía una causa de justificación porque no se habría dado un presupuesto esencial: no existiría ninguna laguna axiológica. Como puede observarse, las razones que fundamentan la imposibilidad de utilizar la analogía son de carácter metodológico y no se vinculan con cuestiones de legitimidad: no quiere decir que el juez no está *habilitado* a ello, sucede que no se dan las condiciones para que lo haga.

El principal sustendor de esta tesis es Fernando MOLINA, quien entiende que el estado de necesidad sería una regla general del sistema de causas de justificación que cumpliría la función de *cláusula de cierre*¹³. En este sentido, el estado de necesidad abarcaría todos los casos que merecen ser justificados y que no se hallarían comprendidos dentro de las restantes justificaciones¹⁴. Esto quiere decir que el estado de necesidad actuaría subsidiariamente para justificar todos aquellos casos que no fueran abarcados por la legítima defensa o las restantes causas reconocidas por el legislador¹⁵. El estado de necesidad vendría a cristalizar el *principio de ponderación de intereses* que fundamentaría a la justificación y con ello abarcaría todos los casos que merecen ser justificados. Lo que sugeriría esta tesis es que el sistema de causas de justificación no presenta ninguna laguna axiológica, de modo que no sería necesario integrar el Derecho penal mediante la analogía^{16/17}.

4. El sector de opinión mayoritaria¹⁸ se conforma por un grupo de autores que no presentan reparos a que el juez cree nuevas causas de justificación por analogía y además observan que el sistema de causas de justificación podría verse afectado por lagunas axiológicas. Desde esta perspectiva,

⁹ Asumiendo esta tesis contraria a la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación, LENCKNER, en *JuS* (1968) 6, p. 252 (incluso este autor con posterioridad cambia su postura, cfr. *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25).

¹⁰ Según MARX, *Grundprinzipien*, p. 9, esta había sido la opinión sustentada a comienzos del siglo pasado por HEINITZ.

¹¹ En su tiempo, KREY, en *JuS* (1970) 6, p. 291, nota 10, negaba la posibilidad de extender por analogía la vigencia de la justificación del § 127 I y II StPO, al considerar que esta extensión representaba una reducción intolerable del ámbito de libertad de los ciudadanos frente a las detenciones de los órganos estatales. En idéntico sentido, negando la extensión analógica de la autorización de detención del § 127 I StPO, GRIBBOHM, en *JuS* (1966) 4, p. 159, nota 15. Sobre la problemática referida a la ampliación de los permisos de injerencia a favor del Estado, cfr. RUNTE, *Die Veränderung*, p. 241.

¹² Ofreciendo sólidos argumentos en contra de esta tesis, SUPPERT, *Studien*, p. 297.

¹³ MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC* (2000) 1, pp. 207 y ss.

¹⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC* (2000) 1, pp. 222 y ss.

¹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC* (2000) 1, pp. 229 y ss.

¹⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-HM, p. 389.

¹⁷ Sobre esta tesis volveré a la hora de analizar la problemática de las lagunas en las causas de justificación.

¹⁸ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 294-296; *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25; ROXIN, *AT*⁴, I, § 16, n.m. 2, p. 724; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 35; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, nn.mm. 65-67; PERRON, *Rechtfertigung*, p. 122; KUHLEN, en *OTTO-FS*, p. 97.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

además de que no existirían causas de justificación que sean onni-abarcativas y que impedirían la existencia de las lagunas axiológicas, el juez estaría legitimado a colmarlas a partir de la analogía *in bonam partem*.

Se entiende que el principio de legalidad no pondría cortapisas al recurso a la analogía en las causas de justificación. Este principio no se vería afectado, ni cuando se excluye la antijudicialidad según criterios extralegales, ni cuando se limitan las posibilidades de defensa con la imposición judicial de deberes de tolerancia¹⁹. Según entiendo, para este grupo de penalistas la finalidad perseguida por el Derecho penal de reducir el *ius puniendi* debería primar, con lo que, en cualquier caso, la decisión político-criminalmente correcta estará ligada a la ampliación de espacios de libertad. La consecuencia necesaria que esto trae en relación a la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación es que toda ampliación del catálogo de causas que excluye el injusto deberá ser aceptada sin ningún tipo de reproche²⁰.

Más allá de esta homogénea opinión, favorable a las causas de justificación por analogía, es menester aclarar que los autores mantienen cierta distancia en relación a los argumentos que esgrimen para evitar los problemas político-criminales derivados de la aparición de nuevos deberes de tolerar. Sin perjuicio de que sobre esta cuestión volveré posteriormente con mayor profundidad, sería conveniente reseñar que las opiniones se debaten entre tres perspectivas diferentes. Algunos autores considerarían estas restricciones a los derechos de defensa como inofensivas para el principio de legalidad²¹, mientras que también llega a entenderse que los permisos creados por analogía no generan deberes de tolerancia y serían causas auténticas de exclusión del injusto penal²². Finalmente, una tercera opinión sostiene que sería factible crear analógicamente otra causa de justificación a favor de quien infringe los deberes de tolerancia²³.

Finalmente, debe ponerse sobre el tapete que parte de esta línea doctrinal no sólo se ha pronunciado sobre esta analogía *extensiva* que se produciría al admitir nuevas causas de justificación sino también sobre una denominada analogía *restrictiva*²⁴. Esta última estaría vinculada con las restricciones de las causas de justificación, en especial, con las restricciones ético sociales de la legítima defensa. Aquí el recurso a la analogía tendría la función de recortar el campo de aplicación de una causa de justificación más allá de su tenor literal²⁵.

Según entiendo, se impone en la discusión la opinión contraria a esta analogía *restrictiva*, por comprenderse que las limitaciones a las causas de justificación recogidas en la legislación penal afectarían el principio de legalidad²⁶. Aquí sí regiría la prohibición de la analogía. Sin embargo, esta prohibición podría ser relevada en relación a las causas de justificación procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico, dado que allí no regiría el principio de legalidad²⁷.

En resumen, podría esquematizarse el conjunto de corrientes de opinión en relación a la admisión de la analogía en los siguientes términos:

¹⁹ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 317-318; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 35; ROXIN, *AT*, I, § 5, n.m. 42, p. 42; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, nn.mm. 65-67; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25.

²⁰ Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 56.

²¹ Según entiendo, sería ésta la opinión dominante en la doctrina, cfr. HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 319 y ss. (aunque mostraría algunas contradicciones con esta idea en p. 317); LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 35; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 68; ERB, en *ZStW* (1996) 108, p. 271; SUPPERT, *Studien*, p. 297-299.

²² GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 327.

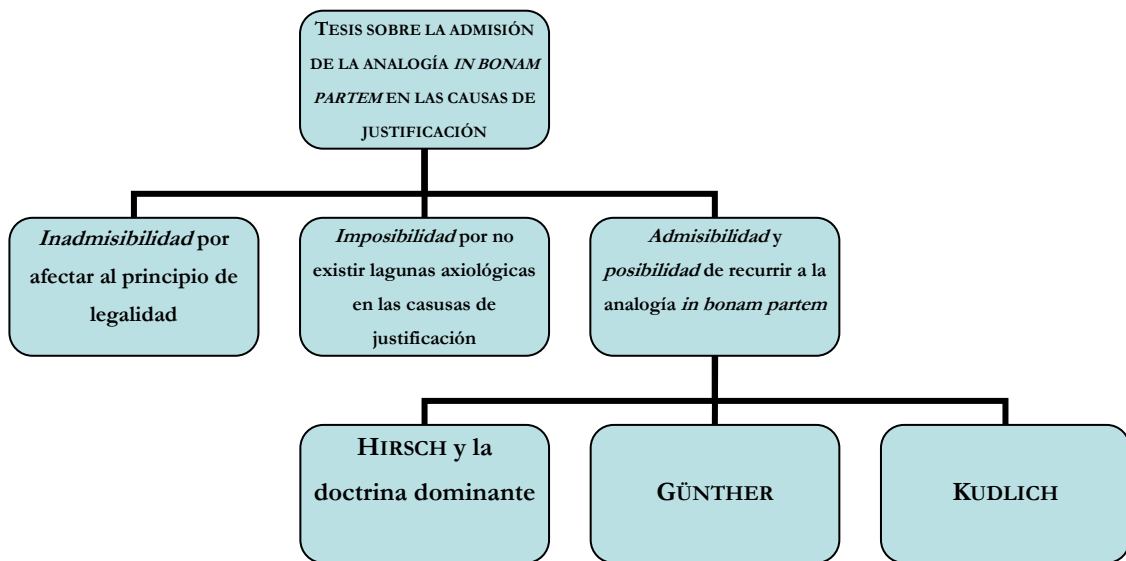
²³ KUDLICH, *Die Unterstützung*, pp. 265 y ss.

²⁴ Distinguiendo entre analogía *extensiva* y analogía *restrictiva*, HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 316-317.

²⁵ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 319.

²⁶ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 319 y ss.

²⁷ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 327 y ss. En contra a esta última tesis, ERB, en *ZStW* 1996 (108), p. 272.



FUNDAMENTOS DE LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La necesidad de que la labor del Derecho penal se conciba como una institucionalización de las expectativas sociales no lleva a colegir que tal institucionalización tenga un campo reducido exclusivamente al establecimiento de prohibiciones o mandatos bajo amenaza de pena. Tal institucionalización también tiene lugar cuando se atiende a las causas de justificación e incluso también respecto de comportamientos realizados por personas inculpables. Sería difícil sostener que una persona que es víctima de una agresión ilegítima y defiende su derecho pronto a ser afectado, esté decepcionando una expectativa. Del mismo modo, no existiría ninguna expectativa defraudada cuando un sujeto afecta un derecho ajeno para salvar un bien propio o ajeno sustancialmente más valioso en una situación de necesidad. En consecuencia, se dice que el Derecho penal institucionaliza aquí tales expectativas, estableciendo bajo qué condiciones no se defraudarán expectativas, pese a una organización que se arroga un ámbito de libertad ajeno. Sin embargo, la manera en la que el legislador reconoce estas circunstancias que no alcanzan a defraudar las expectativas presenta ciertas peculiaridades.

Desde este ángulo, puede apreciarse que la conformación de un sistema de *numerus clausus* de causas de justificación no parece ser en nuestros días algo realizable²⁸. Suena en cierto modo exagerado que se exija al legislador la previsión de todas las actuaciones típicas que puedan merecer la exclusión de su carácter antijurídico. Sólo basta constatar el sistema de causas de justificación que preveía el RStGB para darse cuenta de que el legislador puede dejar sin regular situaciones que, en cualquier caso, merecen ser justificadas. En aquel entonces, solamente se reconocían como tipos permisivos la legítima defensa (§ 53) y la salvaguardia de intereses legítimos (§ 193), mientras que los hechos típicos realizados en situaciones de necesidad, diferentes a las anteriores, continuaban siendo antijurídicos y, en consecuencia, merecedores de castigo.

Esta imposibilidad de hacer realidad la conformación de un sistema cerrado de causas de justificación, ayuda a comprender que, por lo general, se admita el reconocimiento de nuevas circunstancias. A ello se suma que las finalidades jurídico-penales, delimitadoras del alcance del principio de legalidad, ofrecen razones más que suficientes a favor de entender al sistema de causas de justificación como algo relativamente contingente y con tendencia expansiva.

²⁸ JESCHECK/WEIGEND, *AT*², p. 326; FREUND, *AT*, § 3, n.m. 62; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 56; PERRON, *Rechtfertigung*, p. 99; RUNTE, *Die Veränderung*, p. 28; MOLINA FERNÁNDEZ, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-HM, p. 381; MESTRE DELGADO, *La eximente*, pp. 153-154; CUELLO CONTRERAS, *PG*³, n.m. 16, pp. 751-752; LUZÓN PEÑA, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, p. 34.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

El predominio que asume en este terreno la finalidad de *reducir el ius puniedi*, concretándose en la *ampliación de ámbitos de libertad no condicionados con la amenaza de pena*, fortalece precisamente esta tendencia expansiva, abonando por el recurso a la analogía. Además, admitir excepcionalmente el relevo de la prohibición de la analogía no afectaría gravemente a las restantes finalidades del Derecho penal que fundamentan el principio de legalidad y consideran los intereses de la sociedad y la víctima (*ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos, ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales*).

Asumida esta limitación del legislador, como así también las exigencias derivadas del principio de legalidad, no parece extraño que el Derecho penal deje sin justificar conductas que deberían serlo y, con esto, se vea afectado por *lagunas axiológicas*. En este caso, el legislador no habría tomado como relevante una propiedad que, de hacerlo, le habría llevado a reconocer la justificación. Por ejemplo, bajo la vigencia del RStGB el legislador no había considerado relevante, a los efectos de la justificación, la afectación de un bien jurídico para salvar uno de mayor valor y por ello estas conductas seguían siendo antijurídicas. Dadas así las cosas, no parecería ser contrario al plan del legislador el reconocimiento de estas lagunas.

La constatación de lagunas axiológicas en el complejo de las causas de justificación obliga al juez a integrar el Derecho penal. Desde luego que en esta etapa desempeñará un papel central la analogía *in bonam partem*. Tanto la extensión analógica de las concretas causas de justificación (analogía *legis in bonam partem*), como también el recurso a los principios que fundamentan la justificación para crear judicialmente un nuevo permiso (analogía *institutionis in bonam partem*) son los ejes centrales en esta etapa de integración.

Sin embargo, no puede restársele importancia —como profundizaré oportunamente— a la *aplicación de Derecho extrapenal* como mecanismo integrador de las lagunas axiológicas. Especialmente esto tendrá relevancia en cuanto a la aplicación por el juez penal de causas de justificación procedentes de otras ramas del Derecho, sobre todo, del Derecho civil.

Es oportuno destacar aquí que, pese a las actuales pretensiones de proyectar en toda su dimensión la Constitución sobre el ordenamiento jurídico²⁹, no debe aceptarse la integración de lagunas axiológicas en las causas de justificación mediante los principios constitucionales. Como ya he señalado al analizar el sistema de fuentes del Derecho penal que impera en un modelo neoconstitucionalista moderado, los principios explícitos no pueden tener aplicación directa en el Derecho penal. Solamente los principios implícitos (*rationes legis* y *principios institucionales de la justificación*) pueden ser reconocidos, aunque no como fuente directa, sino sólo como material con el que se conforma la analogía *legis* y la analogía *institutionis* en las causas de justificación.

Más allá de que no resulta problemático admitir que el Derecho penal pueda presentar lagunas en las causas de justificación y que éstas merezcan ser integradas, las consecuencias derivadas de la integración mediante la analogía pueden poner en entredicho al principio de legalidad. Ello puede tener lugar por dos factores principalmente: el primero se vincula con la proyección que tendría la creación analógica en la esfera de los obligados a tolerar; el segundo se refiere a los niveles de la argumentación.

La doctrina ha llamado la atención sobre la restricción judicial de los espacios de libertad que tendría la creación analógica de una causa de justificación. Justamente, la creación de una causa de justificación generaría deberes de tolerancia de origen judicial, lo que supondrá agravar la responsabilidad penal. En este capítulo ofrezco un modelo que entiendo puede resolver de modo convincente esta encrucijada, apartándome de la tesis mantenida por la opinión mayoritaria.

Pese a que no presentaría problemas admitir mediante la analogía *in bonam partem* nuevas causas de justificación, entiendo que el recurso a este método de integración debe ser limitado. Por esta razón, sería conveniente sujetar el argumento analógico a aquellos niveles en que mayor apego existe al material normativo. En este sentido, estaría avalada la creación de causas de justificación mediante la analogía *legis* y la analogía *institutionis*. Sin embargo, la vigencia atenuada del principio de legalidad en las causas de justificación hace posible que la prohibición de analogía siga rigiendo en este ámbito y de ahí

²⁹ MESTRE DELGADO, *La eximente*, pp. 74-75.

resulta posible excluir la analogía *iuris in bonam partem*. Esto último no sólo tiene que ver, como ya expuse en el capítulo segundo³⁰, sólo con cuestiones metodológicas, sino principalmente de legalidad. En este punto, la búsqueda de reforzar la finalidad de *reducir el ius puniendi* trae aparejado un sacrificio indeseado de los fines de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos y ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales*.

II RECONOCIMIENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE SUPRALEGAL POR EL RG Y EL SIGNIFICADO DE LAS CAUSAS SUPRALEGALES DE JUSTIFICACIÓN

ASITUACIÓN LEGAL DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN ANTERIOR AL STGB DE 1975

La aparición de nuevas causas de justificación en el Derecho penal alemán se encuentra supeditada en buena medida a la evolución que ha tenido lugar en relación al régimen de los derechos de necesidad. Ello se explica principalmente gracias a que el StGB de 1871 sólo regulaba entre las causas de justificación la legítima defensa (§ 53) y la salvaguardia de intereses legítimos (§ 193)³¹. Únicamente se le reconocían efectos jurídicos a las situaciones de necesidad en el § 54 a los fines de excluir la culpabilidad³² de quien obraba en estas condiciones³³.

La situación sólo pareció cambiar cuando en el año 1900 entró en vigor el BGB, el cual traía consigo una especial regulación para las situaciones de necesidad en las que alguna cosa se encontraba en peligro de perecer o dañarse³⁴. Mientras que el § 228 BGB recogía el estado de necesidad defensivo, el § 904 BGB reconocía el estado de necesidad agresivo, concediendo derechos de injerencia en órbitas de libertad ajena a quien obraba en un contexto de necesidad e imponía además el deber de tolerar estas actuaciones³⁵. Como entiende ROXIN³⁶, la vigencia de estas disposiciones vino a salvar algunas lagunas que se presentaban en la regulación del estado de necesidad.

Sin embargo, la importación al Derecho penal de estas disposiciones legales contenidas en el BGB no alcanzó a solucionar todas las posibles lagunas que podían afectar al estado de necesidad. Todavía el material normativo puesto por el legislador dejaba de dar una respuesta jurídica que fuera axiológicamente satisfactoria a situaciones de necesidad en las que se vieran afectados intereses o bienes diferentes del patrimonio³⁷. Incluso, como destaca GRÜNHUT³⁸, la doctrina civilista de la época renunciaba a la aplicación analógica del § 904 BGB frente a agresiones a bienes jurídicos inmateriales³⁹. De este modo, se dejaban afuera aquellas acciones típicas que se cometían para evitar un mal que amenazaba realizarse de modo inminente sobre bienes jurídicos como la vida, la integridad física, etc⁴⁰. Ello explica que, por ejemplo, siguieran existiendo lagunas axiológicas en relación a la

³⁰ Ver pp. 176 y ss.

³¹ Con todo, debe destacarse que para algunos autores no quedaba claro si estos supuestos constituían causas de justificación o de exculpación, dado que ambas causas habrían aparecido confundidas en el RStGB, al limitarse el legislador a señalar que esas conductas eran "no punibles", cfr. ESER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, pp. 34-35.

³² Sin embargo, entiende WÜRZBURGER, *Das Recht*, pp. 65-66, que el RStGB recogía en el § 54 una causa personal de exclusión de pena en lugar de una causa de exculpación.

³³ JAKOBS, *AT*², Ap. 13, n.m. 5, p. 411; ROXIN, *AT*⁴, I, § 16, n.m. 1, pp. 723-724, quien incluso entiende que aquella regulación del estado de necesidad disculpante era más restrictiva que la actual formulación del § 35.

³⁴ Sobre la historia de las causas de justificación jurídico-civiles del BGB y su repercusión en el Derecho penal, cfr. WÜRZBURGER, *Das Recht*, pp. 75 y ss.

³⁵ Reconociendo la aplicabilidad de estas disposiciones en el Derecho penal, cfr. GRÜNHUT, en *ZStW* (1931) 51, p. 458; ROXIN, *AT*⁴, I, § 16, n.m. 2, p. 724.

³⁶ ROXIN, *AT*⁴, I, § 16, n.m. 2, p. 724.

³⁷ WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, p. 247; WÜRZBURGER, *Das Recht*, p. 79; v. HIPPEL, *Deutsches*², pp. 224-225; JESCHECK/WEIGEND, *AT*², p. 359; BROGLIO, *Der strafrechtliche*, p. 10; FREUND, *AT*, § 3, n.m. 77, p. 89; BERGENROTH, *Der übergeseztliche*, p. 7; MEZGER, *Tratado*², I, pp. 432-433; ESER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, pp. 54-55. Poniendo ello también de manifiesto el RG, cfr. RGSt. T. 61, 252.

³⁸ GRÜNHUT, en *ZStW* (1931) 51, p. 458.

³⁹ Sin embargo, indica BROGLIO, *Der strafrechtliche*, p. 10, que podría conjeturarse la posibilidad de una interpretación extensiva del § 904. Por su parte, estima v. HIPPEL, *Deutsches*², p. 229, que la laguna que afectaba al estado de necesidad debía colmarse mediante una aplicación analógica del § 228 BGB.

⁴⁰ v. HIPPEL, *Deutsches*², pp. 225-226; ROXIN, *AT*⁴, I, § 16, n.m. 2, p. 724; GRÜNHUT, en *ZStW* (1931) 51, pp. 458, 460.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

conducta del médico que interrumpía el embarazo de una mujer, por correr la vida de ésta última un grave riesgo en caso de seguirse adelante con el embarazo.

En este contexto irrumpe en el debate la figura del *estado de necesidad justificante supralegal*. Como puede observarse, era necesario reconocer en el Derecho penal una causa de justificación que excluyera la antijuridicidad de conductas que afectaban típicamente un bien jurídico diferente del patrimonio para salvar un interés de mayor valor. En consecuencia, la consideración de una causa justificadora no escrita en la ley comenzó a ser trabajada en la doctrina, con la pretensión de reconocer efectos justificantes a situaciones de necesidad en las que se veían involucrados intereses distintos del patrimonio.

En consecuencia puede decirse que el *estado de necesidad justificante supralegal* fue desarrollándose en la doctrina a partir de indagar en los fundamentos de las causas de justificación reconocidas por el legislador. Ello quiere decir que estos nuevos derechos de necesidad se derivaban de los principios en los que se basan las causas de justificación recogidas en el StGB de 1871 y en el BGB.

Precisamente, el desarrollo del *estado de necesidad justificante supralegal* tuvo lugar en la doctrina dentro del marco de las teorías que centran su atención en los fundamentos de las causas de justificación⁴¹. Para algunos autores⁴², el *estado de necesidad justificante supralegal* debía explicarse a partir de la *teoría del fin*, según la cual la injerencia en un ámbito ajeno protegido jurídicamente no está desautorizada cuando representa el medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el Estado como valioso⁴³. Mientras que, para la *teoría de la ponderación de bienes o intereses*⁴⁴, únicamente debía ser justificado extralegalmente aquél que con su actuación ha salvado un bien jurídico a costa de otro de inferior valor. El sustento del estado de necesidad justificante supralegal es encontrado justamente a partir de los principios derivados de estas teorías.

Conviene poner de relieve que, tanto en la discusión doctrinal de la época como en los análisis actuales sobre surgimiento del *estado de necesidad justificante supralegal*, se asoció su origen con los principios que fundamentan toda la justificación. La *teoría del fin* y la *teoría del interés preponderante* discuten en el plano de la justificación en su carácter de institución jurídico-penal. De este modo, discutir sobre la existencia de un principio que fundamenta la justificación, significa discutir sobre la existencia un principio institucional. Este modo de entender el surgimiento del *estado de necesidad justificante supralegal* muestra un claro acercamiento a la analogía *institutionis in bonam partem*. Precisamente, observar que esta causa de justificación no escrita surge de los principios del interés preponderante o del fin justo reconocido por el Estado, lleva a afirmar que se trata de un producto de lo que aquí se entiende como analogía *institutionis in bonam partem*. Como tendremos oportunidad de ver, entiendo que la jurisprudencia del RG ha ofrecido evidencias sobre el originamiento de esta causa de justificación supralegal en los principios institucionales

Lo importante es destacar que esta progresión del *estado de necesidad justificante supralegal* en el Derecho penal no quedó en meras especulaciones teóricas. En este ámbito es especialmente conocida la sentencia pronunciada por el RG en marzo de 1927, en la que el tribunal justifica la interrupción del embarazo de una mujer que había intentado suicidarse en varias ocasiones como consecuencia de su preñez⁴⁵. Empero, es posible observar que el RG ya había justificado con anterioridad acciones típicas al margen de las normas justificantes reconocidas por el RStGB. Lo que sí es dable enfatizar es que, a partir del reconocimiento de efectos justificantes a la interrupción del embarazo en situaciones de necesidad, se amplió notablemente el número de casos en los que se reconocía el estado de necesidad justificante supralegal. A partir de entonces fue consolidándose la doctrina del RG en relación al sistema de causas de justificación aplicables y fue tomando cuerpo la idea de erigir al estado de necesidad justificante supralegal como una causa de justificación⁴⁶.

Buena parte de los criterios que estableció el RG y que fueron apareciendo a lo largo de sus sentencias fueron consolidando las bases sobre las que posteriormente se inspiró el legislador para

⁴¹ GRÜNHUT, en *ZStW* (1931) 51, p. 460; ROXIN, *AT*⁴, I, § 16, n.m. 2, p. 724; JAKOBS, *AT*², Ap. 13, n.m. 5, p. 411.

⁴² V. LISZI/SCHMIDT, *Lehrbuch*²⁵, p. 178; SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, pp. 377 y ss.

⁴³ Sobre la *teoría del fin*, cfr. NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 44; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 47.

⁴⁴ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC* (2000) 1, pp. 204 y ss.; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., nn.mm. 6-7.

⁴⁵ ROXIN, *AT*⁴, I, § 16, n.m. 4, p. 725.

⁴⁶ KREY, *AT*², § 13, n.m. 541, p. 199.

establecer finalmente en el año 1975 el estado de necesidad justificante en el § 34⁴⁷. De hecho, puede decirse que la jurisprudencia operó con la figura del *estado de necesidad justificante supralegal* hasta que entró en vigor el nuevo § 34⁴⁸. Con esta norma se ponía fin a un problema axiológico que el Derecho penal alemán venía arrastrando desde el año 1871. A partir de la incorporación del § 34 al StGB se haría incluso innecesario acudir a las normas del BGB, puesto que la amplia redacción de este precepto permite entender que los tipos permisivos civiles constituyen casos específicos de la norma general del estado de necesidad⁴⁹.

Ahora bien, *¿qué lectura cabe hacer, desde un plano metodológico, de la actitud de los tribunales alemanes al hacer aplicables las causas de justificación del Derecho civil y al reconocer el estado de necesidad justificante supralegal?*

Puede apreciarse a partir de esta explicación que la exigua regulación de circunstancias justificantes que tuvo lugar en el StGB de 1871 dio lugar a la aparición de una serie de inconsistencias axiológicas que obligaron al juez a idear mecanismos de integración del Derecho penal. La existencia de una laguna axiológica frente a estos casos salta a la vista al constatarse que las situaciones de necesidad no abarcadas por el estado de necesidad disculpante debían entenderse castigadas según el StGB de 1871.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazaron la *tesis de relevancia* del legislador penal, esto es, rechazaron que sea tenido como antijurídico un comportamiento típico que afecta un bien jurídico para salvar otro bien de mayor valor. Frente a ello, los tribunales contrapusieron como *hipotesis de relevancia*, que debería considerarse relevante el salvamento del bien más valioso a los fines de justificar la actuación en un contexto de necesidad.

Pero, además, debe explicitarse que el RG empleó para colmar este tipo de lagunas dos medios de integración diferentes. Por un lado, recurrió a la aplicación de Derecho extrapenal, mientras que por el otro hizo uso de la analogía *in bonam partem*.

Un primer grupo de casos afectados por lagunas axiológicas fue solucionado a partir de la entrada en vigor del BGB a comienzos del S. XX. Dado que el BGB recogía en su cuerpo legal el estado de necesidad agresivo y el estado de necesidad defensivo, el RG entendió que debían incorporarse las normas del Derecho civil al sistema originario de normas que debe considerar el juez penal; esto es, debían complementar la legislación penal. Esta primera etapa de la integración del Derecho penal vino presidida por la *aplicación de Derecho extrapenal* y no por la analogía *in bonam partem*. Aquí el RG no creó por analogía ninguna norma para solucionar la inconsistencia axiológica presente en las situaciones de necesidad, sino que aplicó en sede penal una norma que debía ser aplicada *ab initio* solamente por el juez civil.

En cambio, la segunda etapa de integración de lagunas axiológicas en las causas de justificación tiene lugar gracias a la analogía *in bonam partem*. Esto principalmente sucede respecto a aquellas situaciones que no eran abarcadas por las regulaciones justificantes del Derecho civil. En estos casos, el juez ha creado a partir de la analogía *in bonam partem* una norma que, con anterioridad, no estaba puesta en el sistema ni se derivaba lógicamente de las restantes normas⁵⁰. Aquí el RG acabó indagando en los fundamentos de todas las causas de justificación reconocidas legislativamente y obtuvo de ellas un principio que le permitió crear judicialmente el *estado de necesidad justificante*. Más allá de lo que precisaré más adelante, creo oportuno advertir que, en estos casos, tomar como base de la creación judicial los principios institucionales de las causas de justificación, importa integrar el Derecho penal a partir de la analogía *institutionis in bonam partem*.

⁴⁷ ESER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 55.

⁴⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC (2000)* 1, p. 219.

⁴⁹ Interpretando a los §§ 228 y 904 BGB como concretizaciones del estado de necesidad justificante del § 34, cfr. ROXIN, *AT*, I, § 16, n.m. 110, p. 776; FREUND, *AT*, § 3, n.m. 77, p. 89. En cambio, entiende que los ámbitos de regulación del estado de necesidad del § 34 StGB y las normas de estado de necesidad jurídico-civil no serían idénticos, JAKOBS, *AT*, Ap. 13, n.m. 6, pp. 411-412; HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 77 y ss.

⁵⁰ Sugiere SCHMIDT, en *ZStW (1929)* 49, pp. 378-379, que el RG habría opinado que la aparición de causas de justificación supralecales no tenía lugar mediante la analogía sino mediante la interpretación. Según su parecer, el RG interpretaría que más allá del Derecho existen unos principios que lo fundamentan y que luego se mezclan junto con los restantes cánones en la interpretación. Empero, SCHMIDT estima con razón que esta apreciación es incorrecta, porque aquí el juez está creando Derecho abiertamente.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

B LA APARICIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE SUPRALEGAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL RG

No es nada sorprendente que el RG haya apelado a criterios supralegales para justificar actuaciones producidas en una situación de necesidad si se atiende al marco histórico dentro del cual estas sentencias tuvieron lugar. El debate doctrinal sobre las causas supralegales de justificación se abre dentro de un marco teórico en el que comienza a distinguirse en la dogmática jurídico-penal entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante⁵¹. Los motivos centrales de esta distinción son hallados en la paulatina objetivización hacia la que va mutando el juicio de antijuridicidad y en el descubrimiento del contenido material del Derecho y del injusto⁵². Precisamente, esto última va abonando el terreno para que se considere la posibilidad de acudir a criterios materiales y extrajurídicos a los fines de excluir la antijuridicidad de un comportamiento⁵³.

Puede decirse, entonces, que en las diversas sentencias del RG que reconocen el estado de necesidad justificante supralegal se ven cristalizadas ideas, por las que desde hacía tiempo la dogmática jurídico-penal abogaba. En concreto, la doctrina de la época ya ponía énfasis en la distinción de los problemas de justificación y exculpación que aparecían involucrados en el estado de necesidad e insistía en una reforma de la ley⁵⁴. En este sentido, tiene también mucho que ver que se profundizara el proceso de materialización y objetivización que sufre el concepto de antijuridicidad⁵⁵.

Todo hacía suponer que estaba preparado el terreno para que los tribunales comenzaran a incluir en sus argumentaciones referencias a criterios ubicados más allá del Derecho y que, en muchos casos, esto podría suponer complementar el Derecho positivo o bien corregirlo. De ahí que se entendiera que el Derecho empezare a ser visto en realidad como un “*proyecto hacia lo justo que se encuentra detenido en una fase experimental*”⁵⁶, lo cual obligaba a ver el Derecho como un sistema afectado por lagunas. Por otro lado, los criterios aportados por esta nueva visión materializada de la antijuridicidad habrían permitido identificar las situaciones en las que existe una laguna y habrían hecho posible la integración de ellas⁵⁷. De este modo puede entenderse que la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación toma fuerza a partir de la consideración de la antijuridicidad material frente a la antijuridicidad formal⁵⁸.

Esto último ayuda a comprender que Eb. SCHMIDT, siguiendo a GOLDSCHMIDT, considerase *revolucionarias* las sentencias del RG que adoptaban el estado de necesidad justificante supralegal⁵⁹. Su carácter revolucionario no se debía, según su opinión, a que hubieran aportado un conocimiento original o un método novedoso. En verdad, la gran revolución tuvo que ver con el hecho de que la jurisprudencia se hubiera plegado finalmente a las ideas que la doctrina venía discutiendo desde hacía tiempo⁶⁰. Tan es así, que incluso el mismo RG en su sentencia que excluye el castigo de la interrupción

⁵¹ SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, pp. 351 y ss.; JAKOBS, *AT*², Ap. 13, n.m. 5, p. 411. Ello claramente se deriva también de la obra de RATHCKE, *Das Güterabwägungsprinzip*, pp. 5 y ss. en la que hace una muy ilustrativa descripción de los antelones de las disputas sobre el principio que fundamenta las causas de justificación.

⁵² Destacando la conexión entre la aparición entre las causas supralegales de justificación y la evolución de la doctrina de la antijuridicidad material, ROXIN, *AT*⁴, I, § 14, n.m. 9, p. 603.

⁵³ SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, p. 354; WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, p. 481, “*los principios de los que se derivan las razones a favor de la juridicidad o —dicho en negativamente— a favor de la exclusión de la antijuridicidad (causas de justificación, causas de exclusión del injusto) pueden pertenecer al Derecho legal o no legal*”.

⁵⁴ Cfr. RGSt. T. 61, pp. 249-250, 252.

⁵⁵ Para una buena ilustración de la discusión de la época, cfr. BERGENROTH, *Der Übergesetzliche*, pp. 11 y ss.

⁵⁶ SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, p. 354.

⁵⁷ SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, pp. 354.

⁵⁸ Para una muy clara explicación de los conceptos de *antijuridicidad formal* y *antijuridicidad material*, cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, pp. 49 y ss., quien incluso parecería mostrarse contrario a que la acentuación del concepto de antijuridicidad material habría contribuido a la doctrina de las causas supralegales de justificación, puesto que entiende que la aceptación de nuevas circunstancias de justificación no se trata de otra cosa que del refinamiento necesario de la determinación de la antijuridicidad formal (p. 56).

⁵⁹ SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, p. 356.

⁶⁰ Sin embargo, no creo que convenga pasar por alto que el reconocimiento del *estado de necesidad justificante supralegal* incidió de manera decisiva en la discusión sobre la legítima defensa, como entiende SUPPERT, *Studien*, pp. 64-65. Entiende el autor que con el reconocimiento de esta causa supralegal de justificación se produce un viraje en la discusión sobre la extensión de la legítima defensa. Hasta entonces el debate doctrinal giraba en torno a la amplitud con la que se restringía el ámbito de aplicación de la legítima defensa. A partir de las sentencias del RG sobre el *estado de necesidad justificante supralegal*, al contrario, se habría producido un movimiento opuesto, comenzando a discutir sobre las posibilidades de ampliar la legítima defensa a casos no

del embarazo señaló que la doctrina penal anterior al RStGB entendía que estas interrupciones en situaciones de necesidad debían quedar justificadas⁶¹.

Seguramente una de las sentencias del RG más renombradas en relación al estado de necesidad justificante supralegal es aquella del 11 de marzo de 1927, en la que se justifica la interrupción de un embarazo, en la cual estaba en serio riesgo la vida de la madre. Sin embargo, esta sentencia no fue la primera en la que el RG aludía a la existencia de criterios externos al Derecho positivo que pudiesen excluir la antijuridicidad de un comportamiento⁶². Ya bien comenzado el S. XX el tribunal deja entrever en sus sentencias su percepción de que el catálogo de causas de justificación no quedaba ceñido a lo que dispusiera el legislador. Incluso, GRÜNHUT⁶³ pone de relieve que esta sentencia del 11 de marzo de 1927 tiene como principal antecedente otra pronunciada por el RG a finales del S. XIX en el que el una persona habría sido autorizada a interrumpir una ceremonia religiosa frente al inicio de un incendio⁶⁴.

Es posible encontrar uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales del siglo pasado sobre las causas supralecales de justificación en una sentencia del RG del **5 de noviembre de 1901**, que vendrá a ser una suerte de indicio de lo que sucederá posteriormente. En esta sentencia se alude a la existencia de una “*norma jurídica*”, externa al Derecho penal, según la cual la antijuridicidad de un comportamiento quedaba excluida⁶⁵. Según esta “*norma jurídica*” de origen supralegal debía entenderse conforme a Derecho toda acción que importara un medio para alcanzar un fin justo reconocido por el Derecho como tal.

Una segunda sentencia que, desde mi perspectiva, tiene interés es aquella otra pronunciada el **23 de octubre de 1925**. Aquí puede observarse cómo el RG avanza en la dirección explicitada en la sentencia anterior e insiste en la posibilidad de que la exclusión de la antijuridicidad pueda producirse a partir de criterios ajenos a la ley. En este sentido señala:

La disposición legal, según la cual se excluye la antijuridicidad de un comportamiento que realiza un tipo penal, no necesita ser siempre expresada categóricamente; ella puede derivarse de la conexión del ordenamiento jurídico, especialmente también de las necesidades militares jurídicamente reconocidas o descansar sobre una práctica transformada en Derecho consuetudinario⁶⁶.

Por otra parte, en esta decisión del tribunal surge con fuerza el principio de ponderación de bienes o intereses, a partir del cual sería posible excluir la antijuridicidad⁶⁷. Según este principio, deberían justificarse aquellas acciones típicas que hayan salvado un bien jurídico a costa de afectar otro de valor inferior.

Debe destacarse que estas dos sentencias reseñadas reconocieron el estado de necesidad justificante supralegal en casos en los que los bienes afectados no eran de una gravedad considerable⁶⁸. En cambio, ya con posterioridad el reconocimiento de esta nueva circunstancia justificante se abre con mucha mayor fuerza y en relación a bienes jurídicos de mayor relevancia.

La famosa justificación del médico que interrumpe el embarazo de una mujer con tendencias suicidas se produce en la sentencia del RG del **11 de marzo de 1927**⁶⁹. En este caso se trataba de una mujer que, a causa del embarazo, había intentando suicidarse en reiteradas oportunidades. Si bien en este caso era posible acudir a la regulación del estado de necesidad disculpante para excluir la responsabilidad de la madre, quedaba todavía pendiente la posibilidad de excluir la antijuridicidad del

previstos por la norma, pero análogos a los regulados. Ello explica que también en este contexto aparezca la figura de la “*notwehrähnliche Lage*”.

⁶¹ Cfr. RGSt. T. 61, p. 248.

⁶² Destacando esta idea, RATHCKE, *Das Güterabwägungsprinzip*, p. 3.

⁶³ GRÜNHUT, en *ZStW* (1931) 51, pp. 462 y ss.

⁶⁴ Analizando con todo detalle las sentencias del RG previas a la del 11 de marzo de 1927, WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, pp. 475 y ss.

⁶⁵ RGSt. T. 34, p. 447.

⁶⁶ RGSt. T. 59, p. 406.

⁶⁷ RGSt. T. 59, p. 407.

⁶⁸ En RGSt. T. 34, p. 446, se producían unas lesiones leves y en el RGSt. T. 59, p. 405 y ss., el caso trataba de dos tanques de guerra que, infringiendo la normativa que exigía marchar por la vía pública con luz, lo hicieron sin ella provocando lesiones a quien iba en bicicleta.

⁶⁹ RGSt. T. 61.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

hecho del médico⁷⁰. Incluso, cuando se hubiese querido arropar la conducta del médico como un problema de exculpación, no concurrirían los requisitos que exigía el § 54 RStGB⁷¹. Además, pese a que la vida del feto era protegida por el ordenamiento jurídico alemán, se entendió que la justificación de la interrupción del embarazo se presentaba como imprescindible⁷².

Al respecto es importante reseñar la discusión que había tenido lugar en las instancias jurisdiccionales previas. En primera instancia el tribunal absuelve a los tres acusados y a partir de entender que éstos habían obrado en un estado de necesidad que merecía justificar la conducta típica. Cuando se apela al *Oberlandesgericht*, se los absuelve amparándose en la teoría del fin. Este tribunal señala que

...no serían antijurídicas injerencias en intereses protegidos jurídicamente, los cuales representan un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el Estado, que además, debido a que el Estado exigiría y reconocería como fin justificado la conservación de la salud, la conservación de la vida de la madre mediante una interrupción del embarazo no podría ser antijurídica...⁷³

En esta sentencia de 1927 el RG consolida la idea que ya aparecía en las anteriores sentencias, al entender que las causas de justificación jurídico-penales pueden proceder del Derecho escrito y del Derecho no escrito⁷⁴. Ello sugiere que la causa de justificación que crea en este caso el tribunal debería tener sustento en alguna otra pieza que se saque del ordenamiento jurídico⁷⁵. Respecto a esto último, el RG analiza las diversas posibilidades en las que la norma justificante creada puede encontrar apoyo, hasta llegar a comprender que el principio de ponderación de bienes o de intereses es el que mejor permitiría fundamentar la exclusión de la antijuridicidad.

En un primer orden de ideas, considera el RG la posibilidad de justificar al médico amparando su comportamiento bajo la forma del ejercicio de un derecho derivado de su oficio o trabajo (*Berufrecht*), como ya había hecho en otra ocasión el tribunal⁷⁶. Sin embargo, termina por rechazar esta posibilidad al considerarla incompatible con el caso *ad litem*⁷⁷.

Igualmente rechaza que la justificación pueda venir dada por el consentimiento justificante, al entender que la madre no puede disponer del destino de la vida del feto de la misma manera que puede hacerlo de su propio cuerpo⁷⁸. No obstante lo cual, reconoce cierta importancia al hecho de que el médico haya contado con el consentimiento de la paciente a los fines de apreciar la justificación, dado que no parecería lógico justificar mediante el estado de necesidad justificante supralegal a quien interrumpió el embarazo sin el consentimiento de la embarazada⁷⁹.

Descartadas estas dos posibilidades como vía de justificación de la actuación del médico, el RG busca sustentar sus argumentos en el marco teórico ofrecido por las teorías que fundamentan las causas de justificación. En concreto, analiza de qué modo el estado de necesidad justificante supralegal puede aparecer en el Derecho penal según la *teoría del fin* o el *principio del interés o bien preponderante*.

Al respecto señala que el principio derivado de la teoría del fin, según el cual debe justificarse toda actuación que constituya un medio para alcanzar un fin reconocido por el Estado como justo,

⁷⁰ BERGENROTH, *Der übergesetzliche*, p. 7.

⁷¹ Destaca igualmente SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, p. 359, que en esta sentencia aparece por primera vez trazada en el plano jurisprudencial la distinción entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad exculpante.

⁷² Entiende SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, p. 351, que la aparición de sentencias de este tipo que justificaran las indicaciones médicas para interrumpir el embarazo o para efectuar perforaciones no debía sorprender, porque justamente tenían lugar en un contexto en el que se había producido un enorme incremento de estas injerencias. Pero, además, porque en aquellas épocas aparecía por doquier la referencia a las indicaciones médicas, sociales y eugenésicas. Junto a todo ello destaca el mismo autor que ha sido un factor importante el hecho de que “el límite bastante claro que con anterioridad existía entre lo prohibido y lo permitido, según el parecer del ciudadano se había oscurecido y desdibujado”.

⁷³ RGSt. T. 61, p. 244.

⁷⁴ RGSt. T. 61, p. 247.

⁷⁵ Justamente señala WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, pp. 486-487, que la justificación de la interrupción del embarazo tiene lugar dentro de los límites fijados por los valores extraídos del Derecho positivo y por los principios jurídicos.

⁷⁶ RGSt. T. 25, p. 375.

⁷⁷ RGSt. T. 61, p. 252.

⁷⁸ RGSt. T. 61, pp. 252-253. Así también, BERGENROTH, *Der übergesetzliche*, p. 8. Sin perjuicio de ello, sugiere SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, pp. 367-368, que la aplicación de la teoría de la ponderación de bienes habría tenido lugar en esta sentencia del RG tomando la forma no del estado de necesidad sino del consentimiento.

⁷⁹ Cabe destacar que WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, pp. 487-488 advierte de la existencia de algunas sentencias de finales de S. XIX que basan el estado de necesidad justificante supralegal en el consentimiento presunto de la madre.

“está todavía lejos del reconocimiento general. Frente a la amplitud de su expresión no puede calcularse si su aplicación no conduciría en la praxis a consecuencias dudosas que no puedan ser atendidas según el Derecho”⁸⁰. Por esta razón, estimé que el principio de ponderación de bienes jurídico ofrecería mejores posibilidades para fundar la decisión y así justificar suprallegalmente la interrupción del embarazo⁸¹.

El RG crea el estado de necesidad justificante suprallegal a partir de tomar en la base de su argumentación al principio de ponderación de bienes^{82/83}. Indica que lo importante es saber si, según el principio de la ponderación de bienes o de intereses, era posible justificar un comportamiento que constituía el único medio para proteger un bien jurídico⁸⁴. Además, para saber cuándo un bien jurídico es más valioso que otro habría que atender a los tipos que protegen los respectivos bienes jurídicos y analizar, a partir de ellos, cuál prevé una pena más severa. De ello se derivaría que los graves daños a la salud de una persona son más relevantes que la afectación de la vida del feto⁸⁵.

Es importante destacar en este punto la asociación que hace el RG entre el origen de esta causa de justificación suprallegal con el principio del interés preponderante, en su carácter del principio institucional. Así, esta vinculación entre los fundamentos de la justificación y el estado de necesidad justificante suprallegal pone en evidencia la importancia de la analogía *institutionis in bonam partem* para explicar el origen de esta causa de justificación judicial. Aunque el RG no utilizó en ningún pasaje de la sentencia el término “analogía *institutionis*”, puede observarse que el razonamiento seguido es el mismo que el que caracteriza a esta clase de analogía.

Finalmente el RG establece en esta sentencia del 11 de marzo de 1927 que deberían darse las siguientes condiciones para que pueda apreciarse la justificación extralegal: a) debe tratarse de un peligro actual para la embarazada; b) que se constate el peligro conforme a los parámetros médicos (con esto quedarían excluidos los no médicos); c) que el bien salvado sea de mayor valor que el lesionado; d) debe constar el consentimiento real o presunto de la madre⁸⁶.

La sentencia del RG del 28 de febrero de 1928 tiene para la evolución del estado de necesidad un especial interés, puesto que en ella aparece por primera vez la expresión “estado de necesidad suprallegal”. Aquí el tribunal se pronuncia sobre un caso de infracción de las disposiciones penales de la ley de aduana e importación, en un supuesto de importación de aguardiente⁸⁷.

Considera el RG que el Derecho alemán no soluciona el conflicto que se produce cuando chocan los intereses del desarrollo económico con la protección de los intereses del Estado en la importación de mercancías. Por tanto, tiene lugar un “«estado de necesidad suprallegal» que haría imposible la prosecución de las prescripciones de la ley alemana”⁸⁸. En este caso considera el tribunal que prevalece el interés de que la economía no quede paralizada, ante el caso de que la única manera de disponer de mercancías que la sociedad necesita sea mediante la autorización de importación⁸⁹. En este supuesto, el RG justifica la importación pese a la infracción formal de la ley alemana de aduanas⁹⁰.

⁸⁰ RGSt. T. 61, p. 253. Favorable a este voto del RG, MARX, *Grundprinzipien*, p. 6. Destacando también esta idea en la doctrina, ROXIN, *AT*⁵, I, § 16, n.m. 4, p. 725; GRÜNHUT, en *ZStW* (1931) 51, p. 458; WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, pp. 485-486.

⁸¹ Destacando ello, LENCKNER, *Der rechtfertigende*, p. 53. En relación a este aspecto se pronunció en contra, SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, pp. 381-382, argumentando que la invocación del principio la ponderación de bienes no basta para justificar la creación de Derecho por parte del juez, sino que además necesitaría verse complementado por otros principios o ideas que hacen a la esencia del Derecho: la idea de lo correcto, lo justo, lo conforme a la cultura (cerca a esta última idea, WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, p. 509). Puesto que haría falta complementar este principio, acaba Eb. SCHMIDT pronunciándose en favor de la teoría del fin, la cual permitiría abarcar todos estos axiomas que conforman al Derecho. En este línea también, GRÜNHUT, en *ZStW* (1931) 51, p. 460. Por su parte, entiende que ninguna de las dos teorías ofrece una salida satisfactoria al problema del estado de necesidad justificante suprallegal, BERGENROTH, *Der übergesetzliche*, pp. 26-29 de modo que deberían combinarse ambas para guiar adecuadamente la decisión del juez. Próximo, v. HIPPEL, *Deutsches*², p. 228; PERRON, *Rechtfertigung*, p. 95.

⁸² En razón de estos argumentos entiendo que yerra WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, pp. 470, 475-476, cuando interpreta que el RG sustentó su decisión en la teoría de fin, al subrayar que la interrupción del embarazo era el medio adecuado para la satisfacción de un fin reconocido por el Estado. En cambio, entienden acertadamente el origen del estado de necesidad justificante suprallegal, JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 355.

⁸³ Entiende que el reconocimiento que ha hecho el RG del principio fundante de las causas de justificación ha sido demasiado estrecho, LENCKNER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, pp. 506 y ss.

⁸⁴ RGSt. T. 61, p. 254.

⁸⁵ RGSt. T. 61, p. 255.

⁸⁶ RGSt. T. 61, pp. 255-256.

⁸⁷ RGSt., T. 62.

⁸⁸ RGSt., T. 62, pp. 46.

⁸⁹ RGSt., T. 62, pp. 46-47.

⁹⁰ RGSt., T. 62, p. 47.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Finalmente, como última sentencia ejemplificativa del tratamiento jurisprudencial del estado de necesidad justificante supralegal, debe traerse la sentencia del **8 de mayo de 1929**, la cual continúa en la línea de justificar actuaciones producidas en el marco de situaciones de necesidad a partir de criterios supraleales⁹¹. En relación a ello apunta el RG que las circunstancias que excluyen la antijuridicidad se derivan no sólo de las normas del Derecho penal sino también de los restantes principios del Derecho legal y no legal⁹². Con mayor claridad expresa que “[l]a exclusión de la antijuridicidad no necesita estar claramente determinada, sino que es suficiente cuando ella puede deducirse de la relación de los enunciados jurídicos a partir de las visiones jurídicas generales”⁹³.

Por otra parte, se pregunta el tribunal si lo dispuesto en la sentencia del 11 marzo del 27 en relación al estado de necesidad supralegal puede también servir para el estado de necesidad del Estado⁹⁴. Niega esta posibilidad para el caso concreto, porque, si bien entiende que el mantenimiento del Estado y la defensa de la Nación son valores más valiosos que la vida del individuo (¡!), admite que la muerte del sujeto no constituye el único medio para proteger el bien jurídico⁹⁵.

EL SENTIDO ORIGINARIO DE LA EXPRESIÓN «CAUSAS SUPRALEGALES DE JUSTIFICACIÓN» Y LOS SENTIDOS RECONOCIDOS EN LA DOCTRINA ACTUAL

No resulta posible extraer un significado unívoco del concepto de causas supraleales de justificación de toda la literatura que analiza esta cuestión⁹⁶. Más bien, si algo caracteriza a las aproximaciones al tema es que todas ellas ofrecen diversos sentidos en los que se habla de causas supraleales de justificación. Estas variaciones fueron paulatinamente alejándose del sentido originario con el que se empleaba la expresión en la jurisprudencia del RG y dónde, precisamente, se otorgó carta de naturaleza a las causas supraleales de justificación. La doctrina extendió la expresión “causas supraleales de justificación” a un sinnúmero de normas justificantes que no estaban plasmadas de la ley, pero que en la mayoría de los casos poco tenían que ver con la analogía *in bonam partem*. Precisamente, desde que el RG construyó el estado de necesidad justificante supralegal, se han ofrecido en la doctrina al menos tres sentidos en los que puede hablarse de «causas supraleales de justificación».

En un primer sentido, se alude a las *causas supraleales de justificación* en referencia a todas aquellas justificaciones que introduce el juez para salvar lagunas que afectan la consistencia axiológica del Derecho penal. Según esta acepción de la expresión, constituirían auténticas causas de justificación supralegal tanto las causas de justificación que tienen origen en el Derecho consuetudinario, como así también las gestadas gracias a lo que hoy se entiende por analogía *in bonam partem*. Según entiendo, en la actualidad defendería esta tesis Hans Ludwig GÜNTHER⁹⁷.

Un segundo sentido en el que se habla de *causas supraleales de justificación* se vincula exclusivamente con las causas de justificación que no provienen de la ley promulgada por el legislador. En especial, esta expresión aludiría a las causas de justificación que son reconocidas por las Constituciones y por los Tratados internacionales que recogen un sinnúmero de derechos

⁹¹ En este caso se analiza el castigo que le cabría a un sujeto por la participación en la muerte de un sargento que se sospecha que es espía, cfr. RGSt. T. 63, p. 215 y ss.

⁹² RGSt. T. 63, p. 218.

⁹³ RGSt. T. 63, p. 218.

⁹⁴ Siguiendo esta sentencia, entiende WACHINGER, en FRANK-FIS, I, p. 517, que el estado de necesidad del Estado podría verse como un *estado de necesidad justificante supralegal*, siempre y cuando sea éste el único medio posible para apartar de la comunidad el peligro que amenaza. Analizando la doctrina del RG sobre el estado de necesidad justificante supralegal en relación al estado de necesidad del Estado, JAHN, *Das Strafrecht*, pp. 284 y ss.

⁹⁵ RGSt. T. 63, pp. 226-227.

⁹⁶ Sobre el concepto de las causas supraleales de justificación, cfr. NOLL, *Übergesetzliche*, pp. 13-14, quien incluso advierte de los diversos requisitos que deberían concurrir para que puedan reconocerse estas justificaciones. La primera condición, la cual tiene un carácter formal, sería que la aceptación de una causas de justificación supralegal no suponga la derogación de un tipo penal por parte del juez (p. 13). Según una segunda condición, también de carácter formal, se exigiría que la causa de justificación supralegal se corresponda con una causa de justificación general tipificada, formulada de modo abstracto (p. 14). La tercera condición sería que se excluyan al momento de aceptar las causas de justificación supraleales razones de oportunidad; sólo cabrá considerar cuestiones de justicia material (p. 14). En cuarto y último lugar, la causa de justificación supralegal debería estar en armonía con los principios contenidos en la ley (p. 14).

⁹⁷ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 294 y ss.

fundamentales, cuyo ejercicio excluiría sin más la antijuridicidad de las conductas típicas⁹⁸. En este sentido, tales normas jurídicas de jerarquía superior complementarían el catálogo de circunstancias justificantes previstas por la ley. Desde esta perspectiva parecería comprensible que la eximente del ejercicio legítimo de un derecho desempeñe un importante papel para conectar las disposiciones legales con las consuetudinarias⁹⁹.

No faltan quienes, en tercer lugar, han asociado la idea de las causas de justificación supraleales con el Derecho consuetudinario¹⁰⁰. Los autores de este tercer grupo que actualmente se ocupan de las sentencias del RG y de la doctrina del estado de necesidad justificante supraleal, entienden que el tribunal se habría limitado tan sólo a dar soporte legal a una pauta que ya implícitamente regía en las interacciones sociales con carácter vinculante. De este modo, estas nuevas causas de justificación no habrían aparecido en virtud de la analogía o de la aplicación de algún principio, sino que sólo se daría estatus jurídico a una norma originada en el Derecho consuetudinario¹⁰¹.

Con todo, tras esta recopilación de los sentidos en los que puede aludirse a las «causas supraleales de justificación», conviene resaltar que estas aceptaciones se han distanciado significativamente del sentido originario con el que se aludía a las causas supraleales de justificación en la jurisprudencia del RG. Cuando este tribunal comenzó a reconocer a finales de los años 20' el estado de necesidad justificante supraleal e incluso acuñó esta expresión, lo hizo en un sentido concreto y bien definido. Como pudo apreciarse en el análisis jurisprudencial del RG, el estado de necesidad justificante supraleal se obtenía a partir del recurso al *principio de la ponderación de intereses*.

A mi modo de ver, el RG recurrió a este principio en su carácter de fundamento común de todas las causas de justificación y no como un principio que fundamenta únicamente al estado de necesidad. Si bien RG no aludían explícitamente en sus sentencias al carácter institucional del principio del interés preponderante, de un modo recurrente aparecen referencias en las sentencias relativas a que todas las causas de justificación beben del fundamento común que ofrece este principio. Además, entiendo que la jurisprudencia del RG reproduce la discusión que ya estaba abierta en la doctrina jurídico-penal de la época en torno al fundamento de las causas de justificación. El enfrentamiento entre los defensores de la teoría del interés preponderante y los de la teoría del fin se produce precisamente en el terreno de la fundamentación de la institución de la justificación, es decir, en el ámbito en el que se explican las ideas fundamentales y comunes que congregan a todas las causas de justificación. Por todo ello, no creo que resulte extraño señalar que el RG adoptó el principio del interés preponderante como fundamento común de todas las circunstancias justificantes, de modo que la expresión “causas supraleales de justificación” estaría claramente ceñida a las normas creadas analógicamente a partir de los principios institucionales.

D LAS CAUSAS SUPRALEALES DE JUSTIFICACIÓN COMO PRODUCTO DE LA ANALOGÍA *INSTITUTIONIS IN BONAM PARTEM*

1 Naturaleza del principio que fundamenta la creación de las causas supraleales de justificación y el “*principio del interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal*”

Como he sugerido al final del apartado anterior, es posible encontrar una clara proximidad entre el sentido en el que ha aludido el RG a las causas supraleales de justificación y la analogía *institutionis in bonam partem*. Del análisis jurisprudencial del RG se desprende que la creación judicial del estado de necesidad justificante supraleal se generó a partir del reconocimiento del principio del interés preponderante y en un contexto en el que este último principio servía de fundamento de todas las

⁹⁸ Sosteniendo este concepto de causas supraleales de justificación, MESTRE DELGADO, *La eximente*, pp. 19-20.

⁹⁹ MESTRE DELGADO, *La eximente*, pp. 146 y ss.

¹⁰⁰ En este sentido, WELZEL, *Das deutsche*, p. 23; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 327; FREUND, *AT*, § 3, n.m. 4, p. 63; CEREZO MIR, *PG*, I, p. 158. Pareciera opinar en sentido similar, MARX, *Grundprinzipien*, pp. 15-16.

¹⁰¹ Contrario a esta tesis, BERGENROTH, *Der übergesetzliche*, pp. 8-9.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

causas de justificación¹⁰². Siendo ello de este modo, no parece disparatado advertir la existencia de una fuerte conexión entre las causas supraleales de justificación y los principios institucionales de la justificación.

Justamente, en la exposición que sigue se pretende desarrollar esta idea que ya aparece en la jurisprudencia del RG, de considerar las causas supraleales de justificación como normas creadas judicialmente mediante la analogía *institutionis in bonam partem*. Esta idea aparece —hasta donde entiendo— solamente de un modo implícito en las sentencias del RG y por esta razón conviene aquí explicitar esta idea y explicar mejor cómo se trabaja con los principios institucionales en la creación de causas supraleales de justificación. En este punto, las sentencias del RG sirven de referencia para explicar el rol de la analogía *institutionis in bonam partem* en las causas de justificación. Pero además, sobre este material se vuelcan en este apartado consideraciones procedentes de la actual dogmática de las causas de justificación, las cuáles contribuyen a la explicación del *modus operandi* de los principios institucionales en la tarea judicial.

En este punto me interesa retomar algunas referencias vertidas en el capítulo segundo en relación a los principios institucionales¹⁰³. En aquel lugar, a los fines de clarificar el sentido en el que aludía a los principios institucionales del Derecho penal, expresaba que la identificación de los principios institucionales aparece conectada con la discusión entre las tesis monistas y pluralistas de la fundamentación de la justificación. Tanto unas como otras teorías buscaban dar con el principio o los principios que servirían de soporte a todas las causas de justificación.

Para las tesis monistas, las causas de justificación como unidad se fundamentan ora en el *principio de ponderación de bienes o intereses* o *principio de salvaguardia del interés preponderante* (teoría de la ponderación de bienes)^{104/105} ora en el *principio del medio para realizar un fin reconocido como valioso por el Estado* (teoría del fin)¹⁰⁶. El seguimiento de las tesis monistas implica entender que los fundamentos de las causas de justificación se reducen a un único principio¹⁰⁷. Además convendría entender que los principios o *rationes legis* que fundamentan las concretas causas de justificación representarían concreciones de este principio único que fundamenta el conjunto de circunstancias justificantes¹⁰⁸.

En cambio, para las teorías pluralistas no sería posible reducir el fundamento de todas las causas de justificación a un único principio¹⁰⁹, debido a que cada circunstancia reconocida legalmente se apoya en principios diferentes¹¹⁰. Así se dirá que el estado de necesidad defensivo se encuentra inspirado por los *principios de protección* y de *proporcionalidad*, al igual que el estado de necesidad agresivo

¹⁰² Destacando ello, WACHINGER, en FRANK-FS, I, pp. 494, 499; RATHCKE, *Das Güterabwägungsprinzip*, p. 4.

¹⁰³ Ver pp. 137 y ss.

¹⁰⁴ Favorables a esta tesis, Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 28; LENCKNER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, pp. 494 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, en RDPC (2000) 1, p. 204 y ss.; FREUND, AT, § 3, n.m. 4, p. 63; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 46; RUDOLPHI, en ARMIN KAUFMANN-GS, pp. 396-397, considerando, sin embargo, que sería necesario que sea concretado y que podría ser modificado y limitado por el principio de responsabilidad y el principio de primacía de los medios de coacción estatal. Antiguamente, JANSEN, *Pflichtenkollisionen*, pp. 23 y ss., en concreta referencia a la colisión de deberes; LENCKNER, *Der rechtfertigende*, p. 145-146. Según BERGENROTH, *Der übergesetzliche*, p. 22, el primero en reconocer la teoría de la ponderación de intereses o bienes habría sido MERKEL en su obra "*Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen*". Considerando insuficiente el principio de la ponderación de bienes, NOLL, ZStW (1965) 77, p. 9.

¹⁰⁵ Señalando que esta identificación entre los principios del interés preponderante y de ponderación de bienes ha llevado a equívocos, KÜPER, en JuS (1971) 9, p. 474.

¹⁰⁶ v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*²⁵, p. 178; SCHMIDT, en SJZ (1949), p. 565. Reconociéndole carácter regulativo a este principio (principio formal, del cual no puede extraerse ningún enunciado de decisión), HENKEL, en MEZGER-FS, p. 304.

¹⁰⁷ Entiende SCHMIDT, en ZStW (1929) 49, pp. 381-382, que la relación entre la teoría de la ponderación de bienes y la teoría del fin no es de tal modo que la primera es el género de la segunda, sino que la teoría del fin permitiría delimitar la teoría de la ponderación de bienes, esto es, que la ponderación de bienes debe tener lugar dentro del marco de la teoría del fin. Siguiendo de cerca los planteamiento de Eb. SCHMIDT, GRÜNHUT, en ZStW (1931) 51, p. 460.

¹⁰⁸ Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 7; RUDOLPHI, en ARMIN KAUFMANN-GS, p. 395, con especial referencia a los principios de la legítima defensa y el principio del interés preponderante. Conviene resaltar, sin embargo, que el RG (RGSt. 55, pp. 82 y ss.), al igual que parte de la doctrina de comienzos del siglo pasado, han rechazado que el principio de la ponderación de bienes se concrete en la legítima defensa; sólo se concretaría en lo que ellos entienden como *Unfügabwehr*, cfr. RATHCKE, *Das Güterabwägungsprinzip*, pp. 12 y ss.

¹⁰⁹ Haciendo frente a esta crítica, MOLINA FERNÁNDEZ, en RDPC (2000) 1, pp. 205 y ss.

¹¹⁰ Sustentan las teorías pluralistas, ROXIN, AT³, I, § 14, nn.mm. 42, 43, pp. 617-618 (sin embargo, con anterioridad mostraba cierta simpatía por las tesis monistas diferentes de las que apoyan el principio de interés preponderante, cfr. ROXIN, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 235); JESCHECK/WEIGEND, AT⁵, pp. 325-326; ESER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, pp. 48-49; JAKOBS, AT², Ap. 11, n.m. 3, p. 350; BALDÓ LAVILLA, *Estado*, pp. 44 y ss.

estaría sustentado en los *principios de poderación de bienes y de autonomía*¹¹¹. Del mismo modo, la legítima defensa se explicaría a partir de los *principios de protección y de confirmación del Derecho*¹¹².

Este marco conceptual sirve para comprender que en las sentencias del RG se había discutido el origen del *estado de necesidad justificante supralegal* dentro de los márgenes trazados por las tesis monistas, tomando finalmente partido por el *principio de ponderación de bienes o intereses*¹¹³. Esto quiere decir que el tribunal discutía tan sólo la posibilidad de reconocer un único principio que fundamentara todas las causas de justificación, ubicándose en un plano de abstracción superior al de los principios fundantes de las concretas justificantes¹¹⁴.

La pregunta esencial que emerge aquí tiene que ver con la naturaleza de este principio de ponderación de intereses, dado que la amplia formulación podría sugerir por sí sola diferentes alcances.

Por una parte, se podría pensar que el principio de ponderación de intereses es un mero principio racional básico que incluso no estaría conectado necesariamente con el Derecho, sino que sería considerado en todos los ámbitos de la filosofía práctica¹¹⁵. Cabría además conjeturar que estaríamos frente a un principio general del Derecho¹¹⁶ y, como tal, regir en todas las parcelas del ordenamiento jurídico con independencia del Derecho penal o de sus concretas instituciones¹¹⁷. Pero creo que finalmente cabe postular un tercer sentido en el que el principio de poderación de intereses tendería a ligarse principalmente con los fundamentos de todas las causas de justificación. En este último sentido podría reconocérsele naturaleza de *principio institucional*¹¹⁸. Hasta donde entiendo, este último sentido del principio de poderación de intereses es el que acoge el RG al justificar comportamientos mediante el estado de necesidad justificante supralegal.

Es necesario sacar a la luz que el RG en ninguna de sus sentencias ha explicitado la naturaleza del principio de la ponderación de intereses en el que sustenta su creación. Esta actitud ha merecido la crítica de Eb. SCHMIDT, especialmente en relación a la sentencia del 11 de marzo de 1927, en la que se justifica la interrupción del embarazo¹¹⁹. Inclusive, agrega que este defecto estaría presente igualmente en la sentencia del 20 de abril de 1928; sólo habría una vaga referencia a solucionar los casos conforme a la teoría de la ponderación de bienes jurídicos¹²⁰.

Pese a esta crítica esbozada por Eb. SCHMIDT, no creo que deje de ser posible rastrear a partir de las sentencias la posible naturaleza que el RG reconoce al principio de la ponderación de intereses. Late constantemente una idea concreta en cada una de las sentencias que aluden al reconocimiento del estado de necesidad justificante supralegal y, en especial, a las fuentes extralegales de las que se pueden extraer criterios para la exclusión de la antijuridicidad. Esta idea es la de conectar este principio con los fundamentos de la institución de la justificación y no directamente con los fundamentos de todo el Derecho¹²¹. Existe, por tanto, una indudable conexión entre el principio de la ponderación de intereses y la institución jurídico-penal de la justificación.

¹¹¹ ROXIN, *AT*⁴, I, § 14, n.m. 42, p. 618; *Schönke/Schröder*-LENCKNER/PERRON, § 32, n.m. 1.

¹¹² ROXIN, *AT*⁴, I, § 14, n.m. 42, p. 618; KÜHL, *AT*⁵, § 7, nn.mm. 8-10, pp. 103-104; RUNTE, *Die Veränderung*, p. 171; PERRON, *Rechtfertigung*, pp. 99-100. La legítima defensa descansaría sobre el principio del interés preponderante, pero tendría como principios más concretos al principio de protección y al principio de confirmación del Derecho, cfr. *Schönke/Schröder*-LENCKNER/PERRON, § 32, n.m. 1.

¹¹³ Concibe que también en nuestros días las causas de justificación supralegales aparecerían a partir del principio de la ponderación de intereses, *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 28.

¹¹⁴ Conviene recordar que HENKEL, en *MEZGER-F*⁵, p. 275, consideraba insatisfactorio resolver la cuestión de la admisión supralegal del estado de necesidad mediante el principio del interés preponderante, lográndose únicamente una adecuada limitación del deber de omitir o de actuar derivado de los tipos mediante la cláusula o principio de (in)exigibilidad.

¹¹⁵ Según entiendo, esta visión podría derivarse del rol que desempeña el principio de la ponderación de intereses en el razonamiento de MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC (2000)* 1, pp. 207 y ss., acentuando esta posición en EL MISMO, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-HM, p. 382; RATHCKE, *Das Güterabwägungsprinzip*, pp. 22 y ss.

¹¹⁶ En este sentido, AMELUNG, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 103; ROXIN, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 235.

¹¹⁷ Señala RATHCKE, *Das Güterabwägungsprinzip*, p. 2, que el principio de ponderación de bienes ha sido también considerado en el Derecho civil, especialmente en relación con los §§ 904 y 228 BGB.

¹¹⁸ Advierte BALDÓ LAVILLA, *Estado*, p. 44, que existirían principios de segundo nivel que fundamentan las causas de justificación y que se derivan de los principios generales de la autonomía del individuo y de la solidaridad intersubjetiva.

¹¹⁹ SCHMIDT, en *ZStW (1929)* 49, p. 362.

¹²⁰ SCHMIDT, en *ZStW (1929)* 49, p. 366.

¹²¹ Explícita esta idea, ROXIN, *AT*⁴, I, § 14, n.m. 13, p. 605.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Desde luego que esta vinculación entre el principio de la ponderación de intereses y la institución de las causas de justificación es implícitamente aceptada por los defensores de las tesis monistas, pese a que no se hable de principios *institucionales*¹²². Justamente este principio sería erijido como la razón fundamental de la que se derivan todas las causas de justificación concretamente reconocidas por el legislador. Es decir, que desde esta perspectiva todas las causas de justificación serían concreciones de este interés¹²³. Según esta doctrina y las sentencias del RG, el principio de la ponderación de intereses no constituiría el principio jurídico que fundamenta todo el Derecho o ni siquiera a otras instituciones jurídico-penales como la exculpación¹²⁴. Manifiestamente este principio tendría como finalidad servir de soporte teórico a todas las causas de justificación. En otras palabras, estaríamos ante un principio de carácter *institucional*.

Evidentemente es posible presentar objeciones a esta interpretación de la naturaleza del principio de la ponderación de intereses, más aún cuando su amplia redacción daría pie a que no suene disparatado entenderlo como un principio general del Derecho. Ciertamente podría verse que la configuración legislativa y la implementación judicial del Derecho en su conjunto están orientadas por el axioma de la ponderación de intereses. De manera que podría dudarse sobre si estamos en este caso ante un principio de naturaleza institucional, que se ligue solamente a las causas de justificación.

Sin perjuicio de que considero atendibles estas eventuales objeciones, no creo que convenga abandonar la tesis de la naturaleza institucional del principio de la ponderación de intereses si se quiere seguir el sentido genuino que este principio tuvo para el RG. Como resaltaba, el principio de la ponderación de intereses fundamenta al conjunto de causas de justificación tanto para el RG como para los sustentadores de esta variante de las tesis monistas. Si no me equivoco, en este principio se congregan todas las razones que llevan a excluir la antijuridicidad, pero no serviría para explicar la exclusión de la culpabilidad o de la pena. En otras palabras, este principio, como principio institucional que sería, estaría fuertemente ligado a las causas de justificación¹²⁵.

Otra cuestión diferente es el rótulo que se emplea para aludir a este principio que fundamenta las causas de justificación. De hecho, en los tiempos del reconocimiento del estado de necesidad justificante suprallegal se debatió arduamente sobre si el fundamento de las causas de justificación se hallaba en el principio de la ponderación de intereses o en el derivado de la teoría del fin. Esto explica que en su tiempo no estuvo claro cómo nombrar o catalogar al principio que se encontraba en la cúspide de todas las causas de justificación. En nuestros días, pese a que la discusión parece estar zanjada en favor del principio de la ponderación de intereses, no estoy convencido de que este rótulo empleado para describir al principio jurídico que fundamenta la institución de la justificación sea el más satisfactorio.

No creo que la expresión “*principio de la ponderación de intereses*” sea la más adecuada para aludir al principio institucional de las causas de justificación. Justamente esta expresión lleva a darle al principio un alcance prácticamente omnicompreensivo^{126/127}. Ciertamente la idea de ponderación de intereses o bienes representa el eje central de todas las causas de justificación. En este punto es totalmente acertada la formulación. Sin embargo, creo que sería necesario introducirle alguna caracterización que precise el ámbito en el que este principio es puesto a funcionar, esto es, en el ámbito de las causas de justificación.

Entiendo que sería preferible hablar del “*principio de la realización de un interés frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal*” antes que del principio de la ponderación de intereses para aludir al

¹²² Cfr. LENCKNER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, pp. 496-495.

¹²³ Cfr. *Schönke/Schröder*⁷⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 28; MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC (2000)* 1, pp. 208-210.

¹²⁴ Por este motivo rechaza con razón WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, p. 482, la sentencia del RG del 31 de enero de 1929 (cfr. RGSt. T. 63, p. 34) en la que se entiende que el *estado de necesidad justificante suprallegal* se derivaría también de la regulación del estado de necesidad disculpante contenida en el § 54 RStGB. Igualmente, defiende GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 329 la imposibilidad de que una laguna que afecta a las causas de justificación sea colmada a partir de una norma judicial que tome como referente a una causa de exculpación.

¹²⁵ Parecería entender que el principio que fundamentaría las causas de justificación sería, sin embargo, un principio general del Derecho más que un principio institucional, OTTO, *AT* 7, § 8, n.m. 241, p. 152.

¹²⁶ Con mayor razón es extensible esta crítica al nombre “*principio de la ponderación de valores*” que NOLL, *ZStW (1965)* 77, pp. 9 y ss., emplea para nombrar a este principio institucional.

¹²⁷ Precisamente, RATHCKE, *Das Güterabwägungsprinzip*, p. 26 y ss., rechazaba la posibilidad de una limitación terminológica del nombre del principio, por considerar necesario que se mantenga esa pretensión omnicompreensiva.

principio institucional de la justificación¹²⁸. Incluso, cuando mediante ambos estaría siendo denotado un mismo principio, fundamentador de todo el sistema de causas de justificación, creo que, en pos de la claridad conceptual, conviene precisar más el nombre que se utiliza para designar al principio fundante de la institución.

Cabe decir del *principio del interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal* que constituye tan sólo un simple cambio de nombre, pero que permite designar con mayor precisión a qué estamos queriendo aludir. En este sentido, el *principio del interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal* sería la expresión de la razón que sustenta a todas las circunstancias justificantes. Tanto las concretas reglas justificantes reconocidas por el legislador, como así también los principios que sustentan a éstas, serían concreciones de este principio institucional que se presentan en niveles diversos¹²⁹.

2El principio de la realización de un interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal y la creación de las causas supralegales de justificación mediante la analogía *institutionis in bonam partem*

Una vez precisado que cuando se habla del principio de la ponderación de intereses se quiere aludir a un principio que fundamenta todas las causas de justificación y con ello al *principio del interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal*, es conveniente puntualizar el proceso mediante el cual se crea la causa de justificación supralegal.

Puesto que el *principio del interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal* tiene una naturaleza institucional, parece lógico pensar —siguiendo los postulados metodológicos defendidos en este trabajo— que exista una conexión con la analogía *institutionis in bonam partem*. Esta proximidad queda evidenciada principalmente cuando es posible constatar la similitud entre los casos genéricos regulados por la institución jurídico-penal de la justificación mediante este principio. Igualmente, el *principio del interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal* desempeña un papel esencial a la hora de construirse judicialmente la norma que colmará la laguna axiológica.

Con anterioridad señalaba que una primera tarea que desempeñan los principios institucionales en la analogía *institutionis in bonam partem* es la de establecer la razón de semejanza. Ello quiere decir que estos principios hacen posible juzgar al caso genérico afectado por la laguna como análogo o no-análogo en comparación con los regulados por la ley. En especial, la consecuencia que se deriva de que un caso afectado por una laguna axiológica se encuentre cubierto por el principio institucional es que existirá una analogía entre este caso y los regulados por la institución jurídico-penal de la justificación.

En las causas supralegales de justificación, una vez detectados los casos afectados por lagunas axiológicas y asumida la opción de integrar el Derecho penal a partir de la analogía *in bonam partem*, cabe analizar la *analogicidad* entre los diferentes casos genéricos. Para desarrollar esta tarea, el juez deberá ampararse en el *principio del interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal* y, a partir de él, analizar si el caso afectado por la laguna es abarcado por este principio. Si efectivamente el principio lo comprende, podrá concluirse que los casos regulados en la institución de la justificación son análogos al que merece ser integrado. En el supuesto de la interrupción del embarazo, se entendió que el principio fundante de las causas de justificación regía también en estos casos y, en virtud de ello, se crea la justificación a partir del *estado de necesidad justificante supralegal*. Vemos de este modo que la similitud entre los casos afectados por una laguna axiológica y los que no lo están, es marcada por el principio institucional de la justificación.

Una segunda tarea relevante que desempeña el principio institucional en la analogía *institutionis in bonam partem* tiene lugar en el momento en el que el juez se dispone a crear la causa de justificación.

¹²⁸ Conviene resaltar que se alude al prevalecimiento de un interés “frente” a un mandato o una prohibición jurídico-penal y no “conforme” a un mandato o una prohibición jurídico-penal, dado que entiendo que la norma primaria es el resultado de la confluencia de la prohibición o mandato y la causa de justificación.

¹²⁹ Entiende RUNTE, *Die Veränderung*, pp. 264-266, que este principio fundamentador de las causas de justificación debería cristalizar intereses supraindividuales, lo que vendría a reforzar los aspectos preventivos en las consideraciones sobre la exclusión supralegal de la antijuridicidad.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Aquí el juez tomará como molde para su creación al mentado principio que sirve de respaldo a todas las causas de justificación. Por esta razón también podrá decirse que la causa de justificación creada mediante la analogía representa una concreción del principio institucional de las causas de justificación.

Volviendo al ejemplo de la interrupción justificada del embarazo, puede observarse que la norma de origen judicial del *estado de necesidad justificante supralegal* es una concreción del *principio del interés preponderante frente a un mandato o prohibición jurídico-penal*. El RG asume explícitamente que esta norma se deriva del principio de la ponderación de intereses, el cual fundamentaría a todas las causas de justificación. Considerando las reflexiones previamente vertidas sobre el problema terminológico, queda claro que la decisión creadora del juez se sustentó o tomó como modelo un principio institucional.

III ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* Y DEBERES DE TOLERANCIA: MODELOS TEÓRICOS QUE BUSCAN LA ARMONIZACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A INTRODUCCIÓN

El presente apartado tiene por objetivo analizar en detalle cómo entiende la doctrina jurídico-penal que es posible armonizar las exigencias derivadas del principio de legalidad con la creación de deberes de tolerancia que tiene lugar cuando el juez acude a la analogía *in bonam partem*. En este caso profundizaré algunas ideas que ya aparecieron al inicio de este capítulo cuando abordaba el estado actual de la discusión en relación a la analogía en las causas de justificación.

Es importante aclarar que si bien el punto neurálgico del análisis se referirá a las propuestas de solución de este inconveniente de legalidad reseñado, también profundizaré en el modelo general que estas posturas ofrecen para entender el papel de la analogía en las causas de justificación. Según mi parecer, sólo así será posible comprender cabalmente los aportes que acerca la discusión contemporánea a este problema.

B LA CREACIÓN JUDICIAL DE DEBERES DE TOLERANCIA COMO AMPLIACIONES INDIRECTAS DE LA PUNIBILIDAD, INOFENSIVAS PARA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (DOCTRINA DOMINANTE)

La doctrina dominante ha intentado defender la compatibilidad de la analogía *in bonam partem* y la producción judicial de deberes de tolerancia con el principio de legalidad, postulando una interpretación restrictiva de éste último. Hasta donde entiendo, la doctrina dominante ha seguido especialmente en este punto los planteamientos que en su tiempo hizo HIRSCH¹³⁰. De ahí que buena parte de las discusiones que se encuentran en los manuales y comentarios giran alrededor de las ideas de este penalista.

Antes que nada debe entenderse que el loable objetivo de HIRSCH y de la doctrina dominante consiste en desarrollar su concepción sin subordinarse ni a la tesis de la vigencia absoluta de la prohibición de la analogía en la justificación, ni a la tesis contraria que elimina por completo esta prohibición en las disposiciones que benefician al autor del delito¹³¹. Esto es lo que le permitirá a HIRSCH fundamentar coherentemente la posibilidad de admitir la analogía en las causas de justificación con ciertos límites. En su pensamiento juega un papel destacado la distinción entre dos clases de

¹³⁰ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 313 y ss.

¹³¹ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 319 y ss. (aunque mostraría algunas contradicciones con esta idea en p. 317); LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 35; *Schünke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 68; ERB, en *ZStW* (1996) 108, p. 271.

analogía: la analogía *extensiva* y la analogía *restrictiva*¹³². Pero una de las piezas principales de esta construcción es también la distinción entre causas de justificación penales y las causas de justificación extrapenales¹³³.

La analogía *extensiva* sería aquella que importa la creación judicial de una causa de justificación¹³⁴. Dicho con otras palabras, la analogía sería *extensiva* cuando el juez recurre a este mecanismo para incorporar al sistema de causas de justificación una nueva circunstancia que excluya la antijuridicidad de una conducta típica. Esta clase de analogía no debería ser prohibida ya que redundaría en beneficio del delincuente, en cuanto excluiría el carácter injusto de una acción y de este modo reconocería un derecho de necesidad¹³⁵.

Cuando este grupo de autores avala el empleo de la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación, desde luego que no pasan por alto el problema que se plantea al tener que admitir deberes de tolerancia por vía judicial. El recurso que emplean para hacer posible la compatibilidad de esta restricción de las posibilidades de defensa legítima y el principio de legalidad es proponer una determinada interpretación de este principio. De este modo, quedaría proscripto en el Derecho penal tan sólo un sentido determinado de la ampliación de la punibilidad.

Se entiende que cabría distinguir entre aquellas ampliaciones de la punibilidad realizadas por el juez que tienen carácter *directo* o *inmediato* y las que sólo lo hacen de modo *indirecto* o *mediato*¹³⁶. Las primeras ampliaciones tendrían lugar cuando el juez directamente considera típica una conducta que antes no lo era o cuando agrava el castigo de un comportamiento prohibido sin basarse en las circunstancias previstas por la ley. En cambio, las ampliaciones *mediatas* de la punibilidad se presentarían cuando el juez solamente priva de un derecho al sujeto y a partir de ahí su actuación típica deja de estar justificada¹³⁷. La consecuencia fundamental de esta distinción es que el principio de legalidad tan sólo prohibiría las *ampliaciones directas* de la punibilidad mientras que las *ampliaciones indirectas* serían toleradas¹³⁸.

Precisamente, la ampliación de la punibilidad que supondría privar a terceros del derecho de defensa frente a acciones justificadas por analogía *in bonam partem* se produce sólo de modo indirecto. Precisa en este sentido HIRSCH que “no es que la regulación de la legítima defensa, de cuya aplicación a un tercero se trata, sea restrictivamente interpretada, sino que la extensión de uno de los requisitos que la configuran no permite aplicarla”¹³⁹. Esto quiere decir que las ampliaciones de esta clase no afectarían al principio de legalidad y, por ende, pondría a salvo el recurso a la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación de las dudas sobre su compatibilidad con el principio *nulla poena sine lege*¹⁴⁰. Justamente, entiende HIRSCH que sería exagerado prohibir al juez crear por analogía nuevos tipos permisivos como consecuencia de que se produce una limitación en la libertad, que sólo tiene carácter indirecto¹⁴¹.

De este modo puede verse que la salida que la doctrina dominante encuentra al problema del efecto *in malam partem* que se generaría con la creación judicial de causas de justificación es partir de considerar estas ampliaciones de la punibilidad como no alcanzadas por el principio de legalidad. Este postulado constitucional sólo buscaría mantener a salvo al ciudadano de aquellas actuaciones judiciales tendientes a crear nuevos delitos y circunstancias agravantes.

Por último, resta explicitar las reglas que regirían en el ámbito de la analogía *restrictiva*. Aquí el recurso a la analogía tendría la función de acotar el campo de aplicación de una causa de justificación

¹³² HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 316-317.

¹³³ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 319.

¹³⁴ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 317-318.

¹³⁵ En este sentido, *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25; HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 317-318; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 36; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 65.

¹³⁶ Reconociendo esta distinción, SUPPERT, *Studien*, p. 297; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 65; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 36; HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 317-318; KÜDLICH, *Die Unterstützung*, pp. 265-266; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 103.

¹³⁷ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 318; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 103.

¹³⁸ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 318. Próximo a ello, HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 103-104.

¹³⁹ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 318.

¹⁴⁰ En este sentido, HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 317-318; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 36; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 36; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 103-104; *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25.

¹⁴¹ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 317-318.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

más allá de su tenor literal¹⁴². Justamente es aquí donde se derivarían consecuencias diferentes en relación a la vigencia de la prohibición de analogía, según las causas de justificación sean penales o extrapenales.

En el caso de que las causas de justificación se encuentren en la legislación penal, la analogía *restrictiva* debería rechazarse, de modo que toda restricción de este tipo debería producirse por vía legislativa y no por vía judicial¹⁴³. Algo diferente, en cambio, opina HIRSCH respecto a las causas de justificación contenidas en otras ramas del Derecho. En estos casos la prohibición de analogía no alcanzaría a estas normas porque el principio de legalidad no regiría en el ámbito de donde provienen¹⁴⁴.

CLAS CAUSAS DE JUSTIFICACION CREADAS POR ANALOGÍA COMO CAUSAS AUTÉNTICAS DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO PENAL (GÜNTHER)

Puede decirse que en el conocido escrito de habilitación de Hans-Ludwig GÜNTHER “*Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*” es posible hallar el primer intento dogmático de abordar sistemáticamente la analogía *in bonam partem*. Si bien el objetivo principal de la obra es fundamentar la existencia de una antijuridicidad exclusivamente penal, en la sección referida a las cuestiones metodológicas de las causas de exclusión del injusto penal se aboca con cierto detalle a analizar aquellas causas de justificación que no estarían reconocidas por el legislador alemán¹⁴⁵. En esa ocasión explica el método que podría seguir el juez para reconocer la existencia de lagunas en el sistema de causas de justificación¹⁴⁶, como así también el tipo de analogía que se emplea para colmarlas¹⁴⁷. Estas son razones más que suficientes para reconocerle un gran valor a este trabajo, pese a las inconsistencias que pueden detectarse y a la precariedad sistemática que tiene el tratamiento de la analogía¹⁴⁸.

El análisis del papel que desempeña la analogía *in bonam partem* en la obra de Hans-Ludwig GÜNTHER no puede independizarse de la estructuración que otorga el autor al sistema de causas de justificación ni de los postulados metodológicos que sigue en relación a la interpretación, aplicación e integración del Derecho penal. En concreto, mantiene una tesis diferenciadora de causas de justificación, según la cual no todas las causas de justificación tendrían los mismos efectos¹⁴⁹. Por otro lado, en lo que respecta a las cuestiones metodológicas, estructura la *Strafrechtsfindung* o la identificación del Derecho penal en tres niveles diferentes.

Entiende GÜNTHER que el sistema de causas de justificación no está conformado por normas que desempeñan funciones idénticas en la exclusión de la antijuridicidad¹⁵⁰. Al contrario, sería posible distinguir entre aquellas causas de justificación que representan una aprobación de la conducta típica —esto es, una *autorización*—, de aquellas otras que tan sólo excluirían el indicio de antijuridicidad que importaba la realización del tipo¹⁵¹. Al primer grupo de causas de justificación, y que tendrían un papel más bien excepcional en el Derecho penal, lo conformarían las *causas no auténticas de exclusión del injusto penal*¹⁵². Entre ellas sería posible reconocer al estado de necesidad jurídico-penal (§ 34 StGB) y a la legítima defensa (§ 32 StGB)¹⁵³. Mientras que las circunstancias que excluyen el indicio de

¹⁴² HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 319.

¹⁴³ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 319 y ss.

¹⁴⁴ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 327 y ss.

¹⁴⁵ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 281 y ss.

¹⁴⁶ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 292 y ss.

¹⁴⁷ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 325 y ss.

¹⁴⁸ Sobre las críticas al modelo de GÜNTHER volveré en III E1

¹⁴⁹ Analizando en detalle las propuestas de GÜNTHER en este ámbito, cfr. DIEZ RIPOLLES en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, pp. 88 y ss.

¹⁵⁰ GÜNTHER, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, pp. 48 y ss. Cabe recordar aquí que una de las principales críticas que se formularía contra el sistema de causas de exclusión del injusto penal diseñado por GÜNTHER, es la que sostiene que con ella se borraría la distinción entre la exclusión del injusto por un lado y la exculpación y la exclusión personal de la pena por el otro, cfr. HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 324; ROXIN, en *OEHLER-FS*, pp. 182-183.

¹⁵¹ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 256-257.

¹⁵² GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 259; *EL MISMO*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 395.

¹⁵³ En realidad, los §§ 32 y 34 StGB no harían otra cosa que reconocerle efectos permisivos a estas dos justificantes que ya estaban reconocidas en otras normativas extrapenales, cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 303-304, 308.

antijuridicidad y, con ello, el merecimiento de pena, serían las *causas auténticas de exclusión del injusto penal*¹⁵⁴ y contarían con la salvaguardia de un interés legítimo (§ 193 StGB), las situaciones análogas al estado de necesidad¹⁵⁵ y las indicaciones del § 218 StGB¹⁵⁶.

La principal consecuencia que GÜNTHER deriva de esta distinción se conecta con la existencia de deberes de tolerancia. Puesto que las *causas no auténticas de exclusión del injusto penal* representarían una autorización del comportamiento, ellas otorgarían un derecho de injerencia al autor del comportamiento típico y un correlativo deber de tolerar a terceros¹⁵⁷. En cambio, la situación sería marcadamente distinta en las *causas auténticas de exclusión del injusto penal*. En este caso, sólo se consideraría al hecho *no merecedor de pena* —no así autorizado— con lo que el afectado por la situación justificante sólo dejaría de ser castigado y mantendría intacta la órbita de libertad de terceras personas¹⁵⁸. En consecuencia, solamente existirían deberes de tolerancia en relación a las *causas no auténticas de exclusión del injusto penal*¹⁵⁹.

Ya en lo que respecta a las premisas metodológicas que asume GÜNTHER, es necesario partir de la distinción que el autor hace en relación a la identificación del Derecho (*Rechtsfindung*): *secundum legem, praeter legem* y *contra legem*. La identificación del Derecho *secundum legem* se conecta con cuestiones interpretativas y de concreción de la norma, mientras que la identificación del Derecho *contra legem* asumiría la tarea de la corrección de la ley¹⁶⁰.

Frente a la posibilidad de dar reconocimiento jurídico a nuevas causas de justificación tendría un papel destacado la identificación del Derecho *praeter legem*. Justamente en esta etapa se procedería a integrar las lagunas legales¹⁶¹. La integración de estas lagunas legales tendría lugar básicamente a partir de la analogía *legis* o legal, la analogía *iuris* o del Derecho¹⁶² y, por último, gracias al recurso a principios generales del Derecho y a los valores constitucionales¹⁶³.

Asimismo, concibe el autor que, para que sea posible acudir a la analogía, deben darse ciertos presupuestos: a) *debería existir una laguna de regulación*; b) *la integración de la laguna de regulación existente no debe contradecir la decisión del legislador histórico*; c) y, por último, *ninguna reserva de ley debe oponerse a la conformación del Derecho judicial que excluye el injusto penal*¹⁶⁴. Entiende que la identificación de las lagunas de regulación tendría lugar una vez que se hayan consultado las finalidades que respaldan a la institución de la exclusión de la antijuridicidad penal¹⁶⁵. En tanto que las lagunas deben ser en verdad vacíos de los que haya sido consciente el legislador y no se haya opuesto a que sean colmadas ulteriormente¹⁶⁶. Finalmente, el principio de legalidad no debería oponerse a esta conformación del Derecho judicial¹⁶⁷. Esto último es algo sumamente importante en el razonamiento de GÜNTHER, pero justamente lo que busca es evitar que la creación de causas de justificación por analogía tenga el *efecto-reflejo* de generar extralegalmente deberes de tolerancia y así caer en una analogía *in malam partem*.

La confluencia del sistema de causas de justificación con las precedentes pautas metodológicas le permite a GÜNTHER llegar a concretas conclusiones sobre la admisión de causas de justificación no reconocidas por el legislador. De hecho, entiende que aun cuando la legislación alemana posterior a 1975 es mucho más generosa que la anterior en relación al reconocimiento de causas de justificación,

¹⁵⁴ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 259 y ss.

¹⁵⁵ Crítico frente al reconocimiento de efectos justificantes a estas situaciones, ROXIN, en OEHLER-FS, pp. 181 y ss. Considerando que estas situaciones serían cubiertas en España por la eximente incompleta y por la atenuante de análoga significación, DIEZ RIPOLLES en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, p. 124.

¹⁵⁶ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 309 y ss.

¹⁵⁷ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 307.

¹⁵⁸ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 259-260.

¹⁵⁹ Puede encontrarse una distinción similar entre grupos de causas de justificación, aunque con efectos no del todo coincidentes, ya en la obra de NOLL, *Übergesetzliche*, p. 48: *causas de justificación según una valoración objetiva y causas de justificación según la valoración del afectado o lesionado (Verletzten)*.

¹⁶⁰ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 283.

¹⁶¹ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 283.

¹⁶² Debe destacarse que GÜNTHER emplea la expresión analogía *iuris* en el sentido de analogía *institutionis*, en cuanto el argumento se sustentaría en “*la ratio de una pluralidad de causas legales de exclusión del injusto penal*”, cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 294-295.

¹⁶³ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 294-295.

¹⁶⁴ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 294.

¹⁶⁵ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 296.

¹⁶⁶ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 297.

¹⁶⁷ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 298-299.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

todavía existiría una serie de circunstancias justificantes que quedarían por admitir. Entre ellas incluye al consentimiento jurídico-penal, al consentimiento presunto y al derecho de corrección de los padres y los maestros¹⁶⁸. Además, reconoce un destacado papel a las situaciones análogas al estado de necesidad (*notstandsähnliche Lage*)¹⁶⁹ y niega efectos excluyentes del injusto penal a la situación análoga a la legítima defensa (*notwehrähnliche Lage*)^{170/171}.

Todas estas circunstancias que el legislador alemán no habría previsto en el StGB y que aparecerían en el sistema gracias al Derecho judicial ampliarían el elenco de las causas auténticas de exclusión del injusto penal¹⁷². Ello significa que todas las causas de exclusión del injusto penal extralegales y que aparecerían mediante la analogía *in bonam partem* constituirían tan sólo motivos que excluyen el merecimiento de pena de la conducta y el indicio de antijuridicidad que importaba la realización del tipo. Como consecuencia, la esfera de terceros, víctimas de la acción justificada, quedaría intacta al no encontrarse obligado a tolerar la injerencia. De este modo, estas causas construidas *praeter legem* no generarían deberes de tolerancia¹⁷³.

Más allá de que todas estas causas de justificación procederían del Derecho judicial, el proceso argumentativo estaría diferenciado por el material que emplea el juez. Mientras que el grupo de causas que excluyen el injusto penal, que congrega a las modalidades reales y presuntas del consentimiento y al derecho de corrección de los padres y los maestros, aparece a partir de la *ratio* de la pluralidad de causas de justificación¹⁷⁴, la situación análoga al estado de necesidad tomaría como base la *ratio* del § 34 StGB¹⁷⁵. Empleando otros términos, el primer grupo tendría reconocimiento judicial gracias al significado que GÜNTHER asigna a la analogía *iuris*, mientras que las situaciones análogas al estado de necesidad surgirían por medio de la analogía *legis*, tomando como base la disposición del estado de necesidad.

Las situaciones análogas al estado de necesidad desempeñan un papel interesante en la obra de GÜNTHER dentro del marco de la exclusión del injusto penal *praeter legem*. Bajo este rótulo, se agruparían la colisión de deberes excluyente de la antijuridicidad penal, el estado de necesidad bajo coacción (*Nötigungsnotstand*), ciertos excesos en la legítima defensa y a las defensas preventivas¹⁷⁶. El común denominador de estas circunstancias es la ausencia de algún requisito que impide la concurrencia de la justificante regulada legalmente, lo cuál, sin embargo, no impide que el hecho carezca de merecimiento de pena¹⁷⁷. Ello explicaría que, al faltar algún requisito del estado de necesidad o de la legítima defensa, el hecho ya no sería justificado gracias a una causa no auténtica de exclusión del injusto penal sino mediante una auténtica.

Como corolario se desprende que todas estas causas de justificación de origen judicial constituirían causas que solamente excluyen el merecimiento de pena y no supondrían una autorización que acarrea un derecho de injerencia¹⁷⁸. Por esta vía se salvaría el problema que supone que las causas de exclusión del injusto penal creadas por analogía amplíen espacios de libertad para el afectado, pero los restrinjan en relación a los terceros que estarían obligados a tolerar semejante actuar.

¹⁶⁸ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 347 y ss.

¹⁶⁹ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 326 y ss.

¹⁷⁰ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 324-326. Coincidentemente, ROXIN, en *OEHLEDER-FS*, pp. 189-190. De otra opinión, SUPPERT, *Studien*, pp. 75-76, 381, quien incluso señala que se hace necesario extender por analogía la regulación de la legítima defensa a la *notwehrähnliche Lage*.

¹⁷¹ Me parece sumamente importante destacar que la referencia a la *notwehrähnliche Lage* no se inicia con la obra de Hans-Ludwig GÜNTHER. Como indica SUPPERT, *Studien*, pp. 65 y ss., la discusión sobre esta situación análoga a la legítima defensa se abre con la sentencia del BGH del 20 de mayo de 1958, en la que se justifican unas grabaciones secretas, pese a que se afectaba con ellas un derecho personalísimo protegido por la GG. El BGH justifica esta actuación estatal, por tratarse de una "situación análoga a la legítima defensa". Pese a que SUPPERT, *Studien*, p. 66 entiende que se trata de una aplicación analógica del § 53 RStGB (legítima defensa), no acabaría de quedar claro en la sentencia si estamos frente a una aplicación analógica de la legítima defensa o si se trata de una causa de justificación independiente que aparece a partir de otros medios.

¹⁷² GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 324.

¹⁷³ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 327, 348-349, 351-352, 355 y ss. Criticando esta solución, ROXIN, en *OEHLEDER-FS*, pp. 184-185; RUDOLPHI, en *ARMIN KAUFMANN-GS*, p. 375.

¹⁷⁴ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 348-349, 351-352, 354-356.

¹⁷⁵ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 327.

¹⁷⁶ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 331 y ss.

¹⁷⁷ Enfatiza aquí GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 327 y ss., que la ausencia del requisito no debería hacer que el hecho pierda la falta de merecimiento de pena. Esto parecería obvio, más aun si se considera que no podría tener lugar la justificación de una conducta mediante la aplicación analógica de una norma, cuando este hecho no sería bajo ningún aspecto alcanzado por la *ratio* de la norma y caería el requisito de la semejanza.

¹⁷⁸ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 324.

En este sentido, las *notstandsähnliche Lagen* vendrían a engrosar el grupo de causas auténticas de exclusión de la antijuridicidad penal y, por ende, de ellas no se originarían deberes de tolerancia¹⁷⁹.

Las ejemplificaciones comprendidas dentro de la situación análoga al estado de necesidad serían casos de analogía *legis*, dado que se extendería analógicamente el § 34 StGB que regula el estado de necesidad justificante¹⁸⁰. Ello sucede incluso en relación a ciertos excesos en la legítima defensa y a las defensas que no son actuales. Podría pensarse que en estos últimos casos se debería aplicar analógicamente el § 32 StGB, que recoge la legítima defensa en lugar del § 34. Sin embargo, esta posibilidad es negada expresamente por GÜNTHER dado que considera que estas situaciones no podrían ser comprendidas por una de las finalidades de la legítima defensa, la *confirmación del ordenamiento jurídico*¹⁸¹. En cambio, este complejo de situaciones sí sería alcanzado por las finalidades del estado de necesidad y de ahí que se aplique por analogía el § 34 StGB¹⁸².

Finalmente, complementa GÜNTHER¹⁸³ su argumentación y subraya que “*la causa auténtica de exclusión del injusto penal de la «situación análoga al estado de necesidad» tendría apoyo en el tenor literal del § 34 StGB*”(1)¹⁸⁴. Ello se derivaría de las expresiones utilizadas por el legislador penal “*preponderante o por lo menos de igual valor*” y “*especialmente en caso de equivalencia de los intereses que entran en conflicto*”¹⁸⁵.

D SOLUCIÓN DEL DOBLE RECURSO A LA ANALOGIA *IN BONAM PARTEM* (KUDLICH)

Quien también ha prestado especial atención al papel que le cabe a la analogía en las causas de justificación es Hans KUDLICH. En su relativamente reciente escrito de habilitación dedica un espacio a analizar los problemas que se derivan del reconocimiento de causas de justificación de origen extralegal¹⁸⁶. Pese a que el espacio que dedica es ciertamente pequeño, en dos apretadas páginas se condensan ideas sumamente interesantes.

Los planteamientos de KUDLICH al respecto tienen lugar en el marco de un análisis sobre la medida en que las exigencias derivadas del principio de legalidad son extensibles a las causas de exención de pena (*Straffreistellungsgründe*). Bajo el rótulo *Straffreistellungsgründe* abarca tanto a las excusas absolutorias, como también las causas de justificación y de exculpación. En concreto, muestra su escepticismo frente a la extendida opinión de que el principio de legalidad no tendría ningún tipo de papel en estos supuestos y en donde el juez sólo contaría con el límite constitucional de no decidir abiertamente *contra legem* (art. 97 GG)¹⁸⁷. Por esta misma razón entiende, por ejemplo, que no sería adecuado excluir frente a las *Straffreistellungsgründe* las exigencias de taxatividad.

La principal cuestión que preocupa a KUDLICH es ver de qué modo es posible solucionar el problema derivado de reconocer por analogía *in bonam partem* una causa de justificación y con ello privar a la otra parte implicada de su derecho de defensa¹⁸⁸. La justificación de un comportamiento a partir del material normativo no escrito haría que el titular de los bienes afectados por esta injerencia justificada no pudiese defenderlos oponiendo una legítima defensa, dado que la agresión no sería

¹⁷⁹ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 330.

¹⁸⁰ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 327.

¹⁸¹ Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 325-326, para quien serían entonces estos supuestos casos análogos al estado de necesidad defensivo. Rechazando también la posibilidad de aplicar por analogía el § 32 StGB a defensas preventivas, KÜHL, *AT*⁵, § 7, n.m. 42., pp. 115-116; *Schönke/Schubert-Lenkner/Perron*, § 32, n.m. 17; *NK²/Herzog*, § 32, n.m. 32.

¹⁸² GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 337-338. Cuestiona que estos casos se solucionen por una aplicación analógica del § 34 StGB, cuando perfectamente serían alcanzados por el estado de necesidad sin necesidad de acudir a la analogía *in bonam partem*, ROXIN, en *OEHLER-FS*, p. 190.

¹⁸³ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 329.

¹⁸⁴ Como señalaré más adelante, esta sería una clara incoherencia de GÜNTHER, dado que si esta causa de justificación encuentra sustento en el § 34, entonces no habría ninguna laguna que deba colmarse por analogía *in bonam partem*.

¹⁸⁵ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 329.

¹⁸⁶ KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 265 y ss.

¹⁸⁷ KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 265.

¹⁸⁸ KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 266.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

*ilegítima*¹⁸⁹. En definitiva, la excensión de pena que tendría lugar gracias a la creación judicial de una causa de justificación fundamentaría una limitación en la esfera de libertad del otro implicado¹⁹⁰.

Sin embargo, pese a que el autor no niega el carácter problemático de esta cuestión, considera dudoso que se trate de una cuestión que involucre directamente al art. 103 II GG. Más bien, entiende que una tal restricción de los derechos de necesidad sería sólo un “reflejo” que no se encontraría abarcado por el principio de legalidad, dado que éste sólo alcanzaría a la constitución de los requisitos de la punibilidad¹⁹¹. En este punto, a mi modo de ver, habría cierta proximidad con la tesis defendida por HIRSCH, según la cual el principio de legalidad sólo abarca extensiones directas de la punibilidad y no las indirectas, como las producidas a partir de la privación de un derecho de defensa¹⁹².

Sin perder de vista la complejidad que envuelve al asunto, KUDLICH ensaya una solución posible de esta controversia, que vendría de la mano de autorizar al juez a justificar también por analogía las eventuales infracciones a los deberes de tolerancia¹⁹³. La justificación suprallegal a la que acude el juez en el primer caso, legitimaría la ingerencia del necesitado e impediría que la contraparte pueda defenderse legítimamente. En tal caso, en la solución del problema vendría “*quedando desatendida la ampliación no escrita de la causa de justificación del primer implicado en relación el segundo implicado frente a la constatación de la antijuridicidad como presupuesto de la legítima defensa*”¹⁹⁴. El juez podría, por tanto, ampliar análogamente la legítima defensa a casos en los que faltaría el requisito de la agresión ilegítima¹⁹⁵. De este modo, el juez debería justificar igualmente a partir de la analogía *in bonam partem* a aquella persona que se ha defendido frente a una agresión devenida legítima recién a partir de la previa justificación suprallegal.

ETOMA DE POSTURA

1 Crítica a las tesis anteriores

1. Pese a que en muchos aspectos estoy plenamente de acuerdo con los planteamientos de HIRSCH y la doctrina mayoritaria, de Hans-Ludwig GÜNTHER y de KUDLICH, existen otros en los que creo que conviene apartarse, dado que en caso de seguirse sólo se llegaría en la práctica a resultados insatisfactorios. En concreto, las críticas frente al esquema conceptual aportado por la doctrina dominante se concentran en una interpretación de las exigencias del principio de legalidad que me parece inconsistente y que además sería en algunos puntos contradictoria con las conclusiones a las que aquélla llega¹⁹⁶. En relación al modelo de Hans-Ludwig GÜNTHER, las críticas tendrán principalmente como blanco dos cuestiones que harían a su postura incoherente con sus propios puntos de partida metodológicos y con su concepto de analogía. En cambio, las críticas esgrimidas frente al modelo de Hans KUDLICH se conectan principalmente con algunas consecuencias poco deseables que tendrían lugar en la praxis y para su modelo de legalidad.

2. Para empezar no parece convincente la interpretación que se hace del principio de legalidad y que permitiría derivar consecuencias diferentes según que la ampliación de la punibilidad tenga lugar

¹⁸⁹ KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 266.

¹⁹⁰ KUDLICH, *Die Unterstützung*, pp. 265-266.

¹⁹¹ KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 266.

¹⁹² HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 317-318.

¹⁹³ KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 266, nota 396.

¹⁹⁴ KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 266, nota 396.

¹⁹⁵ KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 266, nota 396.

¹⁹⁶ Omitiré las críticas que podrían formularse a esta tesis sobre el par de conceptos analogía *restrictiva* y analogía *extensiva*. Desde mi punto de vista, hablar de analogía en ambos casos se presta a equívocos, dado que se aludiría a situaciones completamente distintas. Hablar de una analogía de carácter restrictivo en relación a las restricciones ético-sociales de la legítima defensa me parece cuando menos dudoso. Entiendo que para que sea posible hablar de una *analogía restrictiva* —en este sentido idéntica a la analogía *in malam partem*— en el sentido que lo hacen estos autores debería concluirse que el juez crea un tipo penal que castigara una acción justificada por el legislador. En cambio, esta doctrina emplea el término analogía restrictiva para aludir a casos distintos al anterior, aludiendo a situaciones en las que simplemente se restringe el ámbito de vigencia de una causa de justificación y en donde recuperan aplicación los tipos penales. Me parece que este tendría que ser la interpretación si se sigue coherentemente la distinción entre ampliación de la punibilidad directa e indirecta. Desde luego que en el fondo del problema subyace la cuestión de la distinción entre analogía y las restricciones y ampliaciones teleológicas.

directa o indirectamente. En realidad, el fin jurídico-penal de reducir el *ius puniendi* que orienta la interpretación del principio de legalidad no sólo se opone a que el juez cree nuevos delitos o agrave los ya previstos en la legislación. El sentido de esta finalidad en la que se apoya la legalidad penal es el de ampliar los espacios de libertad en la medida que con ello no se frustren las aspiraciones preventivas del Derecho penal. Esto explicaría que tanto las expansiones directas como las indirectas de la punibilidad que tengan lugar por intermedio del juez afectan por igual modo al principio de legalidad.

No pueden mirarse con indiferencia las ampliaciones del ámbito de lo prohibido que se produzcan de modo indirecto por el juez. Justamente, la aceptación de la analogía *in bonam partem* recorta la posibilidad de que una persona pueda ejercitar frente a una injerencia la legítima defensa. La privación de una habilitación de este tipo lleva a que deba responder penalmente la persona que afecta algún bien del agresor al defenderse frente a una agresión ilegítima. De esta manera, el juez estaría asignando carácter antijurídico a un hecho que el legislador había justificado, y de este modo, de no mediar otra causa de exclusión el castigo, el sujeto sería pasible de una pena.

Incluso a esta situación le restaría un poco de dramatismo el reconocer que, de darse las circunstancias, el perjudicado por la analogía *in bonam partem* podría estar justificado por el estado de necesidad. Sin embargo, no puede pasar inadvertido que el sujeto se vería privado de una habilitación de obrar que estaba vigente con anterioridad a su actuación. El hecho de que exista todavía esta segunda posibilidad de acudir al estado de necesidad, no quita que estemos objetivamente ante una situación en la que el juez priva de una habilitación a un ciudadano y con ello se amplía el ámbito de lo prohibido.

Por estas razones no alcanzo a compartir el diverso tratamiento que se derivaría de separar las ampliaciones indirectas y las directas de la punibilidad. Conceptualmente, la distinción me parece interesante, pero ello no debe llevar a que las restricciones de las habilitaciones de defensa tengan una menor entidad que las ampliaciones directas del castigo. En ambos casos el principio de legalidad zozobraría y estaríamos ante una restricción de carácter inconstitucional.

Por último, no debería pasar inadvertido que este planteamiento presenta una inconsistencia interna. Por un lado, se acepta que el principio de legalidad no se vería afectado frente al empleo de la analogía *extensiva*—esto es, la analogía *in bonam partem*— aún cuando se generaren deberes de tolerancia. Mientras que la analogía *restrictiva*—esto es, las restricciones de las justificantes más allá del tenor literal— sí afectaría a este axioma constitucional. Ahora bien, si el criterio que marca la confrontación de una actuación judicial con el principio de legalidad es la ampliación *directa* de la punibilidad, no alcanza a comprenderse por qué la analogía restrictiva estaría vedada y no así la analogía extensiva que origina deberes de tolerancia.

Cuando el juez restringe en contra del tenor literal una causa de justificación no está ampliando directamente el campo de lo punible, según el sentido que esta doctrina le reconoce al concepto. Más bien, el juez está ampliando de modo *indirecto* el *ius puniendi* porque no fundamenta ni agrava directamente el castigo (lo que se produciría cuando el juez crea un tipo básico o agravado), sino que priva a un sujeto de una habilitación a realizar un hecho típico. Esto quiere decir que estaríamos ante una situación similar a la que se vive con la derivación de los deberes de tolerancia por medio de la analogía *in bonam partem*. En síntesis, si esta tesis encabezada por HIRSCH fuese consecuente con sus postulados tendría que concluir que también estas restricciones de libertad están en armonía con el principio de legalidad, al tratarse de *meras* restricciones indirectas.

3. En relación a la crítica al modelo de GÜNTHER, omitiré por completo cualquier referencia a la conveniencia o no de seguir un modelo diferenciado de causas de exclusión del injusto penal¹⁹⁷. Más bien centraré mis objeciones en dos cuestiones principalmente de carácter conceptual. La primera de ellas tiene que ver con el concepto de analogía y entiendo, en este sentido, que si las situaciones análogas al estado de necesidad son causas auténticas de exclusión del injusto penal y no no-auténticas

¹⁹⁷ En relación a las críticas al modelo ofrecido por GÜNTHER de la exclusión del injusto penal, cfr. especialmente ROXIN, *AT*, I, § 16, n.m. 128, p. 784. Su crítica se basa en dos puntos principalmente. En primer lugar entiende que no haría falta recurrir a una categoría intermedia entre las causas de justificación y las causas de exculpación, esto es, a las causas de exclusión del injusto penal porque ya la regulación del estado de necesidad del § 34 StGB regularía algunas de las situaciones análogas al estado de necesidad, especialmente cuando no hay un notable prevailecimiento de uno de los intereses que colisionan. En segundo lugar, considera que desde una perspectiva político-jurídica la existencia de esta categoría que no admite deberes de tolerancia llega a conclusiones poco felices.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

como lo sería el estado de necesidad, entonces ya no hablaríamos aquí de *analogía*. El segundo aspecto tiene que ver con una incoherencia interna de su obra, en relación al reconocimiento de las situaciones análogas al estado de necesidad.

Creo que debe destacarse que en “*Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*” se logra resolver convincentemente el problema que genera la creación judicial de causas de justificación en relación a la prohibición de la analogía. Justamente, el inconveniente derivado del *efecto-reflejo* que tiene esta creación judicial de Derecho, lleva a que la misma analogía que en un sentido es favorable al autor del hecho, en otro sentido se vuelve *in malam partem* para quien debería tolerar este obrar. Aquí se iría en contra del principio de legalidad, al utilizarse la analogía para hacer responsable penalmente a quien impide el ejercicio del derecho de injerencia o simplemente no presta ayuda al afectado en una situación de necesidad. Sin embargo, cuando GÜNTHER propone comprender que las normas creadas por analogía *in bonam partem* no generan deberes de tolerar la injerencia, creo que da parcialmente en el blanco y ofrece una solución sugerente.

El resultado al que llega GÜNTHER en este punto me parece plenamente satisfactorio, pero me encuentro en abierto desacuerdo con los presupuestos de los cuáles parte. En realidad, como tendré oportunidad de defender ulteriormente, entiendo que ninguna causa de justificación genera deberes de tolerancia, dado que ellas deberían ser entendidas como habilitaciones de actuación sin un deber correlativo. En realidad, me parece que la admisión de los deberes de tolerancia en las causas de justificación obedece a una fusión entre los conceptos de derecho subjetivo, poder, privilegio, habilitación, etc.

Pero aun en el caso que se estimaran correctas las apreciaciones de Hans-Ludwig GÜNTHER, no creo que sea posible tomar como supuestos de analogía *legis* a las situaciones análogas al estado de necesidad. Esta imposibilidad se constata tanto si se adopta el concepto de analogía *legis* manejado en esta obra, como si también nos atenemos al entendimiento que hace el autor del concepto de analogía *legis*. En esencia, la analogía legal o *legis* importa trasladar la regulación de una norma puesta por el legislador a un caso que está afectado por una laguna. En este caso, una aplicación analógica del § 34 StGB importaría que los casos beneficiados por esa analogía reciban el *mismo* tratamiento jurídico que la norma de referencia.

Precisamente esto es lo que no hace GÜNTHER. La solución que tienen los casos análogos al estado de necesidad no es la misma que rige en la norma que sirve de base de la analogía. Según su pensamiento, el estado de necesidad jurídico-penal sería una causa no auténtica de exclusión del injusto penal, cuya consecuencia sería *aprobar el comportamiento*, reconociendo un derecho de injerencia y un correlativo deber de tolerar. En cambio, la situación análoga al estado de necesidad recibirá, en definitiva, un tratamiento jurídico diferente, al tomársela solamente como una circunstancia que excluye el merecimiento de pena y que no generara ninguna clase de deber de tolerar.

Podría entenderse que el juez debe crear Derecho para reconocerle a las situaciones análogas al estado de necesidad el carácter de causas auténticas de exclusión del injusto penal. Sin embargo, esta creación en la obra de GÜNTHER no puede tener lugar bajo el nombre de la analogía *legis*. Si esto no fuese cierto cae sobre éste el cargo de la prueba de postular un nuevo concepto de analogía.

La segunda crítica tiene que ver con una incoherencia interna de la obra de Hans-Ludwig GÜNTHER. Luego de defender en varios pasajes de su obra que la exclusión del injusto penal en supuestos análogos al estado de necesidad importa colmar una laguna de regulación mediante la analogía, acaba sosteniendo que estas nuevas circunstancias extralegales tomarían como base el § 34 StGB. Ello no alcanza a entenderse porque si las situaciones análogas al estado de necesidad “*tendrían apoyo en el tenor literal del § 34 StGB*”¹⁹⁸, entonces ya no estaríamos frente a un caso de laguna axiológica —o, según la denominación que utiliza el autor, laguna de regulación— y, por tanto, no podría recurrirse a la analogía. Sería un supuesto de identificación del Derecho (*Strafrechtsfindung*) *secundum legem* y no *praeter legem* donde actuaría —según su tesis— la analogía *in bonam partem*.

En el caso de que las situaciones análogas al estado de necesidad estuviesen recogidas en esta disposición del StGB, no existiría ningún tipo de lagunas que reste colmar. El legislador ya habría

¹⁹⁸ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 329.

previsto un tratamiento jurídico específico para esos casos y el supuesto no estaría afectado por una laguna de regulación. Precisamente la ausencia de la laguna lleva a que no pueda recurrirse a la analogía, dado que el propio GÜNTHER considera la existencia de una laguna de regulación un requisito imprescindible de este mecanismo de integración del Derecho¹⁹⁹.

4. En relación a la propuesta de KUDLICH debe decirse que no deja de ser fructífera la posibilidad de justificar mediante una segunda analogía la infracción de deberes de tolerancia que emergerían de la causa de justificación creada judicialmente. Entiendo que esta tesis es absolutamente plausible y, como tendré oportunidad de subrayar más adelante, constituye la única vía de salvar esta inconsistencia que se produce en el sistema de libertades que pretende salvaguardar el Derecho penal. De modo que el resultado al que llega KUDLICH debería ser considerado como correcto.

Sin embargo, no comparto del todo la argumentación que este autor emplea para llegar hasta el segundo recurso a la analogía *in bonam partem*. Si bien estas son cuestiones que sólo parcialmente afectan a la conclusión final creo que deberían ser puestas de manifiesto.

La primera cuestión se vincula con la naturaleza de las causas de justificación que parece subyacer en la obra de KUDLICH. Alcanzo a entender que Hans KUDLICH continúa viendo las causas de justificación como derechos subjetivos de los cuales se derivarían de modo lógico deberes correlativos de tolerar. Más adelante ofreceré algunos argumentos que buscan desvirtuar esta concepción de las causas de justificación y que acaban subordinando los deberes de tolerancia a las reglas de los tipos penales de la Parte especial y no a las causas de justificación.

La segunda objeción apunta a la afirmación de que este recorte de las posibilidades de defensa justificada no importaría un atentado contra el principio de legalidad, dado que éste sólo estaría prohibiendo que el juez constituyera nuevos requisitos que hagan punible un hecho. Evidentemente el punto de disidencia se vincularía con el sentido y finalidad que debe reconocérsele al principio de legalidad.

Desde mi punto de vista, la legalidad exige del juez algo más que la inhibición de crear directamente nuevos delitos en emulación al legislador. Más bien, el principio de legalidad veda por completo cualquier agravación de la punibilidad al margen de lo dispuesto por el legislador, ya sea que ello consista en la creación de delitos, en la agravación de los previstos o en la privación de efectos a causas de exención de pena²⁰⁰. Si esto es correcto, la distinción entre ampliación de la punibilidad directa y la indirecta —prohibiendo el principio de legalidad lo primero, aunque no así lo segundo— no es más que un subterfugio para tapar cuestiones problemáticas de gran embergadura.

5. Como corolario de tales críticas pueden extraerse algunas premisas sobre las que, según entiendo, debería estructurarse un modelo que explique satisfactoriamente el funcionamiento de la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación.

La principal crítica que se vierte sobre la creación judicial de causas de justificación se conecta con el efecto *in malam partem* que ella tendría en relación a terceros. Pese a las críticas esgrimidas frente a los modelos asumidos por la doctrina, no puede desconocerse que sus esfuerzos apuntan a poner en consonancia el recurso a la analogía en las causas de justificación con las exigencias derivadas del principio de legalidad. Este efecto-reflejo *in malam partem* que tendería a admitir la analogía favorable al reo en la justificación es un problema real que tiene la dogmática y que, en cualquier caso, exige una solución convincente. De lo contrario, estaríamos privando al juez penal de la posibilidad de acudir a un mecanismo de integrar lagunas axiológicas, como la analogía *in bonam partem*, que desde siempre desempeñó en la praxis jurídico-penal un papel sumamente destacado. El principal desafío pasaría, en consecuencia, por asumir un modelo que evite legitimar una creación analógica de causas de justificación que represente un atentado contra la legalidad penal.

A mi modo de ver, una manera alternativa de legitimar el recurso a la analogía en este terreno sólo sería posible a partir de un modelo teórico que llevara a un replanteamiento de la naturaleza de las causas de justificación. Más allá de que nadie podría negar la necesidad de reconocer deberes de

¹⁹⁹ Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 294.

²⁰⁰ Considerando igualmente irrelevante la distinción entre creación o agravación *directa* e *indirecta* del castigo, a los efectos de restarle inconvenientes a la modalidad indirecta, LENCKNER, en *JuS* (1968) 6, p. 252.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

tolerancia en el Derecho penal, no creo que pueda derivarse sin más que semejantes deberes dependen siempre de las causas de justificación y se consideren como su correlato. Como enfatizaré más adelante, los deberes de tolerancia y las *habilitaciones* a comportarse típicamente mantienen cierta autonomía. En otras palabras, este intento obligaría a poner en tela de juicio que las causas de justificación se erijan como *derechos* que generan un *deber* de tolerar.

Pero además, el repensar la naturaleza de las circunstancias justificantes trae aparejada una segunda consecuencia directamente conectada con cuestiones metodológicas de la analogía *in bonam partem*. Como señalé más arriba al criticar a GÜNTHER, la creación judicial de una causa de justificación, cuyos efectos sean divergentes a los reconocidos por la norma que se toma como referente, no podría calificarse como un recurso a la analogía. Mediante este mecanismo de integración el juez crea una nueva norma que adopta *exactamente la misma consecuencia jurídica* que se reconoce a la disposición legal tomada como modelo. No podría decirse que la causa de justificación legal que sirve de modelo concede un derecho de injerencia y un deber de tolerancia, y decir al mismo tiempo que la justificación analógica sólo concede una habilitación de injerirse, sin generar deberes correlativos. El replanteamiento de la naturaleza de las causas de justificación haría posible superar esta encrucijada metodológica.

2 Las causas de justificación como habilitaciones sin deberes correlativos²⁰¹

a Estado de la cuestión: las causas de justificación como derechos subjetivos

En la actual dogmática de las causas de justificación jurídico-penales no parecen plantearse serias dudas en relación a la existencia de deberes de tolerancia²⁰². Puesto que la actuación de quien obra justificadamente no contraría al ordenamiento jurídico, los titulares de los bienes afectados por las acciones justificadas estarían obligados a soportar estas injerencias. La principal razón que explica la existencia de tales deberes es que, en caso contrario, quien obra amparado por una causa de justificación se hallaría desprotegido por el ordenamiento²⁰³. La ausencia de deberes de tolerancia llevaría a una situación que SILVA²⁰⁴ considera ciertamente paradójica:

...el que obra en estado de necesidad justificante, si tiene éxito, es decir, consigue la causación del mal menor necesario para evitar el mal mayor, no es sancionado. Pero, antes de conseguirlo, es decir en el momento de actuar, el Derecho no le respalda frente a quien se oponga a su conducta, de modo que, si es este último quien tiene éxito, tampoco el Estado le somete a pena alguna...

²⁰¹ El presente apartado pretende tan sólo ofrecer el esbozo de una lectura alternativa de la fundamentación de los deberes de tolerancia. Desde ya cabe aclarar que excedería por completo las finalidades de este trabajo estructurar una crítica general a la visión dominante de la cuestión y ofrecer todos los argumentos que permitan rebatir la tesis mayoritaria. Por esta razón acerco algunos puntos sobre los que creo que es importante discutir de cara a los fundamentos de los deberes de tolerancia y la naturaleza de las causas de justificación. Indudablemente estamos frente a una cuestión tan compleja que haría prácticamente imposible ofrecer una solución plenamente satisfactoria en tan sólo quince páginas. Según entiendo, en el fondo subyacen cuestiones tan debatidas como el papel del estado de necesidad en el Derecho penal; esto es, si el estado de necesidad es una *institución dogmática* que se proyecta no sólo para justificar comportamientos sino también para interpretar la configuración de posiciones de garante, o si, en realidad, el estado de necesidad solo es una norma de la Parte general que justifica actuaciones típicas. Creo que no sería disparatado conjeturar que aquellos autores que ven al estado de necesidad como una *institución dogmática* identifican las *situaciones de necesidad* con el estado de necesidad. Mientras que quienes no ven al estado de necesidad como tal institución —tal como se opina aquí— las *situaciones de necesidad* aludirían a algo más amplio que abarcaría la imputación objetiva, la justificación y la exculpación.

²⁰² Cfr. ROXIN, *AT*⁴, I, § 14, n.m. 108, pp. 645-646; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, pp. 332-333; KÜHL, *AT*⁵, § 7, n.m. 2, pp. 102-103; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 36; PAWLIK, *Der rechtfertigende*, pp. 103-106; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 306 y ss.; EL MISMO, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, pp. 52-54; HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 317; RUNTE, *Die Veränderung*, p. 26; HASSEMER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 216; WELZEL, en *MDR (1949)*, pp. 374-375; KITZINGER, en *JW 1933 (7)*, p. 407; SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, pp. 1007 y ss.; MESTRE DELGADO, *La eximente*, p. 159; BALDÓ LAVILLA, *Estado*, pp. 176 y ss.

²⁰³ GÜNTHER, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, p. 53.

²⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, p. 1008. En términos similares, ROXIN, *AT*⁴, I, § 16, n.m. 128, p. 784; GÜNTHER, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, p. 53, “*si la víctima puede lícitamente impedir al autor la lesión del bien jurídico, difícilmente se puede seguir hablando de un «permiso (o autorización)» para el autor.*”

Con todo, pese a la gran relevancia que a los deberes de tolerancia se le reconoce en la manualística, no deja de ser controvertida su naturaleza. Tanto en Alemania²⁰⁵ como en España²⁰⁶ comienza a defenderse en nuestros días una fundamentación de los deberes de tolerancia que pretende sustentarse dentro de un marco teórico diferente al ofrecido por el liberalismo clásico. En este sentido, el Estado sería, *en abstracto*, el encargado de compensar las desigualdades sociales originadas con motivo de la “*lotería natural*”, pero subsidiariamente este deber de compensación podría caer sobre los ciudadanos²⁰⁷.

En este último caso, las relaciones interpersonales parecerían regirse por la idea de la solidaridad, a partir de la cual se concedería un *derecho* de necesidad del que se generaría un *deber*²⁰⁸ de tolerar el ejercicio de tales derechos²⁰⁹. Desde este ángulo, los deberes de tolerancia tendrían un carácter *cuasi-institucional*²¹⁰ y, con ello, podrían mantenerse en pie procesos institucionales en la distribución de la suerte y la desgracia de los ciudadanos^{211/212}.

Complementariamente a ello, se impone la opinión de que las causas de justificación consistirían en un “*derecho subjetivo*” que el conjunto de normas concede a las personas frente a situaciones de carácter excepcional²¹³. En estos casos podrían los agentes afectar ámbitos ajenos de libertad bajo ciertas condiciones, sin que ello los haga merecedores de pena. Pero además, los titulares de los bienes afectados no podrían oponerse a tales afectaciones. En caso de impedir la ejecución de los “*derechos*” concedidos por la justificación deberían responder penalmente de las consecuencias lesivas que deba soportar el afectado por la situación justificante²¹⁴. Se entiende que, según las circunstancias, los concretos deberes de tolerar consistirían, ora en mejorar la situación en la que se encuentran los bienes jurídicos, ora en no empeorar la situación de los bienes del necesitado²¹⁵. De ahí que se hable de la existencia de deberes de tolerancia *positivos* y de deberes de tolerancia *negativos*²¹⁶. En consecuencia de ello, se derivarían de este “*derecho de necesidad*” o “*derecho de justificación*” un correlativo “*deber de tolerar*”²¹⁷.

La tesis que defiende que las causas de justificación se comportarían como auténticos derechos subjetivos, cuyo correlato es un deber de tolerar, debería considerarse como la dominante en nuestros días. Así vistas las cosas, existiría una clara filiación entre estos deberes de tolerar y los derechos que reconocen las causas de justificación. En otras palabras, sólo existiría el deber de tolerar en aquellas actuaciones que importen el ejercicio de un derecho reconocido legalmente en una causa de exclusión de la antijuridicidad.

²⁰⁵ PAWLIK, *Der rechtfertigende*, pp. 103 y ss.

²⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, pp. 1010 y ss.

²⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, p. 1013, PAWLIK, *Der rechtfertigende*, p. 104, “[e]l deber a tolerar la injerencia en estado de necesidad tiene la función de hacer posible en una cierta extensión la protección de ciertas fundamentales condiciones reales de la libertad jurídica frente a su eventual extinción, ahí donde también llegue demasiado tarde la represión frente a la necesidad acorde a las reglas de organización”.

²⁰⁸ Según entiende FERRANTE, en *Discusiones (2007)* 7, p. 64, se trataría de un deber fuerte, en el sentido de que “su violación da lugar a la responsabilidad del intolerante como autor de la lesión que el salvamento justificado habría evitado...”.

²⁰⁹ ROXIN, *AT*⁹, I, § 14, n.m. 108, pp. 645-646; PAWLIK, *Der rechtfertigende*, pp. 103, 112; SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, p. 1012; LK/HIRSCH, *Vor* § 32, n.m. 64; BALDÓ LAVILLA, *Estado*, p. 178. Sin embargo, debe destacarse que Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, *Vor* § 32 ff., nn.mm. 10⁹-11, más allá de entender la existencia de derechos de injerencia con deberes de tolerancia correlativos, sostienen que en otras causas de justificación (v.gr. el consentimiento presunto o el riesgo permitido) no habrían deberes de tolerancia. Contrario a esta última tesis, GÜNTHER, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, pp. 52-53.

²¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, p. 1013; PAWLIK, *Der rechtfertigende*, pp. 25, 102.

²¹¹ PAWLIK, *Der rechtfertigende*, pp. 25, 112.

²¹² Entiende PAWLIK, *Der rechtfertigende*, p. 123, que el carácter cuasi-institucional del deber de tolerar encuentra su confirmación en que “[e]l destinatario de la injerencia es preparado como representante de la generalidad para la realización de una petición de la generalidad” y, en esta medida, quien cumple con su deber de tolerar está coadyuvando en la realización del postulado democrático del Derecho (pp. 183-184).

²¹³ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, p. 1009; ROXIN, *AT*⁹, I, § 14, n.m. 108, pp. 645-646; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 333; KÜHL, *AT*⁵, § 7, n.m. 2, pp. 102-103; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, *Vor* § 32 ff., n.m. 28; Schönke/Schröder²⁷-LENCKNER/PERRON, § 34, n.m. 1; LENCKNER, *Der rechtfertigende*, p. 50; KÜDLICH, *Die Unterstützung*, pp. 265-266; LK/HIRSCH, *Vor* § 32, n.m. 64; PUPPE, en *InDret (2007)* 1, p. 4; KÜHL, *Die Bedeutung*, p. 48; KOHLER, *Not kennt*, pp. 27 y ss.; HASSEMER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 217; MESTRE DELGADO, *La eximente*, p. 159; BALDÓ LAVILLA, *Estado*, pp. 178 y ss.

²¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, pp. 1019 y ss.

²¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, p. 1023.

²¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, pp. 1014 y ss.

²¹⁷ KÜHL, *AT*⁵, § 7, n.m. 2, pp. 102-103; RUNTE, *Die Veränderung*, p. 26; WELZEL, en *MaR (1949)*, pp. 374-375; BALDÓ LAVILLA, *Estado*, pp. 183 y ss.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

El núcleo de esta tesis parece encontrarse en considerar a las causas de justificación como un auténtico *derecho subjetivo*, de modo que acabaría hablándose de *derechos de necesidad* o de *justificación*. Además, se tomaría como soporte de esta visión un determinado concepto de derecho subjetivo, según el cual existiría para el titular del derecho un permiso de actuación que originaría como correlato un deber jurídico. De ahí que se entienda a las causas de justificación como un binomio: “*derecho de justificación-deber de tolerancia*”. En este sentido, parecería entenderse que cualquier autorización o permiso de actuación que concede el ordenamiento jurídico debería ser visto como estructura *derecho-deber*.

Empero, entiendo que este postulado resulta sumamente problemático y, en cualquier caso, no recoge los distintos sentidos en los que empleamos cotidianamente términos como “*derecho*”, “*habilitación*”, “*permiso*”, etc. Que el ordenamiento jurídico-penal no considere a un hecho merecedor de pena o contrario a Derecho ante la concurrencia de una causa de justificación, no importaría asumir sin más que tenga un *derecho subjetivo* con un correlativo deber, aún cuando pueda decirse que cuenta a su favor con un permiso. Por tanto, lo que parece ser importante en esta cuestión es explicitar los diferentes sentidos en los que utilizamos términos que tienen que ver con actuaciones toleradas por el Derecho.

b Fundamentación autónoma de los deberes de tolerancia y las causas de justificación como “habilitaciones jurídicas”

No siempre se utiliza la expresión *permiso* en un idéntico sentido. Cuando una persona se comporta atípicamente —ya sea por no realizarse el tipo objetivo o el tipo subjetivo— no suena raro que se diga que este sujeto tenía *permitido* comportarse de ese modo²¹⁸. Algo similar podría decirse que sucede en relación a las causas de exculpación, de exclusión de la culpabilidad y las excusas absolutorias. La impunidad de las conductas realizadas al socaire de estas circunstancias, posibilitaría también decir, en sentido amplio, que el Derecho penal “permite” su realización. Este sentido del vocablo *permiso*, que se aleja del sentido acotado que se emplea en la dogmática jurídico-penal, denota situaciones genéricas en las que un hecho queda sin castigo. Con mayor énfasis esta idea aparece en las causas de justificación, especialmente si se entiende que aquí concurriría una *habilitación* expresa del legislador que prevalece frente al atentado típicamente relevante contra un bien jurídico. Seguramente aquí se habla de permiso en un sentido más acotado y que se vincula con la idea de *derecho subjetivo*. De ahí que se diga que el necesitado contará con un *derecho* —adoptando una acepción amplia del término— que desvanecería el indicio de antijuridicidad, corporizado en la realización del hecho típico.

Pese a que utilizando el término permiso o derecho en sentido amplio puedan abarcarse todas estas situaciones, no parece menos cierto que, cuanto menos, se pierde claridad conceptual²¹⁹. El sentido de “*derecho*” o “*habilitación*” que se emplea en las causas de justificación es claramente diferente del empleado en las restantes circunstancias. Evidentemente esto tiene que ver con que las estructuras de los permisos o circunstancias excluyentes de pena reconocidas por el Derecho penal son también diferentes, lo que deriva asimismo consecuencias jurídicas divergentes.

Igualmente, parece necesario distinguir el sentido en el que una persona tiene “*derecho*” a afectar la propiedad ajena en estado de necesidad y el sentido en el que se habla de “*derecho*” a que los daños ocasionados por un incumplimiento contractual sean resarcidos. En este último caso, parece lógico entender que se hable de un *derecho subjetivo* que goza el afectado por el incumplimiento contractual. Según la conformación estructural de este *derecho subjetivo*, el perjudicado patrimonialmente podría *reclamar* que su daño sea reparado por el responsable y este último tendría el *deber jurídico* de hacerlo. La alusión aquí al *derecho* a ser resarcido por los daños causados derivados de un incumplimiento contractual concreta la alusión general a “*permiso*” y describe un *derecho* que encuentra como correlativo un deber jurídico.

²¹⁸ Dice mucho a favor de esta idea el hecho de que se hable en el ámbito de la exclusión del tipo penal de las actuaciones producidas dentro del margen del “riesgo permitido”.

²¹⁹ Mostrando los diversos sentidos en los que se puede hablar de permitido en Derecho penal, WÜRZBURGER, *Das Recht*, pp. 37 y ss.

Como he tenido oportunidad de describir más arriba, entiendo que el sector doctrinal dominante ve posible la transpolación de este concepto de derecho subjetivo a los permisos otorgados por las causas de justificación²²⁰. En cambio, tengo fuertes dudas de que la estructura que ofrece este concepto de derecho subjetivo sea la que mejor describe los permisos de actuación que reconoce el Derecho penal en la justificación. Creo que reducir toda referencia a *habilitaciones, poderes, permisos*, etc. a la estructura de los derechos subjetivos —esto es, *derecho que genera un deber jurídico correlativo*— oscurece el análisis de la naturaleza de las causas de justificación²²¹.

Si mi análisis no es errado, señalar que la concesión de un *derecho de necesidad* representa que el titular de un bien tenga el *deber* jurídico de ponerlo a disposición del necesitado, sería equivalente a sostener que el ladrón perseguido por la policía tiene el “*deber*” de ponerse a disposición de la autoridad para ser apesado²²². No estoy queriendo negar que tanto el necesitado como el policía tengan un permiso o estén autorizados a afectar un patrimonio o a detener al delincuente, respectivamente. Tampoco estoy queriendo negar que eventualmente la conducta remisa del delincuente o del titular del bien afectado en estado de necesidad pueda en ciertos casos acarrearle consecuencias jurídicas. Simplemente, estoy queriendo resaltar que la existencia de un permiso no obliga a hablar automáticamente de un derecho subjetivo que tenga un deber jurídico como correlativo²²³.

Entiende HOHFELD que el término “*derecho*” está fuertemente vinculado con la idea de “*claim*”, esto es, con la posibilidad de que alguien pueda exigir o demandar de otra persona algo en concreto^{224/225}. De esta idea se derivaría como algo lógico que, frente a esta exigencia amparada jurídicamente, la contraparte estaría obligada a acceder a la petición. Ello hace comprensible que la persona perjudicada por un incumplimiento contractual tenga el derecho de exigir que se le repare este daño patrimonial y el infractor tenga el deber de hacerlo²²⁶. Llevada esta idea al ámbito de la justificación, se diría en un caso de estado de necesidad en el que se afecta un patrimonio ajeno, que la persona justificada contaría con un *derecho de necesidad*, mientras que el titular del patrimonio tendría el *deber* de poner a disposición del necesitado su patrimonio.

Desde la perspectiva aquí asumida, mantengo mis dudas sobre si la estructura *derecho subjetivo-deber correlativo* es la mejor explicación de la naturaleza y de los efectos que en verdad tienen las causas de justificación en los sistemas legales modernos. Las causas de justificación no reconocen a quien obra en una situación de necesidad o de defensa propia o de terceros la posibilidad de reclamar de su contraparte que mejore o no empeore la situación del justificado. Más bien, entiendo que el legislador *habilita* al agente, bajo concretas condiciones, a realizar un hecho típico. Estimo que el deber de no interrumpir o de mejorar la actuación justificada emana de un tipo de la Parte especial y no de la causa de justificación.

²²⁰ ROXIN, *AT*, I, § 14, n.m. 108, pp. 645-646; SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO-*Hm.*, pp. 1010 y ss.

²²¹ Actualmente defiende esta idea con sólidos argumentos FERRANTE, en *Discusiones* (2007) 7, pp. 65 y ss., especialmente en relación a considerar que las causas de justificación pudiesen generar un deber *fuerte*. Ya a principios del siglo pasado HOHFELD, *Fundamental*, pp. 35 y ss., se encargó de destacar la confusión que reinaba en el plano práctico y teórico del Derecho en relación a los conceptos de “*derecho*”, “*poder*”, “*inmunidad*” y “*privilegios*”. Constató que en las principales obras jurídicas de la época, como así también en las sentencias de los tribunales, estos cuatro conceptos aparecían mixturados. Nadie podría negar, según entiende este autor, que en todas estas situaciones se aludía a la existencia a ciertas “*habilitaciones*”, a ciertos “*permisos*”, a realizar algún acto. Sin embargo, estos cuatro términos aparecerían conectados con situaciones diferentes y merecerían ser distinguidas. En la discusión *iusfilosófica* actual también se insiste en la necesidad de distinguir estos conceptos, cfr. ENOCH, en *Law and Philosophy* (2002) 21, pp. 355 y ss. Por esta razón es que no puedan compartirse las palabras de MESTRE DELGADO, *La excimente*, p. 159, “*en la actualidad, el concepto de derecho subjetivo aparece inseparable de las ideas de deber jurídico, protección estatal y disponibilidad sobre ella, y es obvio que ello es fruto de una compleja evolución intelectual desarrollada en poco más de un siglo*”

²²² En términos similares, FERRANTE, en *Discusiones* (2007) 7, p. 67.

²²³ Así, FERRANTE, en *Discusiones* (2007) 7, p. 68.

²²⁴ HOHFELD, *Fundamental*, pp. 39 y ss.

²²⁵ Siguen también los planteamientos de HOHFELD para analizar la problemática de los deberes de solidaridad, LARRAURI, en HASSEMER/LARRAURI, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, pp. 101 y ss.; FERRANTE, en *Discusiones* (2007) 7, pp. 69 y ss.

²²⁶ Cabe aclarar aquí que, hasta donde entiendo, el derecho subjetivo y el deber existen con independencia de que efectivamente cuente el titular del derecho con una acción. La existencia de una acción que permita reclamar judicialmente el cumplimiento de un deber jurídico sería simplemente un medio de *efectivización* de derechos subjetivos y deberes jurídicos *preexistentes*. Una buena muestra de ello son las obligaciones *naturales*. El beneficiario de una obligación *natural* no cuenta con una acción para reclamar del obligado el pago de la deuda. Pero sí el obligado paga voluntariamente su deuda y luego se arrepiente, en caso de concurrir ante un tribunal reclamando la devolución de lo entregado, el juez deberá rechazar su petición motivando su decisión en que existía un deber de pagar la deuda, pese a que el pago no podía reclamarse judicialmente. Dicho en otros términos, el acreedor contaría con la *soluti retentio*. Al respecto, cfr. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones*, pp. 470-471; LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos II*, pp. 22-23; LASARTE, *Principios*, pp. 14 y ss.; BLASCO GASCÓ, en *Derecho Civil*, pp. 71-76.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Precisamente HOHFELD ha catalogado estas situaciones como un ejercicio de “*poderes*”. La referencia a *poderes*²²⁷ se conectaría, no ya con la expresión “*claim*”, sino que convendría entenderlos como “*habilitaciones*”²²⁸. Según ellas, quien las detente “*tendrá el poder (legal) de efectuar el cambio particular de las relaciones legales que están involucradas en el conflicto*”²²⁹. Creo que no sería errado señalar que autores que identifican al estado de necesidad con un *derecho*, se aproximan a esta opinión cuando opinan sobre los efectos de la concurrencia de una causa de justificación: “*lo que era una estructura «derecho de exclusión de A/deber (negativo) de respeto de B» se convierte, en términos provisionales y reversibles, en la estructura «deber (negativo) de tolerancia de A/derecho de injerencia necesaria de B»*²³⁰. De este modo puede advertirse que los poderes o habilitaciones se corresponderían con autorizaciones del Estado a modificar situaciones legales originarias y, en este sentido, se conciliarían más armónicamente con la verdadera naturaleza de las causas de justificación²³¹.

Podría verse además que otra característica de estas habilitaciones sería que no existe ningún tipo de deber jurídico que sea correlativo a ellas, de manera que la relación entre los intervinientes en la interacción debe concebirse en términos diferentes²³². Ello no excluiría que el ordenamiento jurídico prevea ciertas disposiciones legales que incentiven a garantizar el real ejercicio de tales habilitaciones, en virtud de las cuales se obligue a mejorar o a no empeorar la situación de quien obra amparado en un *poder*. En estos términos, los deberes de tolerancia tendrían una concurrencia más bien contingente y no estaría su existencia subordinada al reconocimiento de una causa de justificación²³³. Los deberes de tolerancia surgirían de otras normas del Derecho penal que no serían precisamente las causas de justificación²³⁴.

Justamente, las normas que imponen deberes de solidaridad negativos (no empeorar la situación del necesitado) o de los deberes de solidaridad positivos (mejorar la situación del necesitado) tienen reconocimiento en el CP²³⁵. Ello ayudaría a constatar que la responsabilización penal de quien incumple deberes de tolerancia no supondría un castigo al margen de la legalidad, sino que estaría fundamentada en el delito de la omisión del deber de socorro (art. 195 CP) o de los delitos de lesiones (arts. 147 y ss. CP) u homicidio (arts. 138 y ss. CP), según corresponda. De ahí que se diga que los deberes de tolerancia son deberes jurídicos y, en concreto, deberes *jurídico-penales*²³⁶. Podría decirse, en consecuencia, que los denominados *deberes de tolerancia* no serían otra cosa más que apariciones especiales de los tipos de la Parte especial en situaciones concretas. De ahí que diga FREUND²³⁷ con toda razón que “*si tal deber de tolerancia lo alcanza [al afectado por la actuación justificada] se rige según las reglas generales que rigen para la legitimación de las normas de conducta*”.

A mi modo de ver, esta visión del problema no se distancia demasiado de la de SILVA, en cuanto la fundamentación de la responsabilidad penal que le cabe a quien incumple los deberes de

²²⁷ Debe aclararse que HOHFELD no quiere aludir con el empleo del término a una situación de dominación o subordinación fáctica, sino que lo hace en un sentido jurídico, cfr. HOHFELD, *Fundamental*, pp. 50-51.

²²⁸ Sugiriendo que también las causas de justificación podrían verse en estos términos, BOUZAT/CANTARO/NAVARRO, en *Discusiones (2007)* 7, p. 116.

²²⁹ HOHFELD, *Fundamental*, p. 51.

²³⁰ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, p. 1019. Pronunciándose en términos similares, PAWLIK, *Der rechtfertigende*, pp. 116 y ss.

²³¹ Puede decirse que esta noción de *habilitaciones* guarda significativas analogías con el grupo de causas de justificación que Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 11, califican como *simples facultades de actuación*.

²³² Precisamente defiende HOHFELD, *Fundamental*, pp. 50, 54 y ss., que los *poderes* no tienen como correlativo un *deber*, sino a la *responsabilidad (liability)*. La responsabilidad y el deber jurídico, serían dos cuestiones completamente distintas. Creo que esta idea que resalta HOHFELD es sumamente importante, en cuanto aparta las nociones de permisos (en sentido amplio) de los deberes, pero también porque la idea de *responsabilidad* concibe a los deberes de los terceros frente a las actuaciones *apoderadas* en términos que entiendo acertados. Del concepto de *responsabilidad* que el autor maneja podrían derivarse ciertos paralelismos con el funcionamiento de los deberes de tolerancia, dado que quien se enfrenta a una actuación justificada puede llegar a incurrir en *responsabilidad* penal en caso de no mejorar o interrumpir la injerencia justificada. Sin embargo, tomo distancia de la tesis de HOHFELD en cuanto creo que la responsabilidad no debería concebirse como un *correlativo* de los poderes, sino que su concurrencia sería contingente e independiente de los poderes o las habilitaciones. A mi modo de ver, los poderes no tendrían correlatividad, y que exista un deber de actuar o una prohibición de hacerlo no depende de la existencia del poder, sino de que autónomamente se haya establecido este deber de actuar o de omitir.

²³³ Claramente en este sentido, FREUND, *AT*, § 3, n.m. 30, p. 74.

²³⁴ FREUND, *AT*, § 3, n.m. 30, p. 74.

²³⁵ BOUZAT/CANTARO/NAVARRO, en *Discusiones (2007)* 7, pp. 139, 149.

²³⁶ Planteando el interrogante sobre la naturaleza de estos deberes, SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, p. 1009. En cambio, entienden erróneamente que estos deberes no se derivarían de normas jurídicas sino de normas morales, BOUZAT/CANTARO/NAVARRO, en *Discusiones (2007)* 7, pp. 136 y ss.

²³⁷ FREUND, *AT*, § 3, n.m. 27, p. 73.

tolerancia tiene lugar a partir de estas normas de la Parte especial del CP²³⁸. Mi maestro afirma, en concreta referencia a la responsabilidad que le cabe a quien incumple deberes de solidaridad negativos, que “*el deber de tolerancia es [...] parte integrante del deber, más general, de no organizar (o reorganizar) la propia esfera jurídica de modo tal que ello se derive un incremento del riesgo para terceros (un empeoramiento de la esfera de libertad de éstos)*”²³⁹. Ciertamente, a partir de esta premisa, concibe acertadamente que ciertas infracciones a los deberes de tolerancia pueden llevar a imputar al infractor el resultado lesivo, al convertirse éste en garante del aseguramiento de un riesgo incrementado²⁴⁰. No obstante, creo que la razón que mueve a SILVA SÁNCHEZ a mantener los deberes de tolerancia sujetos a un derecho de necesidad sería que considera insuficiente la fundamentación a partir del tipo de la Parte especial y se precisaría de una complementación proveniente de la dogmática del estado de necesidad²⁴¹.

Una de las principales consecuencias que se deriva de concebir las causas de justificación como meras *habilitaciones* es que los deberes de tolerancia surgiría con independencia de la concurrencia de una causa de justificación. El rótulo de los deberes de tolerancia se emplearía para dar un ropaje específico a los mandatos o prohibiciones de los tipos penales en situaciones de necesidad. De ahí que pueda hablarse de la existencia de deberes de tolerancia cuando se haya realizado algún delito de la Parte especial. Así, podrían darse casos en los que, pese a concurrir una situación de necesidad, no todos los deberes de tolerancia son exigibles; o la inversa, responsabilizar penalmente a un sujeto en una situación de necesidad que no constituye el supuesto de una causa de justificación. Para explicar esto último me valdré de dos ejemplos.

Caso 1: Pocho es perseguido por una pantera que se ha escapado del zoológico de Castalia. Durante la persecución, Pocho encuentra una tienda de armas que tiene fuera de su escaparate una larga lanza y junto a ese comercio está la puerta de una residencia privada. Pocho se detiene en aquel lugar porque encuentra medios que le permitirían defenderse del animal salvaje. El necesitado se detiene y se ubica en una posición que le permitiría optar entre coger la lanza o ingresar al domicilio que se encuentra cerrado con llaves. Una vez detenido allí, la pantera se acerca lentamente a Pocho, quien, rememorando sus tiempos de activista en Greenpeace, prefiere ingresar el domicilio ajeno y no optar por el arma. Mientras tanto, Ricky, propietario de la vivienda, observaba *maravillado* lo que acontecía y, pese a saber que la puerta estaba con llave y oponerse al ingreso al domicilio, sólo se limita a no impedir que el sujeto ingresara en su hogar.

Si en este caso Pocho hubiera conseguido finalmente derribar la puerta e ingresar al domicilio de Ricky para refugiarse, los delitos de daños (art. 263 CP) y de allanamiento de morada (art. 202 CP) estarían justificados bajo el estado de necesidad. Ricky habría cumplido con un deber de tolerancia negativo, al no haber empeorado la situación del bien jurídico en peligro. Por ejemplo, si Ricky hubiese quitado la lanza o hubiese reforzado la cerradura de la puerta y suponiendo que la pantera finalmente hubiese lesionado a Pocho, se le imputarían las lesiones al haber realizado el tipo correspondiente.

Sin embargo, debe enfatizarse que este deber no surgiría del estado de necesidad, sino de la prohibición contenida en el art. 147 CP de no organizar la propia esfera de libertad de modo tal que pueda afectar la integridad física ajena. Además, esta prohibición se mantendría en pie, dado que estas

²³⁸ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, p. 1023 y ss. Debe recordarse que SILVA SÁNCHEZ estructura el sistema de responsabilidad penal frente a infracciones de los deberes de tolerancia según los niveles de solidaridad que sean exigibles. Por una parte, estaría el caso en el que el obligado a tolerar simplemente no socorre al necesitado, esto es, no mejora la situación de los bienes jurídicos de quien obra bajo estado de necesidad. En este caso, frente a la infracción del deber de tolerancia, correspondería hacer responsable al sujeto por la omisión del deber de socorro. Por otra parte, estaría aquella otra situación, más grave que la anterior, en la que el afectado por la actuación necesitada perturbaría directamente el ejercicio del derecho de necesidad y, con ello, empeoraría la situación del necesitado. En este último caso, el sujeto que infringe el deber de tolerancia se convertiría en garante de aseguramiento del riesgo incrementado. De ahí que cabría imputarle al infractor los resultados lesivos que sufra el amparado por el derecho de necesidad. Ofreciendo una respuesta similar en cuanto a las infracciones de deberes de tolerancia negativos, ROXIN, *AT*, I, § 14, n.m. 108, pp. 645-646; BALDÓ LAVILLA, *Estado*, pp. 184 y ss., quien analiza la responsabilidad por la infracción de deberes de tolerancia a partir de las reglas que rigen la interrupción de cursos causales salvadores ajenos.

²³⁹ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, p. 1027.

²⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO- *Hm.*, pp. 1023 y ss.

²⁴¹ En este punto puede observarse como *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 10^a, se mantienen tan firmemente anclados a la correlatividad entre derecho de injerencia y deberes de tolerancia, que opinan que el surgimiento de éstos últimos sólo tendrá lugar cuando se hayan verificado los requisitos legales de la concreta causa de justificación.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

lesiones tampoco estarían justificadas en el marco de la legítima defensa, debido a que faltaría el requisito de que la agresión de Pocho fuese ilegítima²⁴².

Pero existe una segunda cuestión en este caso que, a mi entender, avalaría la tesis que se sostiene aquí, consistente en independizar los deberes de tolerancia de las causas de justificación. Si no mal interpreto, tomarse en serio que las causas de justificación conceden un deber correlativo y que ese deber puede consistir en mejorar la situación del necesitado o en no empeorarla, debería decirse que aquí el sujeto habría infringido un deber de tolerancia activo. Esta infracción se habría producido por no mejorar la situación de quien obraba en estado de necesidad, esto es, por no haber abierto la puerta y permitido que Pocho ingresara.

Desde luego que esta consecuencia resultaría insatisfactoria para este caso, pero la razón de ello no está en alguna particularidad del estado de necesidad sino en que no se realiza el tipo de la omisión del deber de socorro. Al analizar los requisitos típicos del art. 195 CP interpreto que Pocho no se encontraba “*desamparado*”, al poder también recurrir a la lanza y de ahí que no podría exigirse el cumplimiento de un deber positivo. Creo que sostener lo contrario, y llevar hasta las últimas consecuencias la concepción de las causas de justificación como *derechos subjetivos que originan deberes de tolerancia*, traería algunas complicaciones a sus sustentadores. Si no yerro, se tendría que reconocer que la responsabilidad del tercero se soportaría en normas de origen judicial. Con ello, se vería afectado el principio de legalidad, al fundamentarse la punibilidad mediante la analogía *in malam partem*.

Pero también me parece importante poner un segundo ejemplo:

Caso 2: Pablo es perseguido por un *deinonychus* hambriento. La persecución llega hasta el domicilio de Pedro, cuya puerta de entrada se encuentra abierta y permitiría a Pablo protegerse fácilmente frente al animal. Sin embargo, Pedro ve venir a Pablo perseguido por el *deinonychus* y decide proteger la inviolabilidad de su domicilio y tranca la puerta. Finalmente, la imposibilidad de ingresar en el domicilio de Pedro hace posible que el animal alcance a Pablo y le de muerte.

En este segundo caso, la persona que huye del animal también estaría obrando bajo las condiciones en las que otorga amparo el estado de necesidad. Por esta razón, en caso de que Pedro no cerrara de la puerta, el delito de allanamiento de morada que realizaría Pablo se encontraría justificado. Sin embargo, al cerrar la puerta Pedro y empeorar así la situación de Pablo, debe imputarse a Pedro la posterior muerte del necesitado, dado que se convierte en garante del aseguramiento del riesgo incrementado. Este riesgo incrementado quedaría incorporado a la esfera de organización de quien cierra la puerta. Aquí, la infracción del deber de tolerancia es castigada con la pena correspondiente al homicidio como consecuencia de que este delito puede imputarse a Pedro en comisión por omisión. Todo ello lleva a que deba decirse que el deber de tolerancia surgiría del tipo del homicidio y no del estado de necesidad.

Pero puede esgrimirse un argumento extra que robustecería la posición aquí asumida. Imaginemos que se dan las mismas circunstancias fácticas, pero el legislador ha decidido despenalizar el allanamiento de morada por razones político-criminales (v.gr. las frecuentes e inevitables persecuciones de dinosaurios). En este caso, no tendría sentido decir que Pablo obró en estado de necesidad, dado que no estaría por realizar con su conducta intromisiva un tipo delictivo, cuya comisión debería justificarse. Su conducta pertenece a un ámbito de libertad más amplio distinto de la justificación. Sin embargo, creo que nadie estaría dispuesto a no castigar a Pedro por cerrar la puerta y provocar la muerte de Pablo.

En esta variante del Caso 2 Pedro sería penalmente responsable de la muerte de Pablo, porque al empeorar la situación del necesitado se habría constituido en garante de la protección del bien jurídico. Cabe agregar que su conducta tampoco podría ser considerada como justificada, al no tratarse de una agresión ilegítima que habilitara a invocar la legítima defensa. Esto permite ver que la responsabilidad de quien empeora la situación de un “necesitado”²⁴³ no depende de un deber originado de una causa de justificación, sino de haber realizado un tipo de la Parte especial.

²⁴² ROXIN, *AT*⁴, I, § 17, n.m. 13, p. 793, “[e]l afectado no tiene sin embargo ningún derecho de defensa porque un comportamiento que se corresponde con el cuidado exigido objetivamente en el tráfico no representa un desvalor de acción y de ahí que no sea antijurídico”.

²⁴³ La expresión “necesitado” tiene aquí un sentido amplio que no se conecta con una situación amparada por el estado de necesidad, sino por una situación de riesgo general para bienes jurídicos.

3 Consecuencias de la naturaleza de las causas de justificación en relación a la analogía *in bonam partem*

La creación de una causa de justificación a partir de la analogía *in bonam partem* permite al juez que lo ha hecho contar con una norma que le permite solucionar adecuadamente un caso que con anterioridad padecía de una inconsistencia axiológica. Incluso cuando estas normas no tendrían el mismo respaldo democrático que las incorporadas por la legislación, las causas de justificación creadas judicialmente generan los mismos efectos jurídicos que las contenidas en el CP²⁴⁴. Cuando bajo la vigencia del RStGB el RG justificaba comportamientos realizados en situaciones de necesidad mediante el *estado de necesidad justificante suprallegal*, no se estaba pensando en reconocerle a esta nueva causa de justificación efectos distintos de los generados por la legítima defensa, la cual sí se contenía en el cuerpo legal.

Esta idea resulta de gran importancia principalmente si se reflexiona sobre el concepto de analogía. Esta última supone trasladar al caso afectado por la laguna axiológica la misma consecuencia jurídica de la norma que sirve de modelo en la analogía (analogía *legis in bonam partem*) o bien la misma consecuencia jurídica de los principios institucionales (analogía *institutionis in bonam partem*). Por esta razón rechacé en otro apartado la tesis de GÜNTHER, según la cual las situaciones análogas al estado de necesidad que aparecen gracias a la analogía tendrían un efecto jurídico diferente al del estado de necesidad²⁴⁵. Vistas así las cosas, una causa de justificación que aparece gracias a la analogía *in bonam partem* excluye la antijuridicidad en los mismos términos que lo hace un permiso concretado legalmente.

Si se conecta esto último con la naturaleza de las causas de justificación sería posible ver que se mantiene la misma independencia entre estas circunstancias excluyentes de la antijuridicidad y los deberes de tolerancia. De este modo, la existencia de éstos últimos no estaría sujeta, en principio, a las causas de justificación sino a los tipos de la Parte especial. Sólo a partir de la realización de los requisitos típicos de los delitos contenidos en la Parte especial podrá determinarse si concurre o no un deber de tolerancia. En el caso de que un sujeto haya obrado típicamente y su comportamiento esté justificado mediante la analogía, se generará en la contraparte un deber de tolerar, siempre y cuando concurren las circunstancias típicas.

Retornemos aquí provisoriamente el Caso 2 analizado en el epígrafe previo, en el cual una persona agravaba la situación de quien obraba en estado de necesidad al cerrar la puerta de su domicilio. Si este caso hubiese tenido lugar bajo la vigencia de un Código penal que no reconociera el estado de necesidad justificante, la admisión de esta causa de justificación mediante la analogía habría generado que el titular del bien afectado igualmente hubiese tenido el deber de tolerar. Si el sujeto cierra la puerta y la bestia finalmente mata al necesitado, al obligado a tolerar se le castigará como autor de esa muerte en comisión por omisión, pese a que la justificación del necesitado tiene lugar por vía judicial. Además, la persona sobre la que recae el deber de tolerancia no puede esgrimir en su favor una legítima defensa, porque la agresión estaría justificada.

Evidentemente, si bien con esta argumentación se soluciona el problema metodológico que supone crear una norma por analogía con una consecuencia distinta de la regulada legalmente, todavía queda pendiente resolver el problema del *efecto-reflejo* que esta creación genera en terceros. Ello quiere decir que todavía queda pendiente de resolver la cuestión relativa a la ampliación del ámbito de punibilidad de las personas obligadas a soportar las situaciones justificadas suprallegalmente.

Dado que se ha asumido que las causas de justificación no son *derechos subjetivos con un deber correlativo* sino, en realidad, *poderes* o *habilitaciones*, los tipos de la Parte especial fundamentarán en última instancia la existencia de los deberes de tolerancia. En este sentido, la restricción del ámbito de libertad de quien debe tolerar un hecho justificado por analogía no se produce como consecuencia de la

²⁴⁴ Con la aclaración hecha ya en el capítulo segundo (ver pp. 178 y ss.) de que estas causas de justificación de origen judicial no podrían ser invocadas en otro juicio como una norma que está ya incorporada al sistema puesto por el legislador. En este sentido, se dirá que esta norma es *válida pero no obligatoria*.

²⁴⁵ Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 298-299.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

aparición *supralegal* de un deber de tolerar, sino por la imposibilidad de blandir una legítima defensa en su favor.

No debería pasar inadvertido en este dilema que la persona que ve limitado su ámbito de libertad indirectamente —como consecuencia de la creación analógica que beneficia al otro— todavía puede argüir a su favor el estado de necesidad defensivo. Las condiciones legales de aplicación de esta causa de justificación estarían dadas y, por ende, la infracción a los deberes de tolerancia podría seguir estando justificada. Sin embargo, no puede negarse que este afectado por la ampliación analógica encuentra sus derechos igualmente reducidos, dado que dejaría de tener a su favor otra causa de justificación más intensa. La situación llevaría a que, en un supuesto en el que la defensa frente a la agresión justificada por la analogía afecta un bien de mayor valor pero fuese proporcional, el implicado estaría privado también de la justificación por legítima defensa. De modo, que, incluso restando el estado de necesidad defensivo, se verían afectados los espacios de libertad reconocidos originariamente por el legislador y así se mantendría la infracción al principio de legalidad.

Una situación con las características del Caso 2 llevaría en un sistema jurídico que no reconoce el estado de necesidad justificante a que la muerte de Pablo, pese a ser típica e imputársele a Pedro, acabaría siendo justificada al ejercer el propietario de la vivienda una legítima defensa. Aquí la injerencia de Pablo sería una “*agresión ilegítima*” y, por ende, Pedro podría rechazarla legítimamente amparado por el art. 20. 4º CP. En este sentido, el incumplimiento del deber de tolerancia quedaría justificado y, finalmente, no merecería ser castigado.

Sin embargo, si en este mismo sistema jurídico un juez decidiera justificar la actuación de Pablo reconociendo, gracias a la analogía, el estado de necesidad justificante, la situación de Pedro cambiaría radicalmente. En este caso, el incumplimiento de los deberes de tolerancia le seguiría siendo imputable, pero, además, el impedir esta actuación justificada *supralegalmente*, haría que su conducta deje de estar justificada y se tenga por antijurídica. Aquí Pedro ya no podrá servirse de la legítima defensa, porque la agresión de Pablo a su derecho de propiedad deja de ser ilegítima y se convierte en autorizada. De ahí que la situación de Pedro, previa al reconocimiento del *estado de necesidad justificante supralegal*, se vea claramente agravada y acabaría el juez restringiendo el espacio de libertad *originario* del que disponía. Utilizando otras palabras, dejaría de ser aplicable como consecuencia de la creación judicial una autorización que había sido reconocida previamente por el legislador.

Hasta donde entiendo, la única vía que quedaría disponible para evitar esta consecuencia opuesta al principio de legalidad sería la de retomar la tesis central defendida por Hans KUDLICH²⁴⁶. A partir de sus ideas, quedaría el juez habilitado para justificar mediante la analogía la infracción de los deberes de tolerancia, que habría devenido antijurídica como consecuencia de la primera creación judicial²⁴⁷. Dado que la justificación *supralegal* de Pablo impedía la aplicación de la legítima defensa en relación a Pedro, sólo gracias a un nuevo acto creativo del juez sería posible devolver las cosas a su estado original y seguir considerando como justificada la infracción de los deberes de tolerancia²⁴⁸.

En estos casos nos encontraríamos con que la actuación defensiva del segundo implicado devendría antijurídica, porque ya no se estaría defendiendo de una actuación desamparada por el Derecho. Sin embargo, podría el juez, atendiendo las circunstancias particulares del caso, comprender que se ha producido una laguna axiológica. En este caso, según la tesis de relevancia del legislador quien se defiende frente a una agresión *legítima* debería ser hecho responsable penalmente de las consecuencias que se deriven de su actuación. En cambio, según la visión del juez, el legislador debería haber considerado relevante al momento de legislar la propiedad de “*agresiones devenidas legítimas por la intervención del juez*”. Según esta hipótesis de relevancia que postularía el juez, si el legislador hubiera considerado relevante esta otra propiedad, habría entendido que el defensor merecería la justificación.

²⁴⁶ KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 266, nota 396.

²⁴⁷ En su tiempo, entendía v. HIPPEL, *Deutsches*, p. 235, que no estaba permitido alegar legítima defensa frente a cualquier tipo de estado de necesidad, con independencia de su carácter: estado de necesidad justificante *supralegal*, estado de necesidad exculpante, etc.

²⁴⁸ Abiertamente se ha mostrado ya en contra de esta posibilidad, SUPPERT, *Studien*, pp. 295-296, al entender que ello supondría renunciar al postulado de unidad del ordenamiento jurídico, del mismo modo que generaría en el beneficiado por la analogía *in bonam partem* la ficción de que está justificado, cuando, en verdad, frente a su conducta puede igualmente ejercitarse legítima defensa. También sería contrario a la tesis asumida aquí, HASSEMER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 217.

Constatada así la existencia de la laguna axiológica y la necesidad de integrarla, restaría reflexionar sobre el carácter de la analogía *in bonam partem* que interviene aquí. Esta cuestión no parece ser sencilla, más aún cuando no sería raro entender que la ausencia de un requisito como la “antijuridicidad de la agresión”, importaría dejar de lado un presupuesto esencial de la legítima defensa²⁴⁹. En consecuencia de ello, no sería disparatado pensar que un supuesto de defensa frente a una agresión legitimada judicialmente no estaría abarcado por las *rationes legis* de la norma de la legítima defensa. En este sentido, se excluiría la posibilidad de una extensión analógica de la legítima defensa para justificar al infractor de los deberes de tolerancia. Dicho ello con otras palabras, quedaría suprimida la posibilidad de una analogía *legis* en relación a la disposición legal que regula la legítima defensa.

Entiendo que la solución más adecuada debería tener lugar acudiendo a la analogía *institutionis in bonam partem*. Muy posiblemente el juez encontrará el soporte argumentativo necesario en los principios institucionales que fundamentan la justificación²⁵⁰. A partir de allí, podría construirse una norma analógica que justifique también el comportamiento del interesado que se veía privado de ejercitar una defensa legítima. Precisamente, estos supuestos de defensa frente a agresiones justificadas supralegalmente serían alcanzados por alguno de los principios que fundamentan la institución jurídico-penal de la justificación, en concreto, por el principio del interés preponderante o *principio del interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal*.

El sujeto al cuál se le priva de sus facultades de defensa frente a una agresión justificada judicialmente, ve quebrantada una expectativa que con anterioridad a la intervención del juez había reconocido el legislador. El agredido no habría tenido la posibilidad de conocer previamente la antijuridicidad de su comportamiento, de modo que sería cuestionable que se la responsabilice penalmente. No obstante, la cuestión no debe situarse en el nivel de la culpabilidad, sino que estamos frente a un problema ligado a la antijuridicidad o justificación de la conducta. Nos preguntamos si las defensas típicamente relevantes frente a agresiones justificadas por analogía *merecen pena* o no lo merecen y si estas defensas son conforme a Derecho. Nos encontramos aquí pues ante una situación en la que el Derecho *legal* no ofrece ninguna vía alternativa para solucionar el conflicto de intereses que se presenta en estas situaciones. Claramente la expectativa del agredido de contar con un permiso de defensa está respaldada legalmente y, por consiguiente, es ésta una cuestión que no debe pasar desapercibida en el balance de razones que se realiza en sede de justificación. En este balance de razones debe prevalecer el interés de que se mantenga al perjudicado por la analogía *in bonam partem* en su expectativa frente a la prohibición de ejercitar defensas ante agresiones justificadas. En este caso existiría un interés preponderante frente a una prohibición jurídico-penal.

De este modo, la norma genérica que crea el juez mediante la analogía *institutionis in bonam partem* es una instancia o concreción del *principio del interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal*. Esta norma judicial podría decir: “no actúa antijurídicamente quien ejercita una defensa racional para repeler una agresión que recién adquiere carácter legítimo tras la intervención del juez en ese caso particular”. Aquí el juez tomaría como modelo de la creación de su norma al principio institucional de la justificación y entendería que cae bajo este principio todo caso en el que tienen mayor peso las razones contrarias al mantenimiento de la prohibición jurídico-penal. Al poderse subsumir este caso bajo el principio en cuestión, debería trasladarse al caso afectado por la laguna axiológica la consecuencia jurídica de la justificación.

IV RECONOCIMIENTO DE LAGUNAS AXIOLÓGICAS EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

²⁴⁹ Serían de esta opinión, JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 337; JAKOBS, *AT*², Ap. 11, n.m. 3, p. 381; LK¹¹/SPENDEL, § 32, nn.mm. 11-13; Schönke/Schröder-LENCKNER/PERRON, § 32, n.m. 3; NK²/HERZOG, § 32, n.m. 3; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 325.

²⁵⁰ Justamente en el marco de la sentencia del BGH de mayo de 1958 sobre la *notwehrähnliche Lage*, en la que se justifican unas grabaciones secretas, no quedaba claro si se trataba de una aplicación analógica de la legítima defensa o de una causa de justificación autónoma. En caso de reconocerse una naturaleza autónoma a esta nueva circunstancia justificante, interpreto que tendría lugar precisamente mediante el razonamiento a partir de los principios institucionales y, con ello, sería creada la nueva justificación por medio de la analogía *institutionis in bonam partem*.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

A IDENTIFICACIÓN E INTEGRACIÓN DE LAGUNAS AXIOLÓGICAS EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Con anterioridad he defendido que debería rechazarse la posibilidad de concebir las causas de justificación como un sistema cerrado en el que no pudiesen aparecer nuevas circunstancias²⁵¹. Ello implica, por cierto, asumir que el conjunto de normas que establece el legislador para excluir el merecimiento de pena de un comportamiento típico puede presentar lagunas axiológicas y requerir ser integrado. Por consiguiente, pareciera ser que en ciertas oportunidades no bastaría el catálogo de causas de justificación para solucionar posibles inconsistencias axiológicas que pudiese padecer el Derecho penal.

Como entiende Hans-Ludwig GÜNTHER, esta visión del problema no sería disparatada e incluso estaría en correspondencia con los antecedentes parlamentarios alemanes. Según ellos, no debería seguirse que la decisión del legislador haya sido excluir otros casos que pudiesen justificar la aplicación del estado de necesidad, por más que no sean regulados directamente por esta norma²⁵². Ello se encontraba explicitado de modo contundente en la fundamentación del § 39 del Proyecto de 1962, que regulaba el estado de necesidad: “*el proyecto deja sin regular casos que son seguramente similares, como por ejemplo los de colisión de deberes. También en este sentido no debe adelantarse a la jurisprudencia porque se oponen a la regulación legal obstáculos insuperables*”.²⁵³

Puesto que el legislador habría admitido la posibilidad de que el catálogo de causas de justificación no bastase para dar un tratamiento jurídico certero a todos los supuestos, claramente puede hablarse de lagunas axiológicas en las causas de justificación. Ello implica que se habría dado una condición esencial para que pueda recurrirse a la analogía. Pero principalmente, considerar las palabras del legislador permite constatar que estaremos ante una laguna axiológica y no frente a meros desacuerdos valorativos *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*.

Cabe recordar que los desacuerdos valorativos *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente* se caracterizan por el hecho de que el legislador no habría admitido que las normas fuesen aplicadas a casos análogos²⁵⁴. En este sentido, no se trataría de un supuesto de descuido legislativo, que haya llevado al legislador a no considerar como relevantes determinadas propiedades dignas de serlo²⁵⁵. En estos desacuerdos valorativos el legislador ha sido conciente de la posibilidad de que existan otras propiedades, sin embargo rechaza que deban ser consideradas relevantes en cualquier caso. De modo que las normas estarían destinadas a regular exclusivamente los casos abarcados por ellas.

Puede observarse que éste no es el caso de las causas de justificación y, por ende, es posible hablar de que el sistema de las justificaciones puede verse afectado por lagunas axiológicas, integrables mediante la analogía *in bonam partem*. El legislador sería conciente de lo inabarcable del terreno de la justificación y, en virtud de ello, admite que puedan aparecer nuevos casos que merezcan ser justificados mediante una creación analógica.

Finalmente, creo que para saber si estamos frente a un caso de laguna axiológica o frente a un desacuerdo valorativo existirían dos caminos posibles. El primero de ellos consiste en indagar en los antecedentes parlamentarios —como ejemplifico en el caso anterior— y así ver cuál es la voluntad del legislador. Aunque también queda un segundo camino y que consiste en indagar en los fundamentos de la institución para saber si un caso merece ser o no justificado pese a ser juzgado como antijurídico por el legislador penal. Aquí nuevamente reaparece el papel protagónico del *principio del interés preponderante frente a un deber jurídico-penal*²⁵⁶. A partir de los fundamentos de la institución cabrá saber si la justificación también abarca o no los casos en cuestión y, consecuentemente, puede hablarse de una laguna axiológica que afecta al sistema de causas de exclusión de la antijuridicidad. En este sentido señala GÜNTHER²⁵⁷,

²⁵¹ Ver pp. 186 y ss.

²⁵² GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 329-330.

²⁵³ Citado por GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 330.

²⁵⁴ Ver pp. 151 y ss.

²⁵⁵ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 293.

²⁵⁶ Pareciera exigir el recurso a principios de menor abstracción para reconocer una laguna axiológica, SUPPERT, *Studien*, p. 75, para quien la identificación de una laguna en relación a los casos análogos a la legítima defensa se produce mediante la *ratio legis* del § 53 RStGB.

²⁵⁷ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 295.

[p]ara la dogmática jurídico-penal dominante de las causas de justificación tiene lugar una laguna de regulación en el catálogo de «causas de justificación» cuando en el caso particular la aplicación de los principios de la justificación identifique la juridicidad de los comportamientos que deben juzgarse, pero que no ha intervenido hasta aquí ninguna causa de justificación del Derecho penal, civil o público

Debe recordarse que estas lagunas sólo podrán colmarse extendiendo por analogía causas de justificación contenidas en la ley (analogía *legis in bonam partem*) o creando las justificaciones a partir del principio fundamentador de la justificación (analogía *institutionis in bonam partem*). Ello importa que sólo se consideren reglas o principios vinculados con exclusividad a esta institución jurídico-penal como referentes o moldes para la creación de la causa de justificación judicial. No cabrá integrar estas lagunas axiológicas por medio de principios o normas oriundas de otras instituciones que excluyen, por ejemplo, la culpabilidad o la pena²⁵⁸.

B ¿CONSTITUYE ALGUNA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN RECONOCIDAS EN EL CP UNA CLÁUSULA GENERAL DE JUSTIFICACIÓN QUE EXCLUYA EL RECURSO A LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM*?

1. Cuando abordaba la problemática de los mandatos de taxatividad y de la prohibición de la analogía en el capítulo primero, enfatizaba que cuanto más amplia sea la redacción de una norma, menores serán las posibilidades de acudir a la analogía *in bonam partem*. La explicación metodológica que puede darse es que las disposiciones jurídicas indeterminadas tendrían un ámbito de regulación mayor y, por esta razón, se reducirían las posibilidades de que existan lagunas axiológicas. Al reducirse las posibilidades de que existan lagunas axiológicas, también queda limitada la posibilidad de recurrir a la analogía *in bonam partem*.

Esta reflexión recobra un especial interés cuando nos situamos en el terreno de las causas de justificación, justamente porque aquí las normas que regulan estas habilitaciones están redactadas de modo parcialmente indeterminado. Esta circunstancia se pone especialmente de relieve cuando analizamos, por ejemplo, la redacción de la eximente del ejercicio legítimo de un derecho. Su grado de indeterminación es tan amplio, que parecería funcionar a modo de cláusula general que permite cerrar el sistema de causas de justificación sin necesidad de acudir al Derecho judicial²⁵⁹. Igualmente, para otro sector doctrinal²⁶⁰, la disposición legal que se erigiría en tal cláusula sería el estado de necesidad, al corporizar el principio del interés preponderante.

Si fuese cierto que el estado de necesidad o la eximente del ejercicio legítimo de un derecho constituyen cláusulas generales, ello representaría anular por completo el papel de la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación. Esta anulación no tendría que ver con una cuestión de legitimidad, referida a que principio de legalidad proscibiría la creación judicial de causas de justificación. En verdad, la anulación tendría que ver con la imposibilidad de que se realice una condición fundamental de la analogía *in bonam partem*: que exista una laguna axiológica. Dado que alguna de estas normas serían omniabarcativas, no dejarían sin regular ningún caso que mereciera la justificación.

2. Uno de los intentos más serios de fundamentar en España esta tesis ha sido emprendido por MOLINA FERNÁNDEZ²⁶¹. Para este autor, el estado de necesidad desarrollaría el principio de la ponderación de intereses que fundamenta la justificación. El concebir al estado de necesidad como la norma en la que toma forma el principio de la ponderación de intereses, le permite a este autor interpretar esta concreta causa de justificación como una auténtica cláusula general²⁶².

A partir de ahí podría estructurarse el sistema en tres niveles: al primer nivel lo ocuparía el estado de necesidad; en el segundo nivel estarían las causas de justificación genéricas, cuya finalidad es

²⁵⁸ En este sentido, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 329. De otra opinión, SUPPERT, *Studien*, pp. 401 y ss.

²⁵⁹ Oponiéndose a esta idea, CUELLO CONTRERAS, *PG*³, n.m. 16, pp. 751.

²⁶⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC (2000)* 1, p. 227 y ss.; EL MISMO, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-HM, pp. 373 z ss.

²⁶¹ Debe señalarse que igualmente ha realizado importantes esfuerzos en este sentido MESTRE DELGADO, *La eximente*, pp. 153 y ss., a partir de considerar como cláusula general, integradora del sistema de causas de justificación, a la eximente del ejercicio legítimo de un derecho.

²⁶² MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC (2000)* 1, pp. 227-228; EL MISMO, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-HM, p. 377. Sosteniendo también esta tesis en la literatura germano-parlante, SEELMANN, *Das Verhältnis*, pp. 32 y ss.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

la de ofrecer pautas para la solución de “*conflictos-tipo*” que pueden afectar cualquier bien jurídico (v. gr. legítima defensa); mientras que en el tercero se encontrarían las causas de justificación específicas (v. gr. art. 417 bis CP)²⁶³. Conforme a este sistema, entiende MOLINA que el estado de necesidad tendría un carácter subsidiario frente a las valoraciones contenidas en las restantes reglas ubicadas en niveles superiores²⁶⁴. Del mismo modo que el estado de necesidad actuaría como una especie de cláusula de cierre que permitiría solucionar la infinidad de conflictos entre bienes jurídicos que se presenta en las sociedades modernas²⁶⁵.

Semejante estructuración del sistema de eximentes tiene consecuencias directas sobre las posibilidades de indentificar lagunas axiológicas en las causas de justificación y sobre la posibilidad y la utilidad de recurrir a la analogía *in bonam partem*. Una regla como el estado de necesidad dotaría al sistema de justificantes de la flexibilidad necesaria para adaptarse a los cambios sociales, de modo tal que no parecería necesario incorporar nuevas causas de justificación, recurriendo a las causas supraleales de justificación²⁶⁶. En este sentido agrega este autor: “*no creo que haya obstáculos decisivos que impidan la aplicación de la analogía a favor del reo también en las eximentes, pero, sea como sea, la cuestión no debería tener relevancia práctica en el ámbito de las causas de justificación debido precisamente a la existencia del estado de necesidad*”²⁶⁷. A modo de síntesis puede decirse que para MOLINA FERNÁNDEZ no existirían lagunas en las causas de justificación²⁶⁸.

Más allá de la coherencia con la que MOLINA expone sus ideas y desarrolla su sistema de causas de justificación, entiendo que no conviene mezclar las funciones que desempeñarían el principio de la ponderación de intereses y el estado de necesidad²⁶⁹. Si no me equivoco, al no distinguir MOLINA debidamente estos dos niveles llega a la conclusión de que las causas de justificación no presentan lagunas y, por tanto, no cabe recurrir a la analogía *in bonam partem*. Al ser el estado de necesidad una concreción del principio de ponderación de intereses (es decir, una especie del género) es lógico que pueda dejar de abarcar casos que el principio sí abarcaría. De este modo, entiendo que, pese a la amplitud que se le reconoce a la regla del estado de necesidad, no podría considerarse que abarque todas las situaciones que merecen la justificación.

Creo que es factible la existencia de una laguna axiológica, incluso cuando se resalte la importancia de la proyección del principio de la ponderación de intereses en el sistema de causas de justificación. Imaginemos un caso en el que un sujeto obra en una situación de necesidad que ha provocado intencionalmente, pero su acción de salvamento es tan extraordinariamente relevante que efectivamente realiza el principio que fundamenta la justificación. Aquí no se aplica el estado de necesidad pero sí merecería ser justificado de acuerdo al principio de la ponderación de intereses que él defiende²⁷⁰.

En este caso, vemos que la cláusula de cierre del sistema no es el estado de necesidad que efectivamente no cubre el hecho, sino que lo es el principio. Pero este principio no está legislado, es decir, no conforma la base normativa del sistema que el juez está obligado a aplicar para justificar comportamientos. Esta afirmación rige inclusive cuando se reconozca que los legisladores han ido tendencialmente acercándose a una regulación general similar al principio^{271/272}. Por esta razón, el

²⁶³ MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC (2000)* 1, p. 229-232; EL MISMO, en *GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-Hm*, pp. 384-385.

²⁶⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC (2000)* 1, p. 222; EL MISMO, en *GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-Hm*, pp. 385-387. Próximo a este diseño del sistema de causas de justificación, FREUND, *AT*, § 3, n.m. 74, p. 88; SEELMANN, *Das Verhältnis*, p. 32.

²⁶⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC (2000)* 1, p. 222.

²⁶⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC (2000)* 1, pp. 219, 223; EL MISMO, en *GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-Hm*, pp. 377-378. Incluso advierte el autor que una prueba de ello es que, desde la regulación del estado de necesidad justificante en el § 34 StGB, no ha existido ninguna propuesta de incorporar a los códigos otra causa de justificación, lo cual probaría que no existirían lagunas por colmar.

²⁶⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC (2000)* 1, p. 223, nota 49.

²⁶⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, en *RDPC (2000)* 1, p. 219; EL MISMO, en *GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-Hm*, p. 389.

²⁶⁹ Esta identificación entre el estado de necesidad y el principio de la ponderación de intereses aparece claramente cuando MOLINA FERNÁNDEZ, en *GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-Hm*, p. 382, apunta que “[l]as reglas muy generales enuncian principios, y estos difícilmente cambian”.

²⁷⁰ Por esta razón, no puedo compartir la expresión de MOLINA FERNÁNDEZ, en *GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-Hm*, p. 377, de que es tan amplia la interpretación que hace la doctrina del estado de necesidad que “no hay situación de conflicto imaginable que no pueda ser sometida a su fiel”.

²⁷¹ MOLINA FERNÁNDEZ, en *GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-Hm*, p. 376.

²⁷² En este punto, considero que la tesis de MOLINA FERNÁNDEZ sería totalmente cierta si se tratara de la regulación del estado de necesidad que hace el legislador argentino. Así, en el art. 34 3° CP se establece que no será punible “el que causare un mal por

principio de la ponderación de intereses —que como señalé más atrás convendría denominar *principio del interés preponderante frente a un deber jurídico-penal*— sería sólo un principio implícito que fundamenta todas las causas de justificación y *no una norma del sistema de causas de justificación*²⁷³.

Precisamente este es el punto de discordancia que mantengo en relación a los planteamientos de Fernando MOLINA. Para este autor la base del sistema de normas que configuran el concepto de la antijuridicidad penal se conforma por las disposiciones legales puestas por el legislador, pero también por los principios generales de las causas de justificación. Esta tesis ampliatoria de las normas que debe considerar el juez para determinar la antijuridicidad de una conducta se definiría en los siguientes términos:

No basta con acudir a las concretas disposiciones en las que se hace una selección de comportamientos *prima facie* prohibidos (“tipos”, en la denominación habitual), tomados en su tenor literal. A esta primera aproximación gramatical al injusto (en la que a veces se piensa cuando se habla de antijuridicidad formal) deben sumarse los demás criterios interpretativos habituales, entre los que destaca el teleológico, tomando como referencia los principios generales del ordenamiento y los específicos de la responsabilidad penal. Además deben tomarse en consideración las eventuales causas de exclusión del injusto, genéricas o específicas, y **tanto si están expresamente reguladas como si pueden deducirse con plenas garantías de los principios generales de la justificación**²⁷⁴. Todo ello contribuye a la determinación de la contrariedad a derecho²⁷⁵.

Como puede observarse, mantengo claras diferencias con MOLINA FERNÁNDEZ respecto a la conformación del sistema originario de causas de justificación que debe aplicar el juez penal. Mientras que MOLINA adopta una concepción ampliatoria de este sistema e incluye en aquél tanto las causas de justificación legales como al principio del interés preponderante, yo defiendo que el juez penal solamente está obligado a aplicar las causas de justificación reconocidas por el legislador penal. El principio institucional de las causas de justificación solamente intervendría *a posteriori* a la hora de identificar y colmar lagunas axiológicas. En otras palabras, entiendo que el sistema de fuentes jurídico-penal solamente se conforma por *leyes* (entendidas éstas en un sentido restringido), ubicándose el principio que fundamenta la justificación fuera de este sistema normativo.

A mi modo ver, no resulta sencillo ocultar los problemas que trae la incorporación de los principios implícitos al sistema de normas directamente aplicables por el juez penal de cara a las exigencias del principio de legalidad. Uno de los pilares jurídico-políticos en los que se apoya el principio de legalidad es el principio democrático. A partir de este fundamento se deriva que el juez debe tomar como fuente del Derecho penal solamente aquellas normas puestas por el legislador y que se apoyan en la voluntad mayoritaria de la comunidad política. Solamente en casos realmente excepcionales, en los que el sistema jurídico-penal se ve afectado por una laguna axiológica, se debe recurrir a elementos extraños a la ley.

En realidad, debe entenderse que cuando un caso no es alcanzado por el sistema de causas de justificación y, en concreto, por el estado de necesidad y sí lo es por el principio de ponderación de intereses, debemos decir que estamos ante una laguna axiológica. De ahí que sea posible acudir a la analogía *in bonam partem*. En este caso, ninguna norma del sistema habría regulado satisfactoriamente el caso y por ello se precisa corregir la situación, creando por analogía una nueva causa de justificación. Los principios jurídicos no deben formar parte del sistema originario de causas de justificación aplicables por el juez. Desde luego que aquí tiene importancia el principio que fundamenta las causas de justificación y que MOLINA defiende con tanto énfasis, pero ya no estaremos aplicando una norma puesta por el legislador sino que estaremos integrando el Derecho penal. Por esta razón, serán diferentes las ubicaciones que tengan en el sistema el estado de necesidad y el principio del interés preponderante, aun cuando se acepte que el primero es una concreción del segundo.

evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”. Vemos que con esta redacción estaría el legislador argentino acercándose ampliamente al reconocimiento legislativo del principio de la ponderación de intereses.

²⁷³ A mi modo de ver, esta distinción se echa en falta en el análisis que hace MOLINA (cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-HM, p. 377), cuando advierte que “**con independencia de su tenor literal, la interpretación que hace la doctrina de su contenido le da una extensión tan general que no hay situación de conflicto imaginable que no pueda ser sometida a su fiel**”. Según entiendo, aquí MOLINA está pensando en el principio de ponderación de intereses y no en la regulación del estado de necesidad. La referencia a la “*independencia de su tenor literal*” deja al descubierto que no se está ocupando de la norma sino de un ideal de regulación del estado de necesidad.

²⁷⁴ La negrita es agregada.

²⁷⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, pp. 58-59.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

3. En relación a la eximente del ejercicio legítimo del derecho, contenida en el art. 20 7º CP, podría hacerse una reflexión similar²⁷⁶. Dada la gran indeterminación por la que se ve afectada, podría entenderse que esta norma abarcaría a todos los supuestos que merecen ser justificados²⁷⁷. Podría concebirse que el legislador habría contado con la imposibilidad de prever todas las conductas que deben ser justificadas y, en razón de ello, habría legislado intencionalmente esta eximente de este modo tan abierto.

Seguramente, este tipo de conjeturas se asimila a aquellas tesis que pretenden ver a la eximente del ejercicio de un derecho como una norma que cumple la función de aunar todo el ordenamiento jurídico y de este modo cumpliría la función de cláusula general de justificación²⁷⁸. Para MESTRE DELGADO, con esta eximente se abre la posibilidad de acudir a otras causas de justificación previstas legalmente en otras ramas del ordenamiento jurídico, aunque también a derechos reconocidos en la CE y en los tratados comunitarios suscritos por España²⁷⁹. A partir de ahí, esta eximente comprendería a los derechos subjetivos derivados de la ley, de la CE, del ordenamiento comunitario europeo y del Convenio Europeo de 1950²⁸⁰.

No sólo por el amplio número de cuerpos normativos al que reenviaría la eximente, sino también por la amplitud de las disposiciones legales contenidas en la CE y en la normativa europea, no se entendería posible que el sistema de causas de justificación pudiese estar afectado por alguna laguna. Parecería ser siempre posible extraer alguna norma de todos estos cuerpos legales que justifique los comportamientos que merecen estarlo. En este contexto, suena extraño y hasta innecesario acudir a la analogía *in bonam partem*.

Por mi parte, entiendo que la concepción del sistema de causas de justificación actualmente vigente en España sería muy diferente de replantearse un poco más a fondo el significado de la eximente del ejercicio de un derecho y de considerar algunas cuestiones vinculadas al principio de legalidad.

Por empezar dudo realmente de si estamos ante una norma jurídica que pueda emular a una cláusula general que cierre el sistema de causas de justificación²⁸¹. Entiendo que se trata de una mera fórmula vacía que sólo viene a cristalizar una simple tautología: *no actúa de manera contraria al Derecho quien actúa conforme al Derecho*²⁸². Ello explica, en gran medida, que en otros países se haya prescindido de esta justificación²⁸³. Además, podría entenderse que su única función es simplemente expresar en el ordenamiento español un ideal racionalista, de que el juicio de antijuridicidad guardaría armonía en todo el Derecho. Más de eso no puede pedirse.

Pero todavía existen cuestiones fundamentales, vinculadas al principio de legalidad, que no pueden pasar desapercibidas. Ello tiene que ver principalmente con la circunstancia de que el legislador y el juez no pueden desatender algunas exigencias que sigue manteniendo el principio de legalidad en las causas de justificación.

²⁷⁶ No debería perderse de vista que una problemática similar podría presentar la eximente del cumplimiento de un deber. Para evitar que suceda ello con esta causa de justificación, interpreta NOLL, *Übersetzliche*, p. 55, que con ella sólo se verían alcanzados los deberes impuestos por ley.

²⁷⁷ En este sentido parece pronunciarse MESTRE DELGADO, *La eximente*, pp. 153 y ss. al entender que esta eximente se erige como cláusula general del sistema. Sobre este punto también se ha pronunciado el TS, cfr. STS nº 1810/2002, Sala de lo Penal, de 5 noviembre; STS nº 277/2004, Sala de lo Penal, de 5 marzo: "*La eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye, según ha señalado desde hace tiempo la doctrina penal, una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico, que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicos sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada*". En Italia, entiende igualmente que no cabe la analogía en la eximente del ejercicio legítimo de un derecho, MANTOVANI, *PG*⁵, p. 75.

²⁷⁸ MESTRE DELGADO, *La eximente*, pp. 153-154.

²⁷⁹ MESTRE DELGADO, *La eximente*, p. 154.

²⁸⁰ MESTRE DELGADO, *La eximente*, pp. 175-174, 179-181, sin embargo dejaría afuera las situaciones de mera ventaja jurídica.

²⁸¹ Es más, MOLINA FERNÁNDEZ, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-HM, p. 374, va más lejos y se cuestiona si se trataría de una causa de justificación o de una cláusula vacía que no debería aparecer en la ley.

²⁸² MOLINA FERNÁNDEZ, en RDPC (2000) 1, p. 226; EL MISMO, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-HM, p. 388.

²⁸³ MOLINA FERNÁNDEZ, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-HM, p. 388. Entiende, sin embargo, FORNASARI, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, pp. 38 y ss., que pese a no estar reconocida esta causa de justificación en el StGB, la jurisprudencia alemana la acabó admitiendo.

No podemos obviar que el legislador se ha tomado el mandato de taxatividad de un modo exageradamente ligero al momento de legislar la eximente en discusión. Tan amplia es la redacción que directamente no dice nada. Claramente nos encontraríamos aquí frente una transgresión del mandato de taxatividad que se proyecta, aunque reducidamente, sobre el terreno de las causas de justificación²⁸⁴.

En el capítulo primero argumentaba a favor de la vigencia atenuada del mandato de taxatividad en las causas de justificación. Ello tenía como principal finalidad que el marco de decisión del juez estuviese acotado y que la creación judicial de causas de justificación tenga un carácter realmente excepcional. En consecuencia, conforme a los principios inspiradores de nuestro Estado de Derecho actual y a los fines del Derecho penal que orientan la interpretación de la legalidad, difícilmente pueda aceptarse incuestionablemente una norma de este tipo.

En resumen, debe entenderse que la eximente de ejercicio legítimo de un derecho no sólo carece del carácter de una cláusula general que cierre el sistema de causas de justificación, sino que también en su actual redacción infringe claramente el principio de legalidad²⁸⁵. Por esta razón, convendría que el legislador la suprimiera o bien la dotara de mayor contenido para que pueda ser aplicable.

V APLICACIÓN DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EXTRAPENALES: ¿INTEGRACIÓN DEL DERECHO PENAL O APLICACIÓN DE NORMAS QUE CONFORMAN EL SISTEMA ORIGINARIO DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN?

A INTRODUCCIÓN

La aplicabilidad de causas de justificación extrapenales para justificar comportamientos que realizan un tipo penal no es para nada una cuestión libre de controversias en la discusión jurídico-penal contemporánea. Más allá de que para la doctrina claramente dominante las disposiciones permisivas reguladas en leyes no penales son de aplicación inmediata por el juez penal, esta tesis es fuertemente controvertida por otro sector doctrinal. Para esta última opinión, solamente las causas de justificación del Derecho penal se aplicarían de modo primario, mientras que las causas de justificación reconocidas en el Derecho civil solamente serían aplicables cuando su ámbito de regulación sobrepasa al de la justificante jurídico-penal, o bien esta última falta por completo²⁸⁶.

Esta disputa tampoco es nueva en la dogmática jurídico-penal. Tanto es así que la cuestión relativa a la aplicabilidad o no de las justificantes extrapenales estuvo claramente involucrada en el proceso de sistematización de las causas de justificación del Derecho penal, que ha tenido lugar a lo largo de los años. En este sentido, no puede desconocerse el trascendental papel que desempeñaron en el Derecho alemán las causas de justificación recogidas en los §§ 228 y 904 BGB en tiempos de vigencia del RStGB.

Según el exiguo tratamiento que recibían las causas de justificación en el Código penal de 1871, los atentados contra la propiedad cometidos en situaciones de extrema pobreza no podían ser justificados, pese a la existencia de una objetiva situación de necesidad. Justamente, la aplicación de las causas de justificación jurídico-civiles logró evitar que estas conductas sean castigadas. Asimismo, permitió poner en consonancia el Derecho penal con las valoraciones sociales de la época y del ordenamiento jurídico respecto a los hurtos famélicos. Ya en esta época, aparecían en la doctrina referencias algo menos explícitas que las actuales en las que podían apreciarse las dudas respecto al modo en que son aceptadas por el juez penal estas causas de justificación del Derecho civil.

²⁸⁴ Sostiene ERB, en *ZStW* (1996) 108, pp. 292-293, que la infracción del principio de legalidad en general no se produce por el hecho de que una norma pueda tener varios significados, sino que se generaría por el hecho de que no se pueda concluir con algo de certeza cuál es el ámbito de vigencia de la norma, dado que la norma no podría aplicarse con claridad.

²⁸⁵ Al respecto, cfr. pp. 20 y ss.

²⁸⁶ Así, HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 114.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Sin embargo, desde entonces queda abierta la pregunta sobre el carácter con el que se aplican estas disposiciones en el Derecho penal. En concreto, debe aclararse que en la manualística no se discute que las normas extrapenales sean aplicables para complementar las causas de justificación previstas en las leyes penales. A decir verdad, el “*ojo de la tormenta*” se encuentra precisamente en el carácter con el que estas disposiciones son aplicadas en el Derecho penal.

La doctrina no logra ponerse de acuerdo en relación a si las normas extrapenales configuran el sistema originario de causas de justificación que debe aplicar el juez, o si, en realidad, este sistema se encuentra conformado exclusivamente por los tipos permisivos de la ley penal y las normas extrapenales aparecerían *a posteriori* para integrar el Derecho penal.

En caso de que las normas jurídico-civiles integren la base originaria de normas que el juez penal está obligado a aplicar, no podrá decirse que el magistrado está integrando una laguna axiológica. Simplemente se limitaría a aplicar una norma que el Derecho penal le obliga a aplicar dado que rigen simultáneamente las causas de justificación de todo el Derecho. Por esta razón la aplicación de estas normas civiles no tendría lugar en el marco de la integración del Derecho, ya que el mismo Derecho penal aportaría soluciones axiológicamente satisfactorias.

En cambio, las conclusiones serían diferentes si se concluye que el sistema de causas de justificación que el juez penal está obligado a aplicar no incluye a las justificaciones extrapenales. Aquí, cuando el Derecho penal acude a las causas de justificación del Derecho civil, busca *integrarse*. Ello quiere decir que el Derecho penal no daría a un caso genérico una respuesta axiológica aceptable y, en virtud de ello, padecería una laguna axiológica. Esta tesis ha sido aceptada implícitamente por quienes han considerado que esta aplicación de las causas de justificación extrapenales importaba un supuesto de analogía *in bonam partem*. Sin embargo, como enfatizaré, se produce desde luego una integración del Derecho penal pero no precisamente mediante la analogía *in bonam partem*.

Alcanzar un acuerdo entre las tesis favorables y contrarias a la aplicación directa de las causas de justificación extrapenales no es una cuestión nada sencilla, sobre todo cuando en las discrepancias se ven involucradas concepciones total o parcialmente antagónicas del Derecho y del injusto material. Como intentaré mostrar a continuación los principales puntos de discordancia entre ambas tesis pivotan especialmente alrededor del concepto de unidad del ordenamiento jurídico. En concreto, la amplitud con la que se acepte el postulado de la unidad del Derecho condicionará la aplicabilidad de las causas de justificación extrapenales y así también el concepto de injusto que se acepte en el Derecho penal. Esto último apunta en dirección al debate inaugurado a finales del siglo pasado por Hans-Ludwig GÜNTHER y que arroja un manto de dudas sobre la posibilidad de adoptar un concepto unitario de antijuridicidad²⁸⁷.

B APLICABILIDAD INMEDIATA VS. APLICABILIDAD MEDIATA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EXTRAPENALES

1. Conviene aquí caracterizar con algo más de detalle estas posturas que discuten sobre el carácter con el que se aplican las causas de justificación ajenas al Derecho penal. En esencia, el enfrentamiento tiene como principales protagonistas a quienes abogan por una aplicabilidad inmediata de las causas de justificación extrapenales y a aquellos otros que entienden que su aplicación tiene sólo carácter mediato.

2. La tesis que defiende la aplicabilidad directa de las normas extrapenales en la justificación de conductas penalmente típicas podría ser caracterizada como la claramente dominante en nuestros días²⁸⁸. Para esta corriente doctrinaria, el sistema de normas que está obligado a considerar el juez se

²⁸⁷ Con esta referencia no pretende afirmarse que la discusión sobre el concepto de la antijuridicidad penal se inicia con la obra de GÜNTHER “*Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*”, pero sí que gracias a su obra este autor se erige hasta nuestros días como uno de los principales representantes de esta tesis. Como el propio autor pone de manifiesto, ya otros autores (v. gr. ENGELS, GREBING, JUNG, KRATZSCH, PAEFFGEN, SCHMIDHÄUSER, etc.) se constituían al momento de aparecer su obra como la voz disonante frente a la doctrina dominante; cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 45, nota 38.

²⁸⁸ ROXIN, *AT*, I, § 14, n.m. 32, p. 613; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 327; KÜHL, *AT*, § 9, n.m. 1, p. 245; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, nn.mm. 48, 56; LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 10; RUNTE, *Die Veränderung*, pp. 44-45; ERB, en *ZStW* (1996) 108, p. 272; KREY, *AT*, § 11, n.m. 401, p. 149; KAUFMANN, Arm., en *EL MISMO, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, pp. 41 y ss.;

encuentra conformado no sólo por las causas de justificación reconocidas por el Derecho penal. También debe considerar el juez aquellas otras esparcidas por todo el ordenamiento jurídico²⁸⁹. Esto quiero decir que cuando un juez pretende solucionar un conflicto de intereses que se presenta en el terreno de la justificación, debe realizar primero un análisis del ordenamiento jurídico para extraer todas las causas de justificación existentes. Una vez que el juez haya rastreado todas estas disposiciones permisivas podrá conformar la base del sistema de normas justificantes que está habilitado a aplicar²⁹⁰.

Desde esta perspectiva, cuando los tribunales alemanes bajo la vigencia del RStGB justificaban hurtos famélicos a partir de las normas civiles, aplicaba las normas que conformaban el sistema originario de causas de justificación. Si bien estos comportamientos no podían justificarse conforme a las normas del RStGB, el Derecho penal seguía teniendo igualmente una respuesta adecuada al caso, gracias a la aplicabilidad directa de las normas jurídico-civiles. En este caso concreto, el sistema jurídico-penal de causas de justificación no habría presentado ninguna laguna axiológica, debido a que su base se habría hallado complementada por las normas del Derecho civil. En consecuencia, no hacía falta que se acudiera a ninguna vía de integración del Derecho penal y con esto también se cerraría el paso a una posible analogía.

No puede desconocerse que a esta tesis subyace una determinada concepción del dogma de la unidad del ordenamiento jurídico. De esta visión de la unidad del Derecho se seguiría que un comportamiento que es considerado antijurídico en una rama concreta del Derecho no puede estar justificada en otro sector del mismo, y viceversa²⁹¹. Ello querría decir que el Derecho penal no podría juzgar como antijurídico un hecho que, pese a realizar un tipo delictivo, está justificado por el Derecho privado. Es más, esta posibilidad sería impensada dado que el juez debería juzgar la antijuridicidad del comportamiento conforme a los criterios de todo el ordenamiento. De este modo, quedaría salvada la coherencia de la regulación.

Esta aprehensión del dogma de la unidad del ordenamiento jurídico se sustentaría sobre la idealista aseveración de que el Derecho funciona *efectivamente* como una unidad. De ahí se desprendería que el dogma no sería un ideal que el legislador se propone alcanzar, sino que hablar de la unidad del ordenamiento jurídico presupondría hacer una afirmación acerca de *cómo es efectivamente el Derecho*. Esto es algo que no puede pasar desapercibido y que retomaré con posterioridad.

La consecuencia directa que tendría semejante concepción de la unidad del Derecho en la dogmática jurídico-penal es que no podría aceptarse una antijuridicidad exclusivamente penal²⁹². Solamente sería posible entender que la determinación o la exclusión de la antijuridicidad de un comportamiento debe regirse en todo el Derecho por criterios uniformes²⁹³. En este sentido, entiende ROXIN²⁹⁴ que aceptar la tesis contraria importaría desconocer sin más un postulado que, como el de la unidad del ordenamiento jurídico, se encuentra ya anquilosado en la Teoría del Derecho²⁹⁵.

3. Desde otro sector de la ciencia jurídico-penal se han defendido diversos argumentos, según los cuales no podría aceptarse una aplicación directa de las causas de justificación extrapenales, en especial

HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, pp. 321 y ss.; FREUND, *AT*, § 3, nn.mm. 41-42, pp. 78-79; PERRON, *Rechtfertigung*, p. 121; EL MISMO, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, pp. 81-82; RUDOLPHI, en *ARMIN KAUFMANN-GS*, p. 371; ESER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 49; JAKOBS, *AT*², Ap. 11, n.m. 4, p. 351; MAYER, *AT*, p. 157. A mi modo de ver, podría también incorporarse en este grupo a MOLINA FERNÁNDEZ, en *GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-HM*, p. 384. Sobre la opinión favorable a esta tesis a principios del siglo pasado, cfr. WÜRZBURGER, *Das Recht*, p. 136.

²⁸⁹ LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 34; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 48.

²⁹⁰ En palabras de HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 323, esto tendría como consecuencia que el principio de legalidad perdería algo de su vigencia en las causas de justificación.

²⁹¹ ROXIN, *AT*⁴, I, § 14, n.m. 31, p. 613; JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 327; *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 24; PERRON, *Rechtfertigung*, p. 121; MOLINA FERNÁNDEZ, en *GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA-HM*, p. 383. Debe destacarse que esta idea ya aparecía en RGSt. T. 61, p. 247.

²⁹² Rechazando la existencia de una antijuridicidad penal, ROXIN, *AT*⁴, I, § 14, n.m. 37, p. 615; JAKOBS, *AT*², Ap. 11, n.m. 4, nota 10a, pp. 351-352.

²⁹³ JAKOBS, *AT*², Ap. 11, n.m. 4, p. 351. Pese a pronunciarse a favor de la unidad del Derecho, expresa ROXIN, *AT*⁴, I, § 14, n.m. 31, p. 613, que no estaría suficientemente definida hoy en día la cuestión sobre si la juridicidad o antijuridicidad de un comportamiento debe ser determinada uniformemente por todo el ordenamiento jurídico o si debe serlo por cada una de las ramas, a partir de sus peculiaridades.

²⁹⁴ ROXIN, *AT*⁴, I, § 14, n.m. 37, p. 615

²⁹⁵ Como tendré oportunidad de defender ulteriormente, asumir la existencia de un injusto penal no supone negar la unidad del ordenamiento jurídico. Así también, HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 93.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

las jurídico-civiles. Esta línea de pensamiento minoritaria se encuentra representada en Alemania por Hans-Ludwig GÜNTHER²⁹⁶ y, especialmente, por Uwe HELLMANN²⁹⁷. A la obra de estos autores subyace de modo patente la idea de que la base normativa del sistema de causas de justificación solamente está conformada por las normas recogidas en la ley penal. Aquí ya no haría falta que el juez haga un censo de las causas de justificación desperdigadas por todo el Derecho, sino que basta con que consulte las reguladas en el Código penal y sus leyes especiales²⁹⁸. La obligación primaria del juez sería resolver los casos exclusivamente a partir de las causas de justificación jurídico-penales.

Sin embargo, estos autores no privan de aplicabilidad a las causas de justificación jurídico-civiles. Ellas deberían ser consideradas por el juez penal cuando su ámbito de regulación sea más amplio que el de la justificante jurídico-penal, o bien cuando esta última falta por completo²⁹⁹. Esto último importaría que las disposiciones permisivas extrapenales tengan aplicabilidad solamente con carácter subsidiario. Entiende HELLMANN que debería existir un motivo especial de aplicabilidad de las normas justificantes³⁰⁰ y este motivo sería precisamente la carencia de una regulación penal para el supuesto fáctico que se discute.

Puede entenderse que, para esta segunda tesis, la aplicabilidad de las causas de justificación de naturaleza no penal ya deja de ser una aplicación originaria de normas y constituye en realidad un medio de integración del Derecho penal. La normativa penal solamente ofrecería para resolver los conflictos de intereses que se plantean en la justificación un número concreto de normas reguladas en los Códigos penales y sus leyes complementarias³⁰¹. Cuando se presenta un caso genérico que está regulado deficientemente por la ley penal y el juez resuelve esta inconsistencia axiológica, éste último ya no está solucionando el asunto con las normas que originariamente estaba obligado a aplicar sino que debe recurrir a otras.

El aplicador del Derecho penal sólo contaría en un principio con la obligación de basar su sentencia en las normas que configuraban el sistema de causas de justificación, esto es, las disposiciones jurídico-penales. Sin embargo, cuando mediante normas extrapenales se resuelve el problema de considerar ilícito un comportamiento en el Derecho penal que es tenido como lícito en otro sector del ordenamiento, el juez ya no resuelve en base al Derecho penal sino que lo *integra*. De ahí que pueda verse que la importación de las normas extrapenales tendría lugar en la medida que sea útil a los fines del Derecho penal³⁰².

Visto el problema desde esta óptica, los tribunales alemanes que durante la vigencia del RStGB justificaban casos genéricos de hurtos famélicos mediante el Derecho civil, aplicaban normas ajenas al Derecho penal. El juez penal solamente estaba obligado a aplicar de modo directo las normas recogidas en el RStGB. Frente a estas situaciones de necesidad, el Derecho penal se vió afectado por una laguna axiológica. Aquí se produjo manifiestamente una confrontación entre la *tesis de relevancia del legislador*, que consideraba irrelevante el estado de necesidad para justificar hurtos, y la *hipótesis de relevancia del juez*, que otorgaba relevancia a la situación de necesidad para justificar hurtos. Constatada esta laguna en el sistema penal alemán anterior a 1975, el juez habría integrado el Derecho penal a partir de las causas de justificación extrapenales.

Desde luego que, para llegar a estas conclusiones, esta segunda línea de opinión debe adoptar una concepción de la unidad del ordenamiento jurídico diferente de la abogada por el sector mayoritario³⁰³. Sin llegar a desconocer la importancia que tiene este dogma para el Derecho³⁰⁴, creen

²⁹⁶ GÜNTHER, *Strafrechtsvidrigkeit, passim*; EL MISMO, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal, passim*.

²⁹⁷ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit, passim*.

²⁹⁸ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 93: "En relación a la validez jurídico-penal de los enunciados permisivos del Derecho civil no significa ello la obligatoria aplicación de la sincronización de los juicios de antijuridicidad".

²⁹⁹ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 114.

³⁰⁰ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 104, 101-102.

³⁰¹ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 101-102.

³⁰² HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 98.

³⁰³ De hecho entiende GÜNTHER, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, p. 51, que la visión dominante de la antijuridicidad parece cada vez más un anacronismo en un ordenamiento jurídico cada vez más especializado.

³⁰⁴ Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtsvidrigkeit*, pp. 55-56, quien además señala que lo verdaderamente importante sería establecer "según qué criterios materiales deben ser elegidos del terreno de la «antijuridicidad» demarcados por la teoría general del Derecho aquellos comportamientos que activan las especiales consecuencias del injusto jurídico-penal mediante la criminalización".

que está lejos de hallar una concreción en la realidad legislativa³⁰⁵. HELLMANN³⁰⁶ pone especialmente énfasis en el hecho de que el Derecho penal y el Derecho civil manejan conceptos diferentes del injusto, dado que atienden en su configuración a sus propias finalidades³⁰⁷. Esto lleva a que se produzcan situaciones en las que el Derecho civil considera lícita una acción que en el Derecho penal es antijurídica.

Sin embargo, entienden que ello no daría argumentos suficientes para renunciar al dogma de la unidad del ordenamiento jurídico. Más bien, estos autores creen en la necesidad de atender a una valoración general de la antijuridicidad cuando una conducta es antijurídica según los parámetros del Derecho penal, pero no lo es según los aceptados en otra rama³⁰⁸. Mediante la aplicación de las causas de justificación ajenas al Derecho penal se lograría poner en consonancia al postulado de la unidad del Derecho con la realidad³⁰⁹.

El puerto de llegada que tendrían estas ideas en la dogmática jurídico-penal es la postulación de un concepto de una antijuridicidad exclusivamente penal, que se desentiende relativamente del concepto de lo lícito que manejan otros sectores del ordenamiento. Según esta visión, cada rama del Derecho aspira a alcanzar finalidades diferentes y ello explica que cada segmento del ordenamiento establezca la antijuridicidad según parámetros diferentes³¹⁰. Con todo, seguiría existiendo una cierta vinculación con un concepto global de antijuridicidad en los casos en que el Derecho penal no justifica un caso que sí lo es en el Derecho civil, por ejemplo. De ahí que GÜNTHER entienda que la relación de la antijuridicidad penal con la antijuridicidad general sea de “*subordinación y especialidad*”³¹¹. Esto querría decir que, aún cuando el Derecho penal mantiene autonomía para seleccionar los comportamientos que considera merecedores de pena, sus valoraciones deben moverse dentro del marco de lo permitido y prohibido que le marcan las valoraciones generales de todo el Derecho³¹².

4. Como ha podido observarse en la exposición precedente, el enfrentamiento que existe entre ambas tesis deja de ser una cuestión puramente dogmática o político-criminal. En realidad, el concepto de la unidad del ordenamiento jurídico constituye el centro de las disputas de ambas tesis. Si bien ninguna de las dos posiciones deja de lado este postulado, los términos en los que es interpretada la unidad del Derecho dividen esencialmente ambos bandos al momento de entender el sistema de causas de justificación jurídico-penales.

Mientras que la posición favorable a la aplicación inmediata de las disposiciones justificantes extrapenales entiende la unidad del ordenamiento jurídico como un *enunciado fáctico*, la tesis contraria se acerca a entender este dogma como una *aspiración del sistema*. Puede decirse que cuando la doctrina mayoritaria alude a la unidad del ordenamiento está queriendo hacer referencia a que el Derecho *es* una unidad y, por tanto, todas las causas de justificación legalmente reconocidas deben concurrir simultáneamente. En este sentido, hablar de la mentada unidad implicaría hacer una *aseveración empírica*. En cambio, la tesis favorable a una aplicación sólo mediata de las causas de justificación extrapenales reconce que el Derecho *no siempre funciona como una unidad*, sin perjuicio de lo cual, ello es algo que debería alcanzarse por los agentes jurídicos.

Si es correcto el punto donde ubico la discordancia entre ambos posicionamientos, albergo serias dudas sobre la plausibilidad de los planteamientos que sigue la doctrina mayoritaria. La afirmación de que el Derecho funcionaría realmente como una unidad, no sé hasta dónde no se trata de una aseveración que peca por exceso de idealismo. En un contexto legal como el actual,

³⁰⁵ Precisamente, entiende GÜNTHER, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, p. 59, que “una dogmática jurídica que tiene en consideración las diferencias en las funciones y misiones de las diversas ramas del Derecho no contradice en absoluto la unidad del ordenamiento jurídico, sino que justamente la hace realidad”.

³⁰⁶ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 83 y ss.

³⁰⁷ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 90, “La diferencia de contenido constatada (entre al antijuridicidad civil y la penal) no permite trasladar el juicio de antijuridicidad de un ámbito del Derecho a otro. Puede darse con frecuencia el caso especialmente en el marco del Derecho de daños o del Derecho penal que un concreto comportamiento sea antijurídico bajo ambos puntos de vista, pero la coincidencia en el resultado no se sigue de la igualdad de principios sino del parecido de las regulaciones legales. Igualmente son posibles constelaciones en las cuales un comportamiento parece antijurídico para el Derecho de daños y sin embargo no para el Derecho penal y viceversa”.

³⁰⁸ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 114.

³⁰⁹ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 104 y ss. Según entiendo, esta tesis no sería muy distinta de la defendida por LARRAURI, en HASSEMER/LARRAURI, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, pp. 73-74.

³¹⁰ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 101; GÜNTHER, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, p. 47.

³¹¹ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 101.

³¹² GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 101-102.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

caracterizado por un intervencionismo jurídico excesivo en la gestión de la sociedad y en el que desde diversos sectores de poder se dicta todo tipo de norma o directiva, se hace cada vez más complicado partir de la aseveración de que el ordenamiento jurídico funciona como una unidad. Al contrario, creo que aumentan las posibilidades de que se produzcan incongruencias a la hora de fijar la conformidad o no a Derecho de los comportamientos.

Entiendo, en consecuencia, que la tesis favorable a una aplicación sólo mediata de las causas de justificación extrañas al Derecho penal tiene a su favor argumentos más sólidos a la hora de sustentar sus puntos de vista. En este caso, el juez estaría integrando al Derecho penal cuando acude a la normativa civil. Ello viene a significar que los tribunales ya no aplicarían las normas que conforman la base del sistema originario de causas de justificación, sino que el mismo estaría afectado por lagunas axiológicas que cabría integrar por algún método³¹³.

Empero, no debería pasar inadvertido que la postura favorable a la aplicación mediata de las disposiciones extrapenales no deja completamente claro el medio por el cual se integra el Derecho penal. Para algunos esta integración tendría lugar gracias a la analogía *in bonam partem*. Desde luego que esto presupone entender la analogía no sólo como un caso de creación judicial del Derecho, sino también como la importación de normas de una sub-sistema jurídico a otro³¹⁴.

En cambio, una segunda posibilidad es la que defiendo en este trabajo y que consiste en considerar a la aplicación de normas extrapenales como un mecanismo autónomo de integrar el Derecho penal. Vistas así las cosas, el Derecho penal podría solucionar sus inconsistencias axiológicas mediante la analogía *in bonam partem* y la aplicación de Derecho extrapenal.

A continuación profundizaré mis argumentos a favor de una interpretación del axioma de la unidad del ordenamiento jurídico que permite al Derecho penal configurar con relativa autonomía el juicio de la antijuridicidad y excluir los permisos extrapenales del sistema originario de causas de justificación jurídico-penales. Por otra parte, desarrollaré con algo más de detalle la manera de integrar las lagunas axiológicas que se presenta en estos casos.

CLA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO MERA ASPIRACIÓN RACIONALISTA

Que el Derecho tenga entre sus pretensiones más elevadas conformarse como un sistema coherente no parece ser algo que sea puesto en duda en nuestros días. El Derecho no sólo aspiraría a ser un sistema completo y libre de inconsistencias axiológicas, sino que además buscaría conformarse de tal modo que un mismo comportamiento no sea regulado de modo antagónico en sus diferentes ramas.

El postulado de la unidad del ordenamiento jurídico constituiría por tanto, junto a los dogmas de la completitud³¹⁵ y de la consistencia axiológica, un designio racionalista de todo sistema de normas. De este modo, la racionalidad del sistema quedaría ligada a la circunstancia de que una conducta sea considerada igualmente lícita o ilícita en todo el Derecho. Puede verse así que la unidad del ordenamiento jurídico constituye uno de los objetivos más elevados del Derecho, como así también una exigencia racionalista.

No obstante, junto a lo anterior conviene señalar que el hecho de que se tenga como aspiración racionalista la unidad del ordenamiento jurídico, no tiene porqué significar que el Derecho

³¹³ Creo que habla también a favor de que ni las normas civiles conforman el sistema originario de normas aplicables por el juez penal, ni las causas de justificación jurídico-penales conforman el sistema originario de las normas aplicables por el juez civil, el hecho de que en Alemania el StGB y el BGB regulan independientemente el estado de necesidad y la legítima defensa.

³¹⁴ Entendiendo que la analogía también puede consistir en aplicar en una rama concreta del Derecho una norma originaria de otra, ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 184; EL MISMO, en *Doxa (1985)* 2, pp. 226-227. Llevando estas ideas a las causas de justificación y mirando la aplicación de tipos permisivos ajenos al Derecho penal como supuesto de analogía *in bonam partem*, v. HIPPEL, *Deutsches*², pp. 229-230; TERÁN LOMAS, *PG*, pp. 349 y ss.

³¹⁵ Entendiendo precisamente que la exigencia de completitud es una de las pautas para medir la racionalidad del sistema, cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 232.

efectivamente funcione unitariamente a la hora de configurar la antijuridicidad³¹⁶. De hecho, puede constatar en la realidad que muchas veces se presentan supuestos en los que una rama del Derecho permite una conducta mientras que en otra se la considera prohibida.

Puede darse el caso de que una acción típica sea también valorada como antijurídica, pese a que el Derecho civil admite una causa de justificación que permite la realización del hecho. HELLMANN³¹⁷ trae el caso de un banco que, contra la voluntad expresa de su cliente que está de viaje, dispone que con el dinero de la cuenta se hagan los pagos de alimentos. Según el § 679 BGB el banco estaría justificado, pese a comportarse antijurídicamente según los §§ 266 y 246 StGB³¹⁸.

En consecuencia de ello podría decirse que cuando se emplea la expresión “*unidad del Derecho*” o “*unidad del ordenamiento jurídico*”, puede que quiera aludirse a dos cosas diferentes.

Por un lado, con estas locuciones podría querer hacerse una afirmación sobre cómo funciona realmente el Derecho en los sistemas jurídicos. En tal caso, estaríamos en un *plano descriptivo*, en el que se quiere dar constancia de una realidad y a partir de allí podría predicarse la verdad o falsedad de la afirmación. En cambio, la referencia a la unidad del Derecho podría tener lugar en un *plano prescriptivo* y con ello se aludiría a un valor que el Derecho debe alcanzar³¹⁹. En este último caso, ya no se hace una afirmación sobre lo que realmente sucede, sino que se postula un valor que debe procurar alcanzar el sistema jurídico en la medida de lo posible.

En este contexto puede decirse que la unidad del ordenamiento jurídico en su plano descriptivo es falsa. Ejemplos como el anteriormente expuesto demuestran que el ordenamiento jurídico no funciona de hecho como una unidad y, por tanto, en determinados sectores considera conforme a Derecho ciertos comportamientos que en otros pretende desalentar manteniendo su carácter antijurídico³²⁰. En consecuencia, un seguimiento del dogma de la unidad del Derecho desde un plano fáctico debe rechazarse de plano.

En realidad, conviene entender el principio de la unidad del Derecho en términos normativos. Esto permitiría concebir que el Derecho aspira a que no existan contradicciones sobre la valoración jurídica de las conductas relevantes para el ordenamiento. Afirmar ello no implica sostener también que los sistemas jurídicos funcionen como una unidad en la realidad³²¹. Justamente existen diversos motivos por los que no se logra la unidad del Derecho y de ahí que el sistema jurídico deba diseñar mecanismos que permitan armonizar la legislación para alcanzar la uniformidad del sistema.

D LAS EQUIVOCACIONES LEGISLATIVAS Y EL CARÁCTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL COMO RAZONES DE LA IRREALIZACIÓN PRÁCTICA DEL DOGMA DE LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. No siempre el sistema jurídico alcanza en la práctica el anhelo de configurarse como un todo armónico en el que una misma conducta reciba idéntico tratamiento jurídico en todas sus parcelas. El origen de este problema obedece a diversos factores y no creo que sea éste el lugar indicado para explicar todas las causas de la irrealización práctica de este postulado. Sin embargo, entiendo que basta con ofrecer dos de las causas posibles que, según mi parecer, de modo más directo inciden en la cuestión.

³¹⁶ De hecho puede decirse lo mismo en relación a los dogmas de la completitud del Derecho y de la consistencia axiológica, cfr. ORTEGO COSTALES, en *Revista de la Facultad de Derecho (1941)*, p. 65, “[s]i el supuesto de que la ley es completa y tiene una solución apropiada para todos los casos concretos fuera exacto, no habría duda ninguna sobre su admisión como fuente única del Derecho y con una limitación absoluta del arbitrio judicial. Pero como es esencial a la ley ser incompleta, como no pueden redactarse fórmulas que recojan en su integridad los fenómenos que tienen repercusiones jurídicas, es preciso hallar el medio de cubrir estas lagunas”.

³¹⁷ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 92-93.

³¹⁸ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 46-47, trae además como ejemplo que a mediados del siglo pasado los tribunales alemanes consideraban que el castigo de los maestros con fines correctivos, pese a ser considerado contrario a deber en el Derecho disciplinario y en el Derecho escolar, era justificado desde el punto de vista jurídico-penal.

³¹⁹ Creo necesario poner de manifiesto que esta distinción se deriva de la formulada por ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, pp. 235 y ss., en relación al concepto de plenitud o completitud del Derecho.

³²⁰ Destaca WÜRZBURGER, *Das Recht*, pp. 70-71, que ya en las sentencias del RG de finales del S. XIX y comienzos del XX se hacen algunas diferencias entre los efectos de las causas de justificación jurídico-civiles y las jurídico-penales.

³²¹ De ahí que también HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 104-105, hable de la “*misión de uniformización*” del legislador y el juez.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Por una parte, la tarea legislativa puede verse afectada por los errores que cometen los sujetos que intervienen en ella. Por otro lado, la posibilidad de que el legislador penal pueda elegir los bienes jurídicos y los ataques a éstos que pueden ser atendidos por el Derecho penal, evidencia que la configuración del Derecho penal se mueve con mayor independencia de la que parecería exigir una interpretación amplia del dogma de la unidad del ordenamiento jurídico. Por tanto, el carácter fragmentario del Derecho penal sería otra de las circunstancias que obstaculizaría la implementación práctica del dogma en discusión.

2. En el estado de evolución de la discusión jurídica que nos encontramos ya no creo que sea posible sostener la figura de un legislador racional que al momento de legislar no cometa ningún error. Ello condiciona en buena medida no sólo la realización del postulado de la unidad del Derecho. Igualmente puede decirse lo mismo respecto a los axiomas de la completitud del Derecho y al de su consistencia axiológica. Si bien el constituyente y el legislador penal han garantizado la completitud del ordenamiento jurídico a partir de la fijación del principio de legalidad, los restantes postulados se ven afectados inevitablemente en la práctica. Justamente esto es lo que sucede con las lagunas axiológicas, dado que ellas se deben a un descuido del legislador, en virtud del cual deja de considerarse relevante una propiedad que debería serlo.

Este contexto ayuda a comprender que parecería algo ilusorio pretender que la unidad del Derecho sea un hecho constatable en la práctica. El legislador puede equivocarse al momento de atender a las necesidades regulativas de cada rama del Derecho y atribuir consecuencias jurídicas contradictorias a un mismo comportamiento.

Lo que debe dejarse en claro es que estas dificultades prácticas no deben llevar a la negación de la unidad del ordenamiento jurídico. En verdad, lo que se exigiría es dejar de tener como principal agente realizador de este postulado al legislador. Ciertamente, el legislador debería regular los comportamientos armónicamente en todo el Derecho, pero la unidad del ordenamiento debería tener también como agente realizador al juez³²². Este último intevendría cuando se constata que el legislador ha errado y se ha producido una incoherencia en una regulación concreta. Así, como el juez debería ayudar a salvar las inconsistencias axiológicas que se han producido por descuido del legislador, igualmente le cabe al aplicador del Derecho intervenir para realizar la unidad del Derecho³²³.

3. La segunda de las causas tiene ya que ver con cuestiones puramente jurídico-penales y que se vinculan, en lo esencial, con las posibilidades del Derecho penal de mantener cierta autonomía en la configuración del injusto. En concreto, interesa ver cómo se combinan el carácter fragmentario del Derecho penal con la unidad del ordenamiento jurídico.

Uno de los principios más fuertemente enquistados en la tradición liberal del Derecho penal es el de fragmentariedad. Según éste, el Derecho penal debe tutelar tan sólo aquellos bienes jurídicos que sean más altamente valorados por la sociedad frente a las afectaciones más agudas de éstos³²⁴. Esto importaría reconocerle al Derecho penal cierta autonomía a la hora de seleccionar el material social que estaría dispuesto a regular. Igualmente, representaría admitir que el Derecho penal tiene unas finalidades autónomas —diferentes de las del ordenamiento jurídico globalmente considerado— y que se proyectarían en las regulaciones jurídico-penales. Éste es un fenómeno que caracteriza tanto al Derecho penal como también a las restantes ramas del Derecho que conservan cierta autonomía para demarcar su propio ámbito de regulación³²⁵.

Todo ello muestra que tomarse en serio el carácter fragmentario del Derecho penal obligaría a replantearse seriamente cómo es entendido el concepto de unidad del ordenamiento jurídico y, en

³²² HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 104-105.

³²³ De ahí que se sostenga que el principio de la unidad del ordenamiento jurídico presupondría que “se instruiría a la legislación y a la aplicación del Derecho penal para conseguir resultados acordes al sistema, consecuentes, libres de contradicciones, considerando en sus decisiones los valores comunes del ordenamiento jurídico, procediendo teleológica y sistemáticamente”, cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 97.

³²⁴ ROXIN, *AT*⁴, I, § 2, n.m. 97, p. 45; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, pp. 52-53; MAURACH/ZIPE, *AT*⁸, I, § 2, n.m. 10, p. 24; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹, § 3, n.m. 11, p. 12.

³²⁵ Próximo a ello, NOLL, *Übersetzliche*, p. 16, “[I]a unidad del injusto no significa en todo caso que un comportamiento que está gravado en un ámbito del Derecho con una sanción desaprobatoria debería tener también en otro ámbito del Derecho consecuencias jurídicas. Ella prácticamente sólo es importante donde un ámbito jurídico presupone, en relación a sus consecuencias jurídicas, relaciones que en otra rama del Derecho están reguladas, y también sólo cuando estas relaciones son asumidas en su mismo significado no cambiante”.

especial, de la antijuridicidad. Cada sector del Derecho tiene sus propias finalidades y procura regular la realidad atendiendo en primer lugar a éstas³²⁶. El Derecho penal no sólo selecciona qué bienes jurídicos va a proteger, sino que también emplea criterios autónomos para configurar el concepto del injusto.

Si precisamente la antijuridicidad material se mide a partir del grado de afectación de un bien jurídico-penalmente tutelado y éste, a su vez, es definido por el propio Derecho penal, resulta algo sorprendente negar que aquí el Derecho penal ha configurado autónomamente el concepto de injusto³²⁷. Entiende GÜNTHER³²⁸ que “[s]i el injusto es seleccionado en el ámbito del tipo penal según criterios específicos del Derecho penal, entonces, ya por razones de lógica, tiene que regir lo mismo para el *actus contrarius*, o sea, para la exclusión del injusto jurídico-penalmente relevante”. Quedaría así abonada la idea de que el Derecho penal se regiría por sus propios criterios a la hora de fijar el concepto del injusto penal, del mismo modo que fijaría las condiciones bajo las cuáles ese injusto se ve excluido³²⁹.

Por esta vía puede explicarse que existan ciertos atentados contra los bienes jurídicos que para algunos sectores del ordenamiento son conformes a Derecho mientras que en otros no lo son. En el caso alemán, muestra GÜNTHER que las simples privaciones de la posesión y las vulneraciones contractuales dolosas son impunes, lo cual no excluye que en otras ramas del Derecho sean tenidas como ilícitas³³⁰. Por todo ello, entiendo que la única manera de armonizar el concepto de injusto con el principio de fragmentariedad es manteniendo un concepto de antijuridicidad exclusivamente penal^{331/332}.

Sirve para complementar la anterior idea la de destacar que incluso dentro de algunas ramas del Derecho se manejan diferentes conceptos de antijuridicidad. Constata HELLMANN³³³, a partir de las disposiciones del BGB, que el mismo Derecho civil definiría la antijuridicidad en algunos casos como la contradicción contra el ordenamiento jurídico, mientras que en otros la entendería como la oposición a las buenas costumbres o la contradicción con las normas del Derecho. En relación al Derecho público, afirma además GÜNTHER que en la discusión domina la opinión de que existiría un concepto autónomo de antijuridicidad para esa rama del Derecho³³⁴.

Todo ello, entre tanto, no importa negar cierta subordinación del Derecho penal a las valoraciones generales del sistema jurídico. Las consideraciones jurídicas generales podrían ser tenidas en cuenta a la hora de justificar las conductas penalmente típicas, pero recién cuando se constate la necesidad de integrar una laguna axiológica.

La unidad del ordenamiento jurídico no debería tener como función la anulación de toda diferenciación que exista en cada rama del Derecho. Ciertamente, la observación de las consecuencias que tiene una respuesta jurídica para todo el ordenamiento jurídico debe tener lugar a partir de una revisión en un paso secundario³³⁵, esto es, en la integración del Derecho.

³²⁶ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 83. Precisamente, entiende GÜNTHER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 381, que acoger un único concepto de antijuridicidad confronta abiertamente con los principios de un sistema jurídico-penal pretendidamente teleológico.

³²⁷ Así, GÜNTHER, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, p. 48; EL MISMO, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, pp. 386 y ss.; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 110. Incluso resulta poco comprensible que un autor como ROXIN, *AT*, I, § 7, nn.mm. 64-67, pp. 224-225, que niega la existencia de un injusto exclusivamente penal, abogue por la posibilidad de distinguir entre injusto (más vinculado a los fines jurídico-penales) y antijuridicidad (vinculado a las valoraciones generales del ordenamiento). Pone también de relieve esta crítica a ROXIN, GÜNTHER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, pp. 382 y ss.

³²⁸ GÜNTHER, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, pp. 49-50.

³²⁹ En este sentido, entiende HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 84-85, que el Derecho penal se basaría en comportamientos humanos exclusivamente al momento de formular el juicio de antijuridicidad, mientras el Derecho civil tomaría como base además el estado o la situación. Además el Derecho penal atendería a conductas ya acaecidas mientras que el Derecho civil apuntaría a hechos futuros. En cambio, afirma que la independencia del Derecho penal sólo se manifiesta en el nivel de la tipicidad, LK/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 10.

³³⁰ GÜNTHER, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, pp. 46-47.

³³¹ Defienden también estos planteamientos, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 84; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 90, quien incluso lleva un poco más lejos que GÜNTHER la independencia de la antijuridicidad penal.

³³² Pone de manifiesto GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 39-40, que la aceptación de un injusto específico para cada rama del Derecho aparece nítidamente plasmado en la exposición de motivos del proyecto-modelo de ley de policía que se presentó en Alemania en 1976.

³³³ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 83.

³³⁴ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 75 y ss.

³³⁵ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 93.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Según mi parecer sería conveniente entender acertadas las ideas de GÜNTHER en relación al papel que juega el principio de la unidad del ordenamiento jurídico frente a la autonomía del Derecho penal para conformar la antijuridicidad. Desde este punto de vista, la aprobación o desprobación de un comportamiento sería competencia de cada ámbito específico del Derecho, mientras que el límite entre lo justo y lo injusto es algo que se delimita a partir de las valoraciones de todo el ordenamiento³³⁶. El Derecho penal quedaría subordinado a esta delimitación que se realiza a partir de las valoraciones del Derecho en su conjunto, de modo que sólo podría justificar comportamientos que son considerados *justos* según las valoraciones generales³³⁷. De ello también se sigue que no podrá el Derecho penal justificar una acción que sea injusta a las luces del sistema.

EL LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO PENAL MEDIANTE LA APLICACIÓN DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EXTRAPENALES Y NO MEDIANTE LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM*

Entiendo que los argumentos ofrecidos anteriormente permiten sustentar la tesis de que las causas de justificación extrapenales no tienen una aplicación inmediata en el Derecho penal. Al contrario, debe seguirse que su aplicación será sólo subsidiaria, de modo que su importación al Derecho penal quedará subordinada a que el sistema penal no cuente con ninguna causa justificación que excluya la antijuridicidad del concreto comportamiento típico³³⁸. Con ello quiero significar que, a la hora de solucionar casos que se presentan en el foro penal, no se ubican en un mismo nivel las causas de justificación del Derecho penal, del Derecho civil, del Derecho público, etc³³⁹. Por tanto, prevalecerán frente a las restantes las normas jurídico-penales que excluyen el injusto penal.

El sistema originario de causas de justificación que deberá aplicar el juez penal estará conformado tan sólo por aquellas normas de naturaleza jurídico-penal³⁴⁰. El juez no debería rastrear todas las disposiciones permisivas que se encuentran repartidas por todo el ordenamiento. No sólo existen razones de fondo para sostener esto y que tienen que ver con la proyección del principio de fragmentariedad sobre la noción de la unidad del Derecho³⁴¹. Además hablan a favor de tomar como base del sistema únicamente tipos permisivos del Derecho penal razones de economía de trabajo³⁴², dado que evitan al juez tener que hacer un rastreo exhaustivo de causas de justificación en todo el Derecho. Puede suceder que baste con acudir a una justificante penal para solucionar un caso, sin necesidad de importar todas las causas de justificación contenidas en el ordenamiento.

Cabría entonces responder ahora a la cuestión de las circunstancias bajo las cuales se debe recurrir a las causas de justificación ajenas al Derecho penal. Para que esto suceda no basta con que se constate, por ejemplo, que el Derecho civil reconoce una causa de justificación que el Derecho penal no recepta en ninguna disposición. Podría suceder que el legislador penal concientemente haya omitido reconocer legalmente semejante causa de justificación, por entenderlo contrario a las finalidades del Derecho penal³⁴³. Esta discordancia regulativa entre el Derecho civil y el Derecho penal sólo supondría una *condición necesaria*, aunque no suficiente, para integrar el Derecho penal mediante la aplicación de la regulación extrapenal.

³³⁶ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 100-101. Próximo a ello, DIEZ RIPOLLES en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, pp. 127 y ss., 141-144.

³³⁷ Según HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 9, pese a que normalmente se asociarían como sinónimos los términos injusto y antijuridicidad, la última alude a la contradicción de la conducta del autor con el ordenamiento jurídico, mientras que el injusto importaría una cuestión más sustancial.

³³⁸ Incluso ROXIN, *AT*⁴, I, § 16, n.m. 2, p. 724, quien hace una fuerte defensa del principio de la unidad del ordenamiento jurídico, acaba sosteniendo que las causas de justificación jurídico-civiles venían a colmar lagunas que tenía el RStGB.

³³⁹ Así, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 60.

³⁴⁰ HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 101-102, quien también incluye las causas de justificación contenidos en el StPO.

³⁴¹ Conviene aquí aclarar que cuando se habla del carácter fragmentario del Derecho penal, se está aludiendo a que el Derecho penal procura tutelar los bienes jurídicos más valiosos frente a los atentados más graves. Hablar de la *fragmentariedad de la protección penal* no lleva necesariamente a reducir el papel de este principio al ámbito de la tipicidad. A mi modo de ver, aludir a la protección penal importa incluir las consideraciones en torno al modo en que se excluye la antijuridicidad del hecho típico.

³⁴² HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 107-108.

³⁴³ Básicamente ello sucedió, según mi parecer, durante la vigencia del RStGB, dado que mientras que el Derecho civil consideraba conforme a Derecho el hurto cometido en una situación de necesidad, el Derecho penal consideraba antijurídico ese atentado contra el derecho de propiedad.

La otra condición que debería concurrir para que puedan transportarse las disposiciones jurídico-civiles desde su lugar de origen al Derecho penal es que *exista una laguna axiológica*³⁴⁴. Esto quiere decir que además de existir una causa de justificación que el Derecho penal no reconoce, esta omisión del legislador penal debe tratarse de un descuido. Recién cuando se constata la confrontación entre la tesis de relevancia del legislador y la hipótesis de relevancia que manejaría el juez será posible traer normas extrapenales.

Puede verse que el modo de integrar esta laguna axiológica no se identifica con la analogía, sino que se produce mediante la *aplicación de Derecho extrapenal*. Por otra parte, no debe pasar inadvertido que en la institución de las causas de justificación la integración del Derecho penal mediante la aplicación de normas ajenas a él no sólo cumple la función de salvar inconsistencias axiológicas. Además, gracias a este medio de integración pueden satisfacerse las exigencias del dogma de la unidad del ordenamiento jurídico. De ahí que pueda decirse que la aplicación de Derecho extrapenal permite en las causas de justificación no sólo garantizar la consistencia axiológica del sistema jurídico-penal, sino que además logra llevar a la realidad la exigencia de la unidad del Derecho.

La analogía *in bonam partem* tendrá en realidad un papel subsidiario en la integración del sistema de causas de justificación jurídico-penales. Tiendo a verlo así ya que frente a la existencia de una laguna axiológica en las causas de justificación, debería reconocerse prioridad a la integración que tiene lugar mediante la aplicación de Derecho extrapenal. El papel de la analogía favorable quedaría reservado a los casos en los que tampoco existe en las restantes ramas del Derecho una disposición que logre salvar la laguna axiológica. Aquí el juez debería crear judicialmente una causa de justificación a partir de la analogía *legis* o *institutionis in bonam partem*³⁴⁵.

VI ¿ANALOGÍA *IURIS IN BONAM PARTEM* EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN?

En los capítulos referidos a los fundamentos del principio de legalidad y a la metodología jurídico-penal expuse mis argumentos en contra de admitir la analogía *iuris in bonam partem*. Pese a que el recurso a ella se hace a los efectos de reducir la injerencia del Estado en los bienes más preciados del ciudadano, apuntaba que con ello pueden verse seriamente afectadas las aspiraciones del Derecho penal a desalentar atentados contra bienes jurídicos. Igualmente esta actitud proclive a admitir sin reparos todo tipo de ampliación de los espacios de libertad puede sacrificar ciertos márgenes de seguridad jurídica. A ello se agregaban, por cierto, otras dudas que tienen que ver con su estatuto epistemológico.

En las causas de justificación no parece suceder algo diferente. De este modo, no dejan de abrigarse serias dudas sobre el hecho de que el juez pudiese recurrir a la analogía *iuris in bonam partem* para justificar conductas típicas. Un recurso a los principios generales del Derecho, del Derecho penal, o incluso a los principios del Derecho natural, no deja de parecerme un exceso del juez³⁴⁶. Sigo viendo que tomar como molde principios de semejante amplitud y tan abstraídos de las normas del sistema —sean normas concretas o instituciones jurídico-penales— para crear una causa de justificación fruto de la analogía, representa un medio en el que se refugia solamente la opinión personal del juez³⁴⁷.

De modo que, al recurrirse a los principios de culpabilidad, de subsidiaridad o de fragmentariedad, sólo se está acudiendo a fórmulas vacías en las que casi todo cabe. Existiría aquí el problema de que la función de molde que tienen los principios en la analogía *institutionis*, se vería fuertemente debilitada en la analogía *iuris*, porque estos principios serían más indeterminados y no tendrían ningún tipo de consecuencia jurídica. La explicación de esto último podría encontrarse en su alejamiento de las reglas jurídico-penales y las instituciones jurídico-penales.

³⁴⁴ De modo similar aunque empleando otra terminología, HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, pp. 98, 114.

³⁴⁵ Esta idea se aproxima a una de las tesis mantenidas por GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 296, en cuanto la analogía favorable al autor del hecho debería aparecer solamente cuando las causas extrapenales de justificación no son aplicables al caso concreto.

³⁴⁶ Próximo a ello, WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, pp. 508-509.

³⁴⁷ De otra opinión, FORNASARI, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 43, quien, aludiendo al caso alemán, entiende que las causas de justificación creadas judicialmente proceden del principio de *proporcionalidad* o de *contradicción interna*, los cuáles serían principios generales del Derecho.

CAPÍTULO 3: LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

El rechazo a recurrir a principios de gran abstracción que acaben constituyendo el camuflaje de la arbitrariedad del juez no ha pasado desapercibido por completo en la literatura jurídico-penal. Ya en tiempos de intensa discusión sobre el papel del estado de necesidad justificante supralegal y el rol del RG en la creación de causas de justificación, la doctrina³⁴⁸ hizo explícitos los temores de que se pusiera en jaque la seguridad jurídica³⁴⁹. Se buscaba que, inclusive cuando el juez pueda trabajar con criterios materiales para fundamentar la exclusión de la antijuridicidad, la apelación a elementos extrajurídicos no trajera efectos indeseados en el funcionamiento del sistema, exagerando las funciones del juez.

Así, entiende Eb. SCHMIDT que el ideal de seguridad jurídica, que presupone una clara delimitación entre lo jurídico y lo contrario a Derecho, sería puesto seriamente en peligro cuando se aceptan ampliamente en el ámbito de la tipicidad o de la justificación fórmulas valorativas que necesitan ser rellenadas³⁵⁰. En este sentido agrega que el

...peligro se fortalece cuando el juez no sólo depende de tales fórmulas valorativas que necesitan ser rellenadas dentro de los tipos y de las causas de justificación, sino también, en gran medida, solamente de un trabajo con todas las ideas fundamentales en las que se basa el Derecho, como es el caso del problema del fin de la complementación del Derecho comentado en este trabajo...³⁵¹.

Justamente por estos motivos el RG en su sentencia del 11 de marzo de 1927 rechaza que la creación del estado de necesidad justificante supralegal tenga lugar mediante el principio derivado de la teoría del fin³⁵². Entiende que este principio es excesivamente laxo y su reconocimiento conduciría en la praxis a consecuencias dudosas, que sólo dificultosamente pueden ser aceptadas por el Derecho, el cual aspira a alcanzar ciertos márgenes de seguridad jurídica^{353/354}.

Podría uno animarse a interpretar que cuando el RG rechaza la teoría del fin por entender que es excesivamente amplio el principio del “medio adecuado para alcanzar un fin justo reconocido por el Estado” estaría implícitamente aludiendo a un principio general del Derecho. Podría inducirse de los argumentos esgrimidos por el tribunal en contra de la aceptación de este principio, que su estructura y el nivel en el que opera es francamente similar al de los principios utilizados en la analogía *iuris in bonam partem*. El grado de amplitud y la abstracción que se le reclama sería el mismo que se le reprocha a los principios que fundamentan todo el Derecho y que me llevan a rechazar que el juez pueda tomar como base semejantes materiales normativos.

Entiendo que el principio postulado por la teoría del fin es un principio general del Derecho. Su recurso en la analogía *in bonam partem*, entonces, estaría proscripto. Pese a que sus sustentadores buscaron defenderlo como un principio que fundamenta a la institución de las causas de justificación, la jurisprudencia y parte de la doctrina habrían entendido que se trataría de un principio que funciona en un nivel más alto de abstracción. Creo que haciendo esta lectura del debate es posible entender mejor los motivos del rechazo de la teoría del fin para crear causas supraleales de justificación. Además creo que esta interpretación permite mostrar que ya en aquellos tiempos estaba implícita la idea de que la analogía *in bonam partem* no debería tener lugar en ciertos ámbitos y que tampoco estaría permitido construir judicialmente una eximente a partir de cualquier clase de principio.

³⁴⁸ SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, pp. 404 y ss.; MARX, *Grundprinzipien*, pp. 10-11; KÖHLER, *Der Notstand*, pp. 51 y ss.

³⁴⁹ Sin embargo, parecía mostrarse favorable acudir a los principios generales del Derecho o *rationes iuris* para colmar el Derecho penal, NOLL, *Übergesetzliche*, pp. 14-15.

³⁵⁰ SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, pp. 404 y ss.

³⁵¹ SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, pp. 405-406.

³⁵² RGSt. T. 61, p. 253. Destacando también esta idea en la doctrina, ROXIN, *AT*, I, § 16, n.m. 4, p. 725; GRÜNHUT, en *ZStW* (1931) 51, p. 458; WACHINGER, en *FRANK-FS*, I, pp. 485-486.

³⁵³ Pese a que SCHMIDT, en *ZStW* (1929) 49, p. 407 es un conocido defensor de la teoría de fin, no oculta sus dudas por la amplitud del principio y por moverse en un alto plano de abstracción.

³⁵⁴ Mostrando, sin embargo, mayor confianza en este principio y reconociéndole incluso una gran importancia a la hora de limitar el recurso a la analogía *in bonam partem* en relación al § 904 BGB, GRÜNHUT, en *ZStW* (1931) 51, pp. 462-464. En este sentido señala que “[l]a ley determina que para la evitación de un daño desproporcionado está permitida la acción sobre una cosa. La ampliación por analogía no conduce a que estén permitidas a partir del mismo fin injerencias en todos los otros bienes jurídicos, sino que sólo cuando ese medio deba valorarse como parecido a los perjuicios de bienes materiales ajenos”. Complementando su argumentación en favor de la teoría del fin agrega GRÜNHUT que se debería determinar primero cuál es el fin protegido por el Estado y luego se determinarían qué medios empleados para su protección serían idóneos. Justamente en la valoración de los medios empleados está el límite al *estado de necesidad justificante supralegal*: la acción justificada debería tratarse del único medio para alcanzar el fin.

CAPÍTULO 4

LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

I PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

A INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se analizan algunos de los puntos más debatidos de la dogmática de las causas supralegales de exclusión de la culpabilidad a partir de la concepción de la legalidad y de los postulados metodológicos asumidos en esta tesis. En general, el acercamiento al problema desde esta óptica no debe pretender ser visto como una exposición de *todas* las cuestiones en las que la analogía *in bonam partem* se ve involucrada al excluir la culpabilidad. En realidad, sólo será entendida correctamente esta aportación cuando se la interprete como un diseño *general* sobre cómo funciona y cómo debe funcionar la analogía *in bonam partem* en esta categoría de la teoría del delito. Por esta razón, se han elegido sólo algunos de los problemas más relevantes que permiten mostrar la aptitud de los postulados generales desarrollados en los primeros dos capítulos y sacar conclusiones sobre el genuino papel que cumple la analogía *in bonam partem* en la exclusión de la culpabilidad.

Sentado lo anterior, sólo resulta posible explicar el funcionamiento de la analogía *in bonam partem* sobre el conjunto de causas de exclusión de la culpabilidad diseccionando los diversos elementos que la conforman. En concreto, se defiende por la actual doctrina dominante¹ que la culpabilidad tiene como presupuestos la imputabilidad, la posibilidad de conocer o el conocimiento de la antijuridicidad y la normalidad de las circunstancias concomitantes².

Cada uno de estos presupuestos falta en caso de concurrir determinadas circunstancias que son reconocidas por el legislador. Falta la culpabilidad cuando no puede decirse que el sujeto sea imputable al concurrir una causa de inimputabilidad, sea por su minoridad o por los trastornos mentales que la persona padece. Igualmente, la falta de conocimiento de la antijuridicidad puede determinar la impunidad cuando el autor obra en error de prohibición invencible. Por último, no puede reprocharse a un sujeto su comportamiento cuando éste tuvo lugar en un contexto tal de anormalidad que al sujeto no le era exigible una conducta acorde al Derecho. Entre estas últimas causas de liberación de pena el legislador incluye al estado de necesidad exculpante, al exceso en la legítima defensa, etc.

Desde esta perspectiva me parece adecuado analizar la actuación de la analogía *in bonam partem* en las causas de inimputabilidad, en el error de prohibición y en las causas de exculpación. En cada uno de estos sectores procuraré considerar tanto la posibilidad de reconocer lagunas axiológicas en las respectivas regulaciones, como así también el modo en el que la analogía *in bonam partem* permite colmar estas lagunas.

Tendremos oportunidad de ver que la inimputabilidad despierta un gran interés, al ser un terreno en el que prácticamente no se ha debatido sobre el papel de la analogía. Cabe adelantar, que la especial técnica legislativa empleada para regular los casos de inimputabilidad permite concluir que no

¹ ROXIN, *AT*⁴, I, § 19, n.m. 1, p. 851; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 429. En términos similares, KINDHÄUSER, *AT*, § 21, n.m. 12, pp. 170-171; NOWAKOWSKI, en *SchwZStr* 1950 (65), p. 302; MIR PUIG, *PG*⁷, nn.mm. 20-22, pp. 527. Coincidiendo en lo esencial aunque agregando otros elementos, WESSELS/BEULKE, *AT*⁹, § 10, n.m. 408, p. 141.

² Recordemos que a estas circunstancias se le reconoce una relevancia explícita en la culpabilidad a partir de la obra de FRANK, *Sobre la estructura*, p. 51, “[a]normales son, según el concepto del legislador, las circunstancias concomitantes que para el autor (o a veces también para un tercero) significan un peligro”.

es posible reconocer lagunas axiológicas en la regulación. De este modo, tampoco haría falta admitir causas supraleales de inimputabilidad. Sin embargo, existen algunas otras cuestiones relevantes que llevan a esta conclusión y que serán analizadas también en el marco de este estudio.

Desde una mirada retrospectiva, será posible encontrar en las páginas posteriores reflexiones sobre el modo de aparición del error de prohibición exculpante cuando el legislador todavía no había plasmado en la ley su relevancia. La comparación entre las situaciones legales y jurisprudenciales alemanas, italianas y españolas será un buen banco de prueba para las reflexiones metodológicas. Además, se ofrecerá al lector la posibilidad de comprender que la doctrina de estos tres países tuvo que solucionar breves metodológicos de carácter diferente.

En relación a las causas supraleales de exculpación me centraré principalmente en el debate sobre la posibilidad de extender la regulación del estado de necesidad exculpante a situaciones análogas a él. En este marco se analizará la cuestión relativa a las lagunas axiológicas y a los casos en los que es factible recurrir a la analogía *in bonam partem*. Principalmente será de interés delimitar los supuestos en los que cabe admitir esta extensión analógica, sin con ello frustrar las finalidades preventivas del Derecho penal, en virtud de una ampliación judicial desmedida de la exculpación. Será posible observar que solamente aquellas circunstancias entendidas como comunidades de peligro pueden exculparse por vía supraleal. Esto último fortalece la idea de que la analogía *in bonam partem* no puede operar en el Derecho penal liberada por completo de limitaciones.

Al margen de la progresión de la analogía *in bonam partem* en los tres presupuestos de la culpabilidad, se examinarán en general los fundamentos de la admisión de la creación judicial de estas eximentes. En igual sentido, es elemental indagar sobre el alcance del concepto de inexigibilidad y, con ello, sobre los verdaderos fundamentos de la institución de la exclusión de la culpabilidad.

Por último, me interesa en este planteamiento de la cuestión hacer una aclaración de carácter terminológico. A todas estas aproximaciones sobre la exclusión de la culpabilidad subyace la tesis de que cabe separar las denominadas causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto (causas de inimputabilidad y error de prohibición invencible) y las causas de exculpación³. Para evitar confusiones, a la hora de aludir al conjunto de estos dos grupos emplearé la expresión *causas de exclusión de la culpabilidad en sentido amplio* o lato o bien *causas de exclusión de la culpabilidad* a secas. Mientras que, cuando quiera hacer referencia al grupo que congrega al error de prohibición y a la inimputabilidad, aludiré a *causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto*. La expresión "*causas de exculpación*" quedará reservada para las causas que excluyen la responsabilidad por la anormalidad de las circunstancias concomitantes⁴.

B ACEPTACIÓN DOCTRINAL DE LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* Y LAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN CUANTO A SU LEGITIMIDAD

Al igual que lo que sucede con las causas de justificación, la analogía *in bonam partem* es un tópico que desde comienzos del siglo pasado ha despertado gran interés en la doctrina. De modo similar, la jurisprudencia de la primera mitad del siglo pasado, más inconsciente que conscientemente, apeló a la analogía para salvar deficiencias axiológicas no deseadas por el legislador penal.

Tanto en las causas de justificación como en las causas que excluyen la culpabilidad, la analogía *in bonam partem* se vio beneficiada por la proliferación de las concepciones materiales de la antijuridicidad y la culpabilidad, respectivamente⁵. Hablaría, por tanto, a favor de la analogía *in bonam partem* aceptar que la exclusión de la antijuridicidad de una conducta y el levantamiento del reproche de culpabilidad no pueden quedar reducidos a los criterios formales de la ley. Puesto que esta sería una materia parcialmente inabarcable por el legislador, quedaría en manos del juez ampliar el catálogo de

³ Distinguiendo entre causas de exculpación y causas de exclusión de la culpabilidad, KÜHL, *AT*⁵, §§ 11, 12, n.m. 1, pp. 298 y ss.; Schönke/Schröder⁷²-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., n.m. 108. Rechazando esta distinción, ROXIN, *AT*⁴, I, § 19, n.m. 57, pp. 877-878; MüKo-SCHLEHOFER, Vor §§ 32 ff., n.m. 199.

⁴ Cabe aclarar que se entiende en este trabajo que el concepto de culpabilidad también abarca a la categoría de la responsabilidad.

⁵ Destacando esta idea en relación a las causas supraleales de exculpación, MELENDO PARDOS, *El concepto*, pp. 172-174.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

causas que excluyen el castigo a partir de criterios ajenos a la ley. En este ámbito la analogía sería una herramienta imprescindible para juez.

Sin embargo, las simetrías que guarda la analogía *in bonam partem* respecto a estas dos clases de eximentes, no pueden ocultar que la doctrina haya aceptado de modo diverso la creación de causas supralecales de justificación y de exclusión de la culpabilidad⁶. Debe decirse que las reservas que desde siempre la doctrina ha exteriorizado en el terreno de la exclusión de la culpabilidad respecto a la analogía *in bonam partem* son mucho más marcadas que en relación a las causas de justificación⁷. Ello explica, en buena medida, que las tesis contrarias a las ampliaciones analógicas de causas que excluyen la culpabilidad sean mucho más numerosas y consistentes que las que pueden hallarse en el ámbito de las causas de justificación.

En términos generales puede darse por sentado que en la discusión jurídico-penal de los últimos cien años se acepta de modo claramente mayoritario la creación analógica de causas de exclusión de la culpabilidad⁸. Se entendería que la prohibición de analogía que alcanza al juez en relación a los delitos o las agravantes no debería trasladarse al sector de la exclusión de la culpabilidad. Los argumentos que se han ido esgrimiendo a lo largo de los años en favor de ello se han apoyado en diversas razones. Ellas podían derivarse de exigencias de justicia⁹ o bien tener naturaleza dogmática¹⁰ (teoría de la doble disminución, principio de culpabilidad) o político-criminal¹¹.

Una razón adicional para no poner reparos a la analogía *in bonam partem* en esta institución jurídico-penal es que, a diferencia de lo que sucede en las causas de justificación, no se produciría una ampliación mediata de la punibilidad. Dado que una causa supralecale de exclusión de la culpabilidad no afectaría el carácter antijurídico del hecho, no se verían reducidas las facultades de defensa de quien sufre una actuación amparada en una exculpación supralecale¹². A partir de ahí puede decirse que esta persona mantendría la posibilidad de ejercitar una legítima defensa, al encontrarse ante una agresión que tiene carácter antijurídico.

No obstante, esta aceptación general de la analogía *in bonam partem* en la culpabilidad no puede ocultar las reservas de sus sustentadores respecto a una admisión ilimitada de ella. La preocupación por hallar estos límites ha sido una constante en los debates doctrinales a lo largo de las décadas.

Basta con atender a las trabas que, desde principios de los años 30', la doctrina¹³ y la jurisprudencia¹⁴ alemana han puesto para aceptar la exculpación de los delitos dolosos por la vía de la *inexigibilidad*. En aquel entonces parecía cuestionable que una persona que conocía cabalmente las circunstancias fácticas del tipo y de la prohibición mereciera una exculpación ajena a la ley¹⁵. De ahí que la *inexigibilidad* se haya reconocido como una causa supralecale solamente en relación a los delitos imprudentes y los omisivos¹⁶.

⁶ De otra opinión, GOLDSCHMIDT, *La concepción*, pp. 106-107, para quien las cuestiones atinentes a las causas de exclusión supralecale de la culpabilidad deben plantearse en iguales términos que en las causas de justificación.

⁷ Entiende MAURACH, *Kritik*, pp. 129-130, que el motivo por el que cabe admitir causas supralecales de justificación y no de exculpación es porque las primeras proceden de todo el Derecho y son una materia imposible de regular por completo. En cambio, la exclusión de la culpabilidad sólo se regiría por criterios jurídico-penales, por criterios solamente contenidos en el Código penal.

⁸ Cfr. WESSELS/BEULKE, *AT*³⁴, § 10, n.m. 452, p. 158; ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, nn.mm. 146 y ss., pp. 1025 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, pp. 502 y ss.; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., n.m. 115; ACHENBACH, en *JR* (1975), pp. 495 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 11, n.m. 33, pp. 476-477; MüKo-SCHLEHOFER, Vor §§ 32 ff., n.m. 211; CEREZO MIR, *PG*⁵, I, p. 158.

⁹ Analizando la etapa de la evolución de la *inexigibilidad* en la que predominan los argumentos de justicia para crear causas supralecales de exculpación, cfr. MELENDO PARDOS, *El concepto*, pp. 407 y ss.

¹⁰ KÜHL, *AT*⁵, § 12, nn.mm. 159 y ss., pp. 332 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, pp. 502 y ss.; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., n.m. 115.

¹¹ ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, n.m. 148, pp. 1052-1026.

¹² ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, n.m. 3, p. 964; JAKOBS, *AT*², Ap. 12, n.m. 16, p. 386; KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 266.

¹³ DROST, en *GA* (1933) 77, pp. 178-179; MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, pp. 462 y ss.

¹⁴ RGSt. T. 66, pp. 397 y ss.; RGSt T. 58, pp. 97; RGSt T. 60, p. 101; RGSt 63 T., p. 233. Analizando esta jurisprudencia, DROST, en *GA* (1933) 77, pp. 178-179.

¹⁵ DROST, en *GA* (1933) 77, p. 179, “[s]e trata frente a ello [el estado de necesidad exculpante supralecale] de un quebrantamiento del principio de que cada infracción consciente —esto es dolosa— contra la ley penal merece reproche según la voluntad del ordenamiento jurídico, prohibiendo así cualquier analogía. Otros casos de necesidad de tipo psíquico o físico, especialmente económico, distintos de las situaciones de estado de necesidad, no deben, por tanto, hacer caducar la responsabilidad penal en relación a infracciones conscientes contrarias a la ley penal”.

¹⁶ DROST, en *GA* (1933) 77, pp. 182-183; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 23, n.m. 63, pp. 571-572.

Igualmente, la necesidad de poner límites a la actividad creadora del juez en la exclusión de la culpabilidad se materializa en la discusión más actual. Sólo basta echar un vistazo a la desconfianza con la que es vista la posibilidad de exculpar a los agentes estatales frente a casos de torturas o de muertes que se producen en situaciones de grave riesgo para la comunidad y que tienen como fin salvar a las víctimas o reducir el número de ellas. En este último caso, se suele poner en tela de juicio la admisión de causas supraleales de exculpación tanto por razones constitucionales —al infringirse el principio de dignidad humana—, como preventivo-generales, dado que el Derecho penal dejaría sin estabilizar una expectativa que había sido defraudada ante la comisión del delito. No debe olvidarse tampoco que en nuestros días se rechaza de modo mayoritario la existencia de una causa de exculpación general por inexigibilidad¹⁷.

En este contexto de aceptación limitada de la analogía *in bonam partem* no debería sorprender a nadie que un importante sector de la doctrina haya dado un paso adicional y acabe por rechazar cualquier creación judicial de causas de exclusión de la culpabilidad. Especialmente a esta tesis contraria se acerca actualmente y con importantes argumentos MOMSEN en su escrito de habilitación¹⁸. En concreto, se interpreta que el legislador, al momento de crear las causas que excluyen la culpabilidad, no habría dejado sin considerar ninguna otra propiedad relevante. De este modo, el legislador habría querido excluir el castigo sólo de los hechos plasmados en la ley y rechazaría conscientemente toda posible extensión de las eximentes tipificadas¹⁹. Ello significa que no podrían reconocerse lagunas axiológicas en las causas que excluyen la culpabilidad y por esta vía se cerraría el paso a la analogía *in bonam partem*²⁰.

Como puede intuirse, existe una problemática de fondo que preocupa seriamente a la manualística en este punto. Aun cuando el Derecho penal se presenta como una disciplina de control social que busca asegurar y —en lo posible— ampliar los espacios de libertad, la estabilización cognitiva y comunicativa de las normas jurídico-penales infringidas es un aspecto irrenunciable de su tarea. Por esta razón se teme que el empleo exagerado de la analogía *in bonam partem* impida al Derecho penal seguir ofreciendo desincentivos para la comisión del delito²¹. O más gráficamente, en palabras de LIEPMANN²², se teme que el Derecho penal acabe padeciendo de “osteomalacia”^{23/24}.

El intento de combinar el mantenimiento de los efectos preventivos del Derecho penal y la seguridad jurídica con la admisión de la analogía *in bonam partem* es algo que está presente permanentemente²⁵. Veíamos que ello sucedía también en relación a las causas supraleales de justificación. Sin embargo, no puede desconocerse que la analogía *in bonam partem* asume en la culpabilidad matices particulares, los cuáles llevan a tomar verdaderamente en serio los peligros de un *debilitamiento* del Derecho penal²⁶.

¹⁷ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 504; ROXIN, *AT*⁹, I, § 22, n.m. 145, p. 1024; MAURACH/ZIPF, *AT*⁸, I, § 33, n.m. 15, p. 449; BOCKELMANN/VOLK, *AT*⁶, p. 131; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*⁵, § 10, n.m. 102, p. 221. En la doctrina clásica ello ya era defendido por MAURACH, *Kritik*, pp. 132 y ss.

¹⁸ MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, pp. 462 y ss., aunque en algunos supuestos parece no mostrarse absolutamente contrario a la analogía *in bonam partem*. Con anterioridad ello fue defendido por JOBST, *Der Streit*, p. 83.

¹⁹ Considera WACHINGER, en FRANK-FS, I, p. 496, que no es contradictorio que se reconozca el estado de necesidad justificante *supraleal* y, sin embargo, se niegue la posibilidad de construir causas supraleales de exculpación. Entiende que el legislador habría tomado la decisión de conceder efectos exculpantes a un grupo limitado de casos. De ahí que el RG no haya reconocido la inexigibilidad como causa supraleal de exculpación frente a delitos dolosos.

²⁰ MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 476.

²¹ DROST, en *GA* (1933) 77, p. 181, “[l]a seguridad de la protección de bienes jurídicos, el fortalecimiento de los efectos preventivo-generales de la amenaza de pena son en el Derecho actual los motivos de los que se prescinde al relativizarse el límite de la responsabilidad penal mediante la renuncia al reproche general de culpabilidad en la sentencia individualizadora del juez”.

²² LIEPMANN, en *ZStW* (1922) 43, pp. 710, 713.

²³ Abiertamente en contra de estos planteamientos, GOLDSCHMIDT, *La concepción*, pp. 119-120, «la libre admisión de causas supraleales de exculpación no conduce a una “tautología” o a una “osteomalacia” del derecho penal, como no lo hace el reconocimiento de las causas supraleales de justificación. Así, como el reconocimiento de las causas de justificación “supraleales” estriba en la idea básica del interés preponderante para la comunidad jurídica, el reconocimiento de causas de exculpación “supraleales” estriba en el concepto básico de que hay motivos que el ordenamiento jurídico debe reconocer como superiores al motivo de deber en relación a un hombre medio».

²⁴ Analizando detalladamente los puntos en los que se centraría el temor de una “osteomalacia” del Derecho penal, MANGAKIS, en *ZStW* (1963) 75, pp. 150-151.

²⁵ GOLDSCHMIDT, *La concepción*, p. 121.

²⁶ Vemos aquí otra diferencia en cuanto a las preocupaciones que afectan a la doctrina en relación a la creación de causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad por analogía: mientras que la principal aflicción en las causas de justificación era la restricción de las posibilidades de defensa legítima, en el terreno de la exculpación lo es el debilitamiento de los efectos preventivos del Derecho penal.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

II FUNDAMENTOS DE LA ADMISIÓN DE LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

El campo de la institucionalización que tiene lugar con el Derecho penal no queda ceñido al establecimiento de prohibiciones y mandatos, sino que también se produce en el terreno de las causas de justificación y en todas aquellas circunstancias que excluyen la culpabilidad. Existen, por tanto, expectativas que la sociedad tiene respecto a determinadas personas o ante determinados actos que el Derecho penal también debe incorporar y asignarle un tratamiento jurídico acorde a sus genuinas finalidades.

Cuando se piensa en el comportamiento de una persona que no cuenta con la suficiente madurez mental o que padece una anomalía o alteración psíquica, no habrá que considerar semejante actuación como un pleno ejercicio de libertad²⁷. Igualmente, parece dudoso aceptar que exista un ejercicio de libertad pleno cuando el autor obra ignorando que su comportamiento es antijurídico. Aquí no es posible concebir que el sujeto tenga la capacidad de obrar siguiendo el llamado de la norma. Por consiguiente, no cabría conjeturarse que defraude alguna expectativa una actuación en estas circunstancias, pese a la interpelación de la norma de deber.

Estas razones llevan al legislador a reconocer circunstancias legales que liberen de cualquier tipo de responsabilidad penal a aquellas personas que, ora por sus alteraciones bio-psicológicas ora por la ignorancia de Derecho, no se considere que obran culpablemente. Asimismo, sería algo extraño conceder un *derecho* de defensa a quien sufre una agresión por parte de personas que obran sin culpabilidad o sin responsabilidad penal²⁸.

Por otra parte, no cabría esperar que se comporte según el sentido conductual prescripto por la norma de determinación quien obra antijurídicamente aunque en un contexto en el que su capacidad motivacional se ve agudamente afectada. De ahí que el Derecho penal, llegado el momento de la institucionalización, deba establecer ciertos requisitos bajo los cuales se considere que determinados comportamientos no defraudan expectativas sociales.

Todo ello lleva a que las legislaciones reconozcan el estado de necesidad exculpante, la *vis relativa*, el exceso en la legítima defensa, etc. como circunstancias en las que no cabe reprochar al sujeto su actuación antijurídica. La sociedad no espera que acate la prohibición de no matar aquella persona que, en peligro de muerte, arroja a un anciano de la balsa que sólo puede soportar a una persona. Tampoco la sociedad conserva la expectativa de que una persona deba responder por la muerte de su agresor, cuando el pánico generado por la agresión le lleva a no impedirlo mediante un simple golpe, como hubiese sido lo posible, sino mediante una reacción mucho más gravosa. En estos supuestos no haría falta, por tanto, algún medio contrafáctico que asegure normativamente al sujeto que vio vulnerada su confianza en la vigencia de la norma.

El legislador y el juez no pueden ignorar que son innumerables e impredecibles todas estas situaciones en las que el mensaje de la norma no le es asequible al sujeto. Precisamente, por el carácter excepcional que estas situaciones tienen en las interacciones sociales, la capacidad de previsibilidad del legislador se ve notablemente condicionada. Ello obligaría a tener que seguir dos caminos: uno de ellos sería optar por regulaciones omniabarcantes en las que cualquier situación pueda caber; el otro camino sería establecer disposiciones legales relativamente precisas y que las restantes excepciones no incluidas en la norma sean introducidas luego por el juez. Desde la perspectiva asumida en la obra sería más certero tomar partido por el segundo camino, dado que la primera vía llevaría a devaluar de un modo insatisfactorio el mandato de taxatividad que pesa sobre el legislador.

²⁷ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT''*, § 19, n.m. 2, p. 449; MAYER, *AT*, p. 221; MANGAKIS, en *ZStW* (1963) 75, p. 144.

²⁸ Ello se debería a la ausencia de una agresión ilegítima y habría que tratar tales supuestos bajo el régimen del estado de necesidad defensivo, cfr. en este sentido, JAKOBS, *AT*, Ap. 12, n.m. 16, p. 386, agregando el autor sobre la equivalencia entre agresión ilegítima y agresión antijurídica no culpable que "[e]sta determinación de la agresión antijurídica se ha quedado atascada —como el concepto causal de acción— en las categorías naturalísticas de causalidad y daño. La legítima defensa se convierte en un instrumento de defensa de bienes sin tener en cuenta si se ve defraudada una expectativa de conducta garantizada jurídicamente, o si el «agresor» es responsable de cualquier otro modo del conflicto". La cuestión nos obligaría a reflexionar sobre si debería reconocerse por igual modo la legítima defensa en el acometimiento físico de un inimputable o de quien obra amparado en un causal de exculpación.

Como puede observarse, todo esto tiene indudablemente significativa incidencia en relación al principio de legalidad. En el capítulo referido a los fundamentos de éste y a su proyección sobre las eximentes, se tuvo la oportunidad de defender la tesis según la cual el principio de taxatividad conserva vigencia también en este terreno²⁹. En el campo de la exclusión de la culpabilidad, regirá de modo aminorado si se compara lo que sucede con los tipos penales. En relación a la regulación de causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto su vigencia será similar a la de las causas de justificación y de atenuación. En cambio, en las causas de exculpación (estado de necesidad exculpante, exceso en la legítima defensa, miedo insuperable, etc.) el rigor de la taxatividad será mayor que en la justificación, pero menor que la exigida respecto a los tipos penales y a las agravantes.

Para comprender el núcleo de las tesis sobre la analogía *in bonam partem* en las causas de exclusión de la culpabilidad es fundamental asimilar que no puede pretenderse un legislador que plasme en una ley todas las situaciones de la vida en las que no se es asequible a la norma penal³⁰. Vistas así las cosas, las causas legales de exclusión de culpabilidad en sentido estricto, como también las causas de exculpación, no tendrán un carácter *numerus clausus*³¹. Todas las circunstancias legalmente reconocidas serán meramente institucionalizaciones de las expectativas sociales que con mayor frecuencia se presentan en la convivencia social, de modo que no se abarcarían las más excepcionales.

Ahora bien, ello está lejos de significar que sean normas con pretensiones de regular todos los casos. El sistema de causas legales de exclusión de la culpabilidad tampoco debería interpretarse como si fuesen regulaciones en las que el legislador habría renunciado expresamente a incluir otras imprevisibles circunstancias que no sean abarcadas por su tenor literal. Ello abre la posibilidad a que se reconozcan lagunas axiológicas y a que el juez busque colmarlas mediante la analogía *in bonam partem*³².

La analogía funcionará en este estrato analítico manteniendo algunas similitudes en relación a lo que comentaba que sucedía en las causas de justificación, pero también en otros puntos mantendrá claras asimetrías. Principalmente ello se pone de manifiesto cuando se atiende al modo de operar de la analogía *legis, institutionis y iuris in bonam partem*³³.

La analogía *legis in bonam partem* desempeñará un papel trascendental para integrar lagunas axiológicas en relación a las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante³⁴. Se trata de situaciones en las que falta alguno de los requisitos legales del estado de necesidad disculpante —especialmente el carácter de familiar o allegado del titular del bien salvado—, pero la concurrencia de otras propiedades configura una comunidad de peligro que amerita la exculpación. A esto debe agregarse que la importancia de la analogía *institutionis in bonam partem* queda en evidencia cuando se atiende a la manera en la que los tribunales alemanes e italianos han creado en su momento la regulación del error de prohibición supralegal³⁵.

En estas dos situaciones, la analogía *in bonam partem* puede fundamentarse en la medida que permite realizar una de las principales finalidades del Derecho penal, la reducción del *ius puniendi*³⁶.

²⁹ Ver pp. 96 y ss.

³⁰ HIRSCH, en *EL MISMO, Derecho penal*, p. 331, nota 62.

³¹ De esta opinión, SCHMIDT, en *SJZ (1949)*, pp. 569-570; ACHENBACH, en *JR (1975)*, p. 495; HENKEL, en *MEZGER-FS*, pp. 295-296; KÜHL, *AT⁵*, § 12, n.m. 12, p. 310; MELENDO PARDOS, *El concepto*, p. 411, aunque sin perder de vista que ella ha sido una cuestión nada pacífica. En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia, cfr. BGHSt. T. 2, p. 205.

³² Sin embargo, entiende CEREZO MIR, *PG⁵*, I, p. 158, que las nuevas causas de exculpación aparecerían a partir del Derecho consuetudinario.

³³ Entiende WITTIG, en *JZ (1969)*, p. 546, que existirían diversas vías para reconocer causas supraleales de exculpación: a) a partir de los principios de los §§ 52 y 54 RStGB; b) a partir de la causa de exculpación general de la inexigibilidad; c) a partir de considerar los fines de la prevención general o individual, lo cual haría posible concluir que en ciertas circunstancias no tendría sentido pretender motivar al sujeto.

³⁴ DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale (1936)*, p. 611.

³⁵ Parecería ser ACHENBACH, en *JR (1975)*, pp. 495 y ss., de la opinión de que los principios institucionales desempeñan un rol destacado también en las causas de exculpación, dado que admite que aparezcan causas supraleales de exculpación, pero objeto que ello pueda tener lugar mediante una analogía *legis* con el § 35 StGB. Sin embargo, no debe omitirse la referencia a una contradicción manifiesta que aparece en las tesis mantenidas por este autor. Por un lado niega que pueda aplicarse analógicamente la disposición concreta del estado de necesidad, pero por otro lado señala que las causas supraleales surgen del principio de ilegitimidad que constituye la *ratio legis* del § 35 StGB. Destacando el papel de los principios que fundamentan la exculpación en el reconocimiento de causas supraleales, SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 11, n.m. 33, p. 477.

³⁶ Desde luego que tampoco convendría omitir que también argumentos de justicia material avalarían esta posibilidad, cfr. Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., n.m. 116; FREUDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 75, “[b]e aquí por qué una norma que no se extendiera más allá de los casos del estado de necesidad en el sentido de nuestra *lex lata*, tiene que ser defectuosa: podría conducir al castigo de inculpables. Sólo si, con una u otra formulación, abarcara todos los casos en los que, según las circunstancias del hecho, no se podría esperar

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Con la creación judicial de causas que excluyen la culpabilidad se estarían ampliando limitadamente los espacios de libertad no condicionados por la amenaza de pena y así no se produciría un avance extralimitado del Estado sobre los derechos de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, parecería plausible entender que las finalidades jurídico-penales a las que se orienta el principio de legalidad habrían de recomendar una restricción del ámbito de la prohibición de analogía.

Tampoco puede decirse que la raíz jurídico-política del principio de legalidad se vea resentida con este recorte de la prohibición de analogía. Esta creación judicial de Derecho penal que supone admitir la analogía *in bonam partem* en las causas de exclusión de la culpabilidad, sigue sin estar circunscripta al núcleo principal de la actividad del Poder judicial, sino que sólo es considerada una actividad excepcional. En realidad, la aceptación de esta creación judicial sólo sería admisible atendiendo a las finalidades o a la función en el marco institucional contemporáneo.

No obstante ello, no podría decirse que sea recomendable un levantamiento absoluto de esta prohibición de analogía en el terreno de la exclusión de la culpabilidad y de ahí que la analogía *in bonam partem* siga siendo tenida como un fenómeno más bien excepcional³⁷. Debe destacarse que, a diferencia de lo que sucede en las causas de justificación, rigen en este nivel nuevos límites a la analogía favorable al reo. No todo supuesto que sea alcanzado por el principio institucional de la exculpación podrá dar lugar a una exculpación supralegal. Aquí cobran fuerza especialmente las reflexiones de índole político-criminal, sobre todo aquellas que atienden a las finalidades preventivas del Derecho penal y que pretenden evitar su “osteomalacia”³⁸. El concepto de comunidad de riesgo delimitará el terreno de los casos merecedores de ser exculpados por analogía, dejando afuera aquellos en los que no parece aceptable recurrir a la exculpación supralegal.

La prohibición de analogía se mantiene igualmente cuando se habla de la analogía *iuris in bonam partem*. Al igual que sucede con las causas de justificación, esta clase de analogía no debe dar lugar a ningún tipo de creación judicial de Derecho³⁹. En este sentido, no sería posible admitir que pudiese el juez basar su decisión en una nueva norma creada por él a partir de los principios generales del Derecho penal y los principios generales del Derecho. Con mayor razón sería inaceptable que el juez pudiese acudir a los principios del Derecho natural para dar al caso una respuesta pretendidamente justa y liberar de responsabilidad al sujeto que obra antijurídicamente.

Tampoco se conciliaría con el principio de legalidad el reconocimiento de efectos exculpantes directos de principios constitucionales. Entiendo que ello rige especialmente en relación a la pretensión de hacer aplicables directamente por el juez penal la objeción de conciencia⁴⁰ y la desobediencia civil a los efectos de la exclusión de la culpabilidad. A mi modo de ver, se tratarían ambos de principios explícitos reconocidos por la Constitución, los cuáles, pese a tener una función importante en la orientación de la política jurídica y en la prueba de constitucionalidad de las leyes, no tienen por qué llevar a que deban ser aplicables por el juez penal ordinario. El sistema de normas originarias que se encuentra obligado a aplicar el juez penal en general no incluye a este tipo de disposiciones constitucionales, sino sólo a las contenidas en leyes penales. De este modo, en la medida que no sea reconocida por el legislador una causa de exculpación por objeción de conciencia o de desobediencia civil no debe admitirse una ampliación de este tipo ni gracias a la aplicación de principios^{41/42}. Desde luego que la privación de efectos directos de los principios constitucionales para

del autor que éste evitase su ejecución, haría justicia al concepto de culpabilidad”. Igualmente se defiende que la exculpación supralegal a partir de la inexigibilidad realizaría valores constitucionales, especialmente el principio *nulla poena sine culpa*, WITTIG, en *JZ* (1969), pp. 546-547.

³⁷ ACHENBACH, en *JR* (1975), p. 495; WITTIG, en *JZ* (1969), p. 548, pese a admitir este autor una causa genérica de exculpación.

³⁸ Así, ROXIN, *AT*³, I, § 22, n.m. 169, p. 1034; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 501.

³⁹ Dejando entrever que la extensión de la admisión de la analogía *in bonam partem* en las causas de exclusión de la culpabilidad debería ser más restringida que en las causas de justificación, JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, pp. 501 y ss.

⁴⁰ Para ROXIN, *AT*³, I, § 22, n.m. 100, p. 1007, este caso mantendría amplias analogías con el estado de necesidad exculpante. Contrario a formularle el reproche de culpabilidad al *Gewissenstäter*, PETERS, en *Hellmuth MAYER-FS*, pp. 278-279, debido a que, incluso cuando el autor actuó con conocimiento del carácter injusto de su hecho, la decisión de conciencia provoca una verdadera presión, especialmente cuando está en juego la vida eterna.

⁴¹ Coincidentemente, *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., nn.mm. 119-120; ACHENBACH, en *JR* (1975), pp. 495-496.

⁴² Pese a mi anterior afirmación, no conviene dejar de destacar la gran problemática que subyace a la cuestión de la delincuencia por convicción, ni menos aún que la doctrina claramente dominante acepta la exclusión de la responsabilidad en estos casos a partir de la proyección directa de los derechos fundamentales en la jurisdicción penal. Al respecto, cfr. ROXIN, *AT*³, I, § 22, nn.mm. 100, 122, 130, pp. 1006-1007, 1014, 1017; JAKOBS, *AT*³, Ap. 20, n.m. 24, p. 580; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 506, aunque reduciendo la exculpación a los delitos omisivos; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 23, n.m. 65, pp. 572-573;

el juez penal ordinario, no conlleva negar que semejantes derechos fundamentales reconocidos por estos principios tengan trascendencia a nivel jurisdiccional. Claramente un Tribunal constitucional podría quitar validez a una ley que se contrapusiera a este principio.

La principal razón de la exclusión de la analogía *in bonam partem* en todos estos casos tiene que ver con el necesario equilibrio que debe existir entre la finalidad del Derecho penal de reducir el *ius puniendi* y ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos y para la reducción de las reacciones violentas informales. Precisamente, reconocer al principio de legalidad un alcance tal, que sólo permita la creación judicial de causas de exculpación en un muy limitado campo, hace posible equilibrar estas pretensiones jurídico-penales. Si se relevara por completo la prohibición de analogía en relación a la exclusión de la culpabilidad se verían seriamente afectadas las finalidades orientadas a la protección de la sociedad y de la víctima frente al delito.

III INEXIGIBILIDAD, PRINCIPIOS INSTITUCIONALES DE LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD Y ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM*

A INTRODUCCIÓN

Una lectura en conjunto de los diferentes manuales y tratados de Derecho penal, tanto antiguos como modernos, permite fácilmente extraer la conclusión de que la inexigibilidad está claramente vinculada con la analogía *in bonam partem*⁴³. Esta conclusión no parecería precipitada si se toma en cuenta que desde siempre se ha creído entender que todos los motivos excluyentes de la culpabilidad no se encuentran condensados en la ley, sino que debía apelarse a una guía extra-legal. Justamente, fue una constante el tomar como guía en la búsqueda de estos criterios supralegales a la inexigibilidad y, a partir de ella, es que fue posible excluir la culpabilidad, aún cuando las condiciones legales no estaban satisfechas.

Puede decirse que el papel de la inexigibilidad como criterio supralegal de exclusión de la culpabilidad tendió a exacerbarse entre principios del siglo pasado y mitad de los años 30'. Con posterioridad, el debate es retomado especialmente con motivo de la impunidad supralegal declarada por los Tribunales de la ocupación británica en el caso de los médicos ejecutores de la orden de eutanasia *hitleriana*. Durante este periodo puede evidenciarse en la doctrina un especial interés por el papel de la analogía *in bonam partem* en la exclusión de la culpabilidad. Ello no sólo queda plasmado en los inagotables artículos y comentarios que se escribieron durante ese periodo, sino también en las referencias y tratamientos singulares que recibe la inexigibilidad en las obras generales.

Conviene, sin embargo, hacer una salvedad en este punto. Más allá de las innumerables oportunidades en las que la doctrina hizo referencias al papel de la *inexigibilidad* en la exculpación supralegal, existe una serie de cuestiones que no alcanzan a quedar completamente aclaradas. Debe lamentarse que muchos tramos de este debate estuvieron caracterizados por el predominio de la retórica antes que por el desentrañamiento de cuestiones nucleares.

Una de las principales disputas irresueltas es si la *inexigibilidad* permite fundamentar solamente la aparición de causas de exculpación (exclusión de la culpabilidad por la anormalidad de las circunstancias concomitantes) o si también puede soportar el peso argumentativo de las causas de inimputabilidad supralegales y del error de prohibición supralegal. Si bien predominan alusiones implícitas a que la *inexigibilidad* se movería principalmente en el terreno de las causas de exculpación

BAUCELLS I LLADÓS, *La delincuencia*, pp. 415 y ss.; FLORES MENDOZA, *La objeción*, pp. 245 y ss. En la doctrina se discute largamente si la exclusión de la responsabilidad penal tiene lugar gracias a la justificación o la exculpación. Entiende BAUCELLS I LLADÓS, *La delincuencia*, pp. 416, 419, que la proyección de los derechos fundamentales en la exclusión de la responsabilidad penal de los delincuentes por convicción puede tener lugar en virtud de las causas de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, mientras que la regulación legal del tratamiento actual que reconoce el CP al error de prohibición abre la posibilidad de admitir para estos casos la exclusión de la culpabilidad. Reconociéndole también a la objeción de conciencia efectos excluyentes de la responsabilidad penal en el terreno de la justificación y de la exclusión de la culpabilidad, FLORES MENDOZA, *La objeción*, pp. 109 y ss., 245 y ss.

⁴³ WATZKA, *Die Zumutbarkeit*, p. 170.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

supralegales⁴⁴, no han faltado quienes, antes de su positivización, conectaron la aparición jurisprudencial del error de prohibición con este principio. Tampoco se han echado en falta referencias en las que se conectaban las causas de inimputabilidad con la inexigibilidad⁴⁵.

La segunda pregunta que queda abierta en el estudio de la (in)exigibilidad es el carácter que posee como principio. En un primer momento de la evolución de la discusión podría decirse que predominó la consideración de que constituía un principio fuertemente ligado a la idea de la culpabilidad⁴⁶. En este sentido, sería el fundamento de la culpabilidad y, por decantación, de todas las causas que la excluyen. Pero con posterioridad, y en etapa de plena pérdida de contenido de esta idea, la (in)exigibilidad se despega del concepto de culpabilidad y pasa a tener una presencia omniabarcantes en el Derecho penal e incluso en otras ramas jurídicas. Esto último principalmente sucede con HENKEL⁴⁷. En este caso, parece disolverse la idea de que este principio sería fundamento de la institución de la exculpación y parece abrirse el terreno para que ingrese este principio como fundamento de todo el Derecho penal o del Derecho en general.

Con este panorama no está precisado en la doctrina si estamos frente a un principio institucional que fundamentaría exclusivamente la exclusión de la culpabilidad o si sería un principio general del Derecho penal o del Derecho. Esta es una cuestión sumamente relevante para la visión de la analogía *in bonam partem* que se defiende aquí, sobre todo cuando se considera que la analogía favorable al autor que se construye mediante principios generales del Derecho penal o del Derecho estaría vedada por el principio de legalidad. En consecuencia, la legitimidad de la creación analógica de una nueva causa de exculpación por inexigibilidad va a depender de que este principio tenga un carácter institucional.

B DESARROLLO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD EN LA DOCTRINA ALEMANA Y SU CARÁCTER DE CAUSA GENÉRICA DE EXCULPACIÓN SUPRALEGAL

1. La historia de la doctrina de la inexigibilidad es tan antigua como problemática. Desde que aparecen las primeras referencias concretas al tema a comienzos del siglo XX, no han faltado en la discusión reflexiones de todo tipo sobre la vigencia del principio de inexigibilidad en la exclusión de la culpabilidad. Existen opiniones para todos los gustos: desde la aceptación general e ilimitada de la inexigibilidad hasta el rechazo general más acérrimo de sus efectos exculpantes, pasando por aceptaciones limitadas a ciertos ámbitos (delitos imprudentes, delitos omisivos, etc.). Sin embargo, sólo sería posible entender el papel del principio de inexigibilidad haciendo un repaso histórico de lo acontecido desde los inicios del siglo pasado hasta nuestros días.

El desenvolvimiento histórico del principio de inexigibilidad en la exculpación está necesariamente ligado al desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad que tiene lugar a partir del modelo neoclásico⁴⁸. Como bien es ya sabido por todos, esta tesis se enfrentaba con el concepto de culpabilidad que se acomodaba en la estructura de la teoría del delito del sistema de V. LISZT y BELING y postulaba la diferenciación entre un tipo naturalístico psicológico y su valoración⁴⁹.

2. Suele entenderse que el concepto de inexigibilidad aparece por primera vez en la jurisprudencia con la conocida sentencia del caso *Leinenfänger*⁵⁰, con el objeto de excluir el castigo de un cochero que

⁴⁴ JAKOBS, *AT*², Ap. 17, n.m. 53, p. 497; JESCHECK/WEIGEND, *AT*², p. 477; LÜCKE, en *JR (1975) 2*, pp. 56-57; KITZINGER, en *JW 1933 (7)*, p. 406; WESSELS/BEULKE, *AT*³⁴, § 10, n.m. 433, p. 150; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 23, n.m. 7, pp. 554-555; WATZKA, *Die Zumutbarkeit*, pp. 167 y ss.

⁴⁵ MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad*, pp. 365, 386 y ss.

⁴⁶ JAKOBS, *AT*², Ap. 17, n.m. 53, p. 497, especialmente en Ap. 20, n.m. 45, p. 592; JESCHECK/WEIGEND, *AT*², p. 477; LÜCKE, en *JR (1975) 2*, pp. 56-57.

⁴⁷ HENKEL, en *MEZGER-F3*, pp. 249 y ss.

⁴⁸ MOOS, en *ZStW 2004 (116)*, p. 891; SAINZ CANTERO, *La exigibilidad*, p. 13; NOWAKOWSKI, en *SchwZStr 1950 (65)*, pp. 320-311.

⁴⁹ MOOS, en *ZStW 2004 (116)*, p. 891.

⁵⁰ RGSt. T. 30, pp. 25 y ss.

imprudently ocasionó unas fracturas a un transeúnte⁵¹. A partir de esta sentencia se suceden en la doctrina de comienzos del siglo pasado diversas referencias a la exculpación suprallegal que se produce mediante la inexigibilidad. Incluso con posterioridad el RG volverá a pronunciarse sobre esta cuestión en un caso de autoencubrimiento⁵² y en otro de proxenetismo⁵³ en los que también se inclina por no castigar al imputado⁵⁴.

En una primera etapa del desarrollo de esta concepción, que llega hasta los años 30' del siglo pasado, puede reconocerse a FRANK⁵⁵, GOLDSCHMIDT⁵⁶ y FREUNDENTHAL⁵⁷ como los principales defensores de la inexigibilidad como causa de exculpación genérica^{58/59}. En concreto, se entiende que esta visión amplia de la inexigibilidad encuentra en la obra de FREUNDENTHAL su punto más alto. Este último autor, desde una perspectiva claramente subjetivada y frente a la anormalidad de las circunstancias concomitantes, entendía que la inexigibilidad excluía la reprochabilidad y se constituía en una causa general de exclusión de la culpabilidad⁶⁰. Para FREUNDENTHAL el estado de necesidad “*debiera ser aplicado analógicamente a todos los casos de inevitabilidad y el § 2 del Código no lo impediría*”⁶¹.

Este periodo transcurre envuelto en la polémica acerca de si la inexigibilidad queda reducida a la exclusión suprallegal de la culpabilidad en los delitos omisivos y en los delitos imprudente o si también es posible extender la creación analógica a los restantes delitos, en especial los comisivos dolosos⁶². La posición de estos penalistas en favor de una causa suprallegal de exculpación por inexigibilidad genérica, no logró acallar una vertiente que con el tiempo se consolidó como dominante y que abogó por reducir el papel de la inexigibilidad a los delitos imprudentes y omisivos⁶³. No

⁵¹ WITTIG, en *JZ* (1969), p. 546. Sin embargo, acepto esta idea mantenida por la doctrina dominante con muchas dudas, dado que en ninguna parte de la sentencia en cuestión aparece alguna referencia al concepto de inexigibilidad. Al contrario, es posible observar una gran incertidumbre en relación a los fundamentos de la impunidad. Cfr. RGSt. T. 30, pp. 27 y ss.

⁵² RGSt. T. 63, pp. 236 y ss., fundamentando la exclusión del castigo a partir de considerar el “*derecho natural de cada delincuente a la autodefensa y el punto de vista de que este derecho ya no puede serle negado*” Analizando, entre otras cosas, algunos aspectos problemáticos de esta sentencia, WITTIG, en *JZ* (1969), p. 546.

⁵³ RGSt. T. 58, pp. 98 y ss.

⁵⁴ En cambio, considera que estos casos han sido mal interpretados y que en realidad la inexigibilidad no tendría nada que hacer aquí, DROST, en *GA* (1933) 77, pp. 176 y ss.

⁵⁵ FRANK, *Sobre la estructura, passim*. Precisa FRANK, *Sobre la estructura*, pp. 43 y ss., que en los comportamientos imprudentes, el juez tiene un amplio espacio dentro del cual puede tomar en consideración, “*según su libre arbitrio*”, todas las relaciones que excluyen la culpabilidad. Respecto a la extensión de la inexigibilidad a los delitos dolosos, se muestra favorable pese a observar algunas limitaciones derivadas de la situación legal del momento. Así señala: “*Lamentablemente, eso no es posible, según el estado actual de la legislación y de la teoría, en los delitos doloso*” (p. 43). En este punto, sale FREUNDENTHAL en apoyo de FRANK, al exponer sus dudas respecto a si la legislación efectivamente se oponía, dado que “*es verdad que ésta no nombra en el dolo el elemento ético de la culpabilidad; pero, precisamente, tanto menos lo hace en la culpa*”, cfr. FREUNDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 85. Cuestionando, sin embargo, esta interpretación que se hace aquí de la tesis de FRANK, MAURACH, *Kritik*, p. 131.

⁵⁶ GOLDSCHMIDT, *La concepción, passim*.

⁵⁷ FREUNDENTHAL, *Culpabilidad, passim*.

⁵⁸ MOOS, en *ZStW* 2004 (116), pp. 892 y ss. Debe agregarse también que a estos autores se le suma MARX, *Grundprinzipien*, p. 28.

⁵⁹ Para una comprensión acaba de la discusión de la época, cfr. MELENDO PARDOS, *El concepto*, pp. 174 y ss.

⁶⁰ Interpretando también en este sentido el pensamiento de FREUNDENTHAL, HENKEL, en *MEZGER-Fs*, pp. 254-255.; MOOS, en *ZStW* 2004 (116), p. 894.

⁶¹ FREUNDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 85. Entiende además que existirían dos vías para poder excluir la culpabilidad en casos de anormalidad en las circunstancias concomitantes. La primera sería la de establecer en el CP una definición de dolo que diera cuenta de su dimensión ética o bien, dentro de esta posibilidad relativa al dolo, incluir un elemento negativo del dolo que diga “*no actúa dolosamente aquel a quien, según las circunstancias, no se puede exigir que se abstuviera de la realización del tipo*” (pp. 92-93). La otra alternativa que idea es la de ampliar la regulación del estado de necesidad, (pp. 93-94). De estas dos vías, la que más le atrae a FREUNDENTHAL es la primera en relación a la inclusión de un elemento negativo del dolo, pero ve a ello difícilmente realizable por la situación jurídica de aquel tiempo. Por ello señala que sería conveniente acoger la fórmula suiza del estado de necesidad que sería lo suficientemente amplia (p. 97).

⁶² Rechazando la inexigibilidad en los delitos comisivos dolosos, DROST, en *GA* (1933) 77, pp. 182-183, entendiendo que la exigibilidad sería un componente del concepto de imprudencia, lo que llevaría a reducir su aplicación al campo de los delitos imprudentes. Además agrega DROST: “*Una infracción consciente contra la ley penal fundamenta en el Derecho vigente una praesumptio iuris et de jure en relación a la culpabilidad del autor*”. Entienden MANGAKIS, en *ZStW* (1963) 75, p. 149 y MELENDO PARDOS, *El concepto*, p. 411, que el rechazo de la aplicación suprallegal de la inexigibilidad en los supuestos dolosos provendría de una actitud positivista que no es compatible con una fundamentación indeterminista de la culpabilidad.

⁶³ Destacando la consolidación de la tesis restrictiva en la doctrina dominante de la época, LÜCKE, en *JR* (1975) 2, p. 55; KITZINGER, en *JW* 1933 (7), p. 405.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

obstante, GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL⁶⁴ defendían con absoluto convencimiento la posibilidad y la conveniencia de admitir con carácter general la exculpación supralegal a partir de la inexigibilidad⁶⁵.

3. En los tiempos de Weimar las voces en contra del reconocimiento de la inexigibilidad como exculpación genérica proliferaron. No obstante ello, no debe pasar desapercibido que hasta 1932 este principio se encaramaba igualmente como una causa genérica de exculpación⁶⁶. Ello puede constatare tanto en la doctrina como así también en los trabajos de reforma emprendidos por RADBRUCH para un nuevo Código penal⁶⁷. La consideración de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación se apoyaría en el “*pensamiento final*” que impregnaría el concepto normativo de culpabilidad. Este reconocimiento supralegal de causas de exculpación por inexigibilidad aparece de modo prácticamente simultáneo con la aceptación jurisprudencial del *estado de necesidad justificante supralegal* derivado de la doctrina de la antijuridicidad material⁶⁸.

4. Sin embargo, cuando la teoría de la diferenciación entre el estado de necesidad exculpante y el estado de necesidad justificante supralegal tomó carta de ciudadanía en la jurisprudencia y se presumía que sería el momento de expansión de la inexigibilidad en la exculpación, el RG en el año 1932 rechaza la extensión de las causas de exculpación reguladas legalmente a otros supuestos análogos⁶⁹. En este sentido afirma el tribunal que “[m]ediante el recurso al concepto de exigibilidad no debería ser reconocida de ninguna manera [...] una causa supralegal de exculpación por inexigibilidad que se prologue más allá de los casos transcritos legalmente”^{70/71}. Sin embargo, como entiende MAURACH⁷², esta sentencia solucionaba la cuestión a medias, porque solamente excluye la inexigibilidad del ámbito de los delitos dolosos.

Se encargarían de darle la estocada final a la doctrina de la inexigibilidad como causa genérica de exculpación SCHAFFSTEIN⁷³ en el año 1933 y MAURACH⁷⁴ en 1935. Especialmente, para este último autor la inexigibilidad no sería aceptable en relación a los delitos dolosos ni respecto a los imprudentes⁷⁵. En ambos casos, la negación de esta causa de exculpación supralegal tuvo lugar gracias a reconocerle a los intereses del Estado una absoluta prioridad sobre los intereses individuales^{76/77}. En esta época aparece el temor de un reblandecimiento del Derecho penal, el cual llevaría a perder la protección absoluta de los bienes jurídicos y reduciría en una medida intolerable los deberes exigidos a los ciudadanos⁷⁸. Según entiende HENKEL⁷⁹, en ello mucho tuvieron que ver los cambios producidos por las corrientes políticas de la época, en las que se fortalecieron las tendencias preventivo-generales en detrimento de los intereses particulares y la misma debilidad del sujeto⁸⁰. Pero tampoco debe pasar

⁶⁴ FREUDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 44, señala en relación a un caso en el que el jefe amenaza al peón con despedirlo si no rompe una ventana que “solamente puede ayudar el que se acuerde aquí una amplitud de acción en el libre arbitrio del juez para la determinación de la culpabilidad, o bien se extiendan más allá los actuales límites del estado de necesidad en su aplicación, a modo de guisa, incluyendo los puntos de vista de los intereses en juego”.

⁶⁵ Igualmente era partidario de reconocer la inexigibilidad en los delitos dolosos, KITZINGER, en *JW* 1933 (7), pp. 405 y ss.; MANGAKIS, en *ZStW* (1963) 75, p. 149.

⁶⁶ Sin embargo, debe apuntarse que ya en esta época decae el interés por el tema, cfr. ACHENBACH, en *JR* (1975), p. 492.

⁶⁷ MOOS, en *ZStW* 2004 (116), p. 894. Incluso, el Proyecto de 1925, basado en el Proyecto de RADBRUCH, reconoció también el carácter de causa supralegal de exculpación a la inexigibilidad; al respecto, MELENDO PARDOS, *El concepto*, pp. 260 y ss.

⁶⁸ MOOS, en *ZStW* 2004 (116), p. 895.

⁶⁹ MOOS, en *ZStW* 2004 (116), p. 895.

⁷⁰ RGSt. T. 66, p. 399. Sobre esta sentencia, cfr. WITTIG, en *JZ* (1969), p. 546; MAURACH, *Kritik*, pp. 139 y ss.

⁷¹ Entiende DROST, en *GA* (1933) 77, pp. 178-179, que esta sentencia del RG también se apoya en otras decisiones anteriores del tribunal, RGSt. 58, p. 97; RGSt. 60, p. 101, RGSt. 63, p. 233.

⁷² MAURACH, *Kritik*, p. 139.

⁷³ SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumutbarkeit*, pp. 60 y ss., 78. Como acertadamente señala SAINZ CANTERO, *La exigibilidad*, p. 29, no debería entenderse que SCHAFFSTEIN rechaza la posibilidad de crear causas supralecales de exculpación, sino que sólo se opone a que la inexigibilidad pueda operar como causa general de exculpación.

⁷⁴ MAURACH, *Kritik*, pp. 130 y ss.

⁷⁵ MOOS, en *ZStW* 2004 (116), p. 896.

⁷⁶ Lo que yacía en el fondo de semejantes posturas es que acabara dominando la moral individual por encima de la voluntad del Derecho, cfr. SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumutbarkeit*, p. 28, “[s]e deriva de ello que el reproche jurídico y la medida legal de la culpabilidad no puede ser idéntica con la moral individual dominante”; MAURACH, *Kritik*, pp. 149 y ss.

⁷⁷ HENKEL, en *MEZGER-FS*, p. 257, caracterizando la opinión de la época, apunta que “cuando se abandonan esas exigencias [protección radical de los bienes jurídicos y educación de la generalidad en comportamientos conformes a la norma] y se hacen concesiones a una laxa evaluación de la exigibilidad, se privilegiaría con ello una opinión individual en contra del Derecho”

⁷⁸ Cfr. HENKEL, en *MEZGER-FS*, pp. 256-257.

⁷⁹ HENKEL, en *MEZGER-FS*, p. 258.

⁸⁰ No debe olvidarse que SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumutbarkeit*, pp. 62-63 y MAURACH, *Kritik*, pp. 153-152, destacaban también la importancia de los fines preventivo-especiales para excluir la aplicación de la doctrina de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación.

inadvertido que la preocupación de SCHAFFSTEIN tenía que ver además con el hecho de que la sentencia del juez fuera fruto de la voluntad objetiva de la ley y no de su propio antojo⁸¹.

5. Tras la segunda posguerra el redireccionamiento de la doctrina de la inexigibilidad suprallegal no se orienta en un solo sentido. Con claridad se advierte una bifurcación de la discusión en la que se siguen planteamientos antagónicos⁸². En una primera dirección, se produce un importante intento de revalorizar el rol exculpante de este principio, mientras que por otra parte se avanza en la línea contraria. Esto incluso se ve plasmado en una dubitativa jurisprudencia del BGH en relación al papel real que le cabe a la inexigibilidad en la exclusión de la culpabilidad por analogía *in bonam partem*⁸³.

Por un lado, se avizora una tendencia a reconocerle un rol destacado en un ámbito en el que, como el de los delitos dolosos, con anterioridad era fuertemente rechazada por parte de la doctrina. Ello se plantea, ante todo, con la impunidad suprallegal de la que se ven beneficiados los médicos ejecutores de la Orden de eutanasia de Hitler⁸⁴. En este caso, no se negaba la existencia de una situación de necesidad, pero lo que hacía inaplicable el § 54 RStGB era que los bienes afectados no tenían como titulares a los parientes del autor. Pese a que en esta sentencia —como tendremos oportunidad de ver más adelante— no se produce la impunidad gracias a una causa suprallegal de exculpación sino a una causa personal de exclusión de la pena suprallegal, la doctrina entendió que lo adecuado era aceptar la causa de exculpación.

En esta etapa prestaron especial atención a la exculpación suprallegal Eberhard SCHMIDT⁸⁵ y Hans WELZEL⁸⁶. Si bien estos autores no hacen alusiones concretas a la inexigibilidad y a si esta idea permite crear nuevas exculpantes por analogía, retoman implícitamente los argumentos mantenidos a principios de siglo en favor de exculpar suprallegalmente también en delitos dolosos. En esta etapa se rebrota la idea de que las causas de exclusión de culpabilidad no pueden regularse en un Código en términos de *numerus clausus*⁸⁷. De este modo, la analogía continuaría teniendo algo que decir en este sector. Incluso, en el caso de WELZEL, sus consideraciones al respecto no quedaron limitadas a comentar la sentencia del OGH, sino que profundizó en su manual sobre estas cuestiones, ampliando el catálogo de ejemplos que podrían llevar a una exculpación suprallegal⁸⁸.

Pero por otro lado, también debe advertirse de la existencia de una segunda dirección que pronuncia aún más el rechazo de la exculpación por inexigibilidad. Esta tendencia sería una clara continuación de la línea ya emprendida en los años 30' por MAURACH y SCHAFFSTEIN. Se entiende que esta situación tendría que ver con ciertas reminiscencias del Derecho penal del nacionalsocialismo en el que todo Derecho que pretendiera alcanzar la justicia individual era descalificado⁸⁹.

6. Entretanto, irrumpe en la discusión el famoso trabajo de HENKEL⁹⁰, de cuyo contenido no es del todo fácil extraer la conclusión de que la inexigibilidad podría haberse visto favorecida en cuanto a su papel de exculpante suprallegal. Mientras que, por una parte, daría toda la impresión de que la expansión de este principio más allá de la culpabilidad potencia su papel, se le reconoce a la inexigibilidad, por otra parte, un muy reducido rol como causa suprallegal⁹¹. Esta doble dirección del

⁸¹ SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumutbarkeit*, pp. 54-55.

⁸² Según MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 27, también caracterizaría a este periodo que la doctrina habría dejado de preocuparse de este tópico. A su entender ello resultaría paradójico, puesto que la Ciencia penal de la segunda posguerra intentó anudarse a los ideales y valores de los tiempos de Weimar, en los que la inexigibilidad tuvo una enorme importancia a la hora de excluir la culpabilidad

⁸³ WITTIG, en *JZ* (1969), p. 546.

⁸⁴ MDR (1949), p. 370 y ss.

⁸⁵ SCHMIDT, en *SJZ* (1949), pp. 559 y ss.

⁸⁶ WELZEL, en *MdR* (1949), pp. 373 y ss.; EL MISMO, *Das deutsche*, pp. 182 y ss.

⁸⁷ Incluso advierte ACHENBACH, en *JR* (1975), p. 494, que “[a]nte la deliberación de la nueva Parte general no fue apoyada por nadie la cláusula general de inexigibilidad, aunque tampoco se ha hablado de un *numerus clausus* de las causas de exculpación”

⁸⁸ Cfr. WELZEL, *Das deutsche*¹¹, p. 185, donde considera la posibilidad de exculpar a partir del estado de necesidad exculpante suprallegal el caso del médico que desconecta de los apartados cardio-respiratorios a tres enfermos, para conectar a ellos a unos accidentados que tienen más posibilidades de vida que los otros. También se muestra favorable a exculpar por esta vía suprallegal casos en los que los bienes en peligro se perderían de igual modo si el autor no intervendría.

⁸⁹ MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 27.

⁹⁰ HENKEL, en *MEZGER-FS*, pp. 249 y ss.

⁹¹ Precisamente, MELENDO PARDOS, *El concepto*, p. 276, opina que el pensamiento de HENKEL ha tenido un papel relevante en la marginalización de la inexigibilidad en general y, en concreto, en la concepción material de la culpabilidad.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

principio de inexigibilidad, se resume para HENKEL en la idea de que el papel de este principio ha sido subestimado, pero a la vez se ha sobreestimado su presencia en la culpabilidad⁹².

En realidad, lo que hace HENKEL es separar el fenómeno de las causas supralegales de exculpación de la función del principio de inexigibilidad⁹³. Se muestra favorable a admitir una exculpación supralegal, pero ello no tiene lugar en virtud del principio de inexigibilidad. Además, no oculta su opinión contraria a una admisión amplia de ellas, en la medida que podría producir un debilitamiento indeseado del Derecho penal y de la seguridad jurídica⁹⁴.

A decir verdad, en el pensamiento de HENKEL parece jugar la inexigibilidad un papel relevante, principalmente en la interpretación de las concretas disposiciones que excluyen la culpabilidad⁹⁵. Por consiguiente, la inexigibilidad no tendría rango de causa supralegal de exculpación⁹⁶. Según entiendo, el principio de inexigibilidad en la visión *henkeliana* solamente permitiría al juez desentrañar el significado de las normas puestas por el legislador, pero no crear una nueva causa de exculpación⁹⁷.

7. Ya ubicados en nuestro tiempo, es posible afirmar que la doctrina alemana rechaza prácticamente al unísono la posibilidad de considerar a la inexigibilidad como una causa general de exculpación supralegal^{98/99}. Esto principalmente se apoya en el argumento de que el principio abarcaría cualquier tipo de situación por su gran amplitud, de modo que quedaría claramente entredicha la aspiración preventiva del Derecho penal¹⁰⁰.

Esta situación no obsta, empero, a que se reconozca la posibilidad de admitir por analogía *in bonam partem* causas de exclusión de la culpabilidad distintas de las legales¹⁰¹. Principalmente ello se admite en el ámbito de la denominada *colisión de deberes exculpante*, como así también en relación a los delinquentes por convicción. Desde luego que estas concesiones se producen dentro de los límites que lo permiten las finalidades jurídico-penales de proteger a la sociedad y a la víctima de atentados contra sus derechos. En este terreno, la doctrina dominante entiende —de modo más o menos explícito— que la inexigibilidad todavía conservaría capacidad explicativa del fenómeno de la exclusión supralegal de la culpabilidad.

De esta manera, podría estimarse que existen claros esfuerzos en la doctrina actual encaminados a lograr un punto intermedio en relación a la admisión de la analogía *in bonam partem* en la

⁹² HENKEL, en MEZGER-FS, p. 250

⁹³ HENKEL, en MEZGER-FS, pp. 293 y ss.

⁹⁴ HENKEL, en MEZGER-FS, pp. 254-255. Además deja entrever que el límite no deba ser trazado a partir de los delitos dolosos. Justamente entiende que “[a] pesar de que el autor ha realizado el tipo delictivo premeditado e intencionadamente, puede derivarse la opinión de que él no lo ha realizado de modo reprochable, debido a que su comportamiento interno no merece desaprobación jurídica” (pp. 289-290).

⁹⁵ Cfr. HENKEL, en MEZGER-FS, p. 293, “La interpretación de los caracteres legales de los tipos de excepción referidos a la urgencia de la integridad física o la vida pueden hacer necesario un recurso al elemento regulativo de la exigibilidad”.

⁹⁶ HENKEL, en MEZGER-FS, p. 295.

⁹⁷ Hasta donde entiendo, HENKEL queda en deuda al respecto porque no clarifica a partir de qué principio o idea surgirían entonces las causas supralegales de exculpación. Si justamente no surgen de la inexigibilidad, como había entendido hasta entonces la mayor parte de la doctrina, quedaría por saber qué es lo que permite apoyar la creación judicial mediante la analogía. Podría conjeturarse que la desvinculación entre causas supralegales de exclusión de culpabilidad e inexigibilidad se debe a que la exculpación supralegal solamente tendría lugar a partir de criterios vinculados con exclusividad a la culpabilidad penal. Sin embargo, dado que para el autor la inexigibilidad se expande fuera de ella y llega a abarcar otras ramas del Derecho inclusive, no parecería ser el principio de inexigibilidad el más adecuado para explicar las exculpantes supralegales.

⁹⁸ JESCHECK/WEIGEND, AT⁵, p. 504; ROXIN, AT⁴, I, § 22, n.m. 144, p. 1024; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § § 32 ff., nn.mm. 122-123; MOMSEN, Die Zumutbarkeit, pp. 462 y ss.; MüKo-SCHLEHOFER, Vor § § 32 ff., n.m. 223. Sería excepciones a ello, LÜCKE, en JR (1975) 2, p. 58. Admiten la inexigibilidad en la exclusión de la culpabilidad pero de modo restringido, WESSELS/BEULKE, AT³⁴, § 10, n.m. 451, p. 158; KINDHÄUSER, AT, § 21, n.m. 13, p. 171; KÜHL, AT⁵, § 12, n.m. 12, p. 310; JAKOBS, AT², Ap. 20, nn.mm. 43, 45, pp. 591, 592.

⁹⁹ Señala MOOS, en ZStW 2004 (116), pp. 910-911, que en Austria, a diferencia de Alemania, se impone la opinión de una causa de exculpación general por inexigibilidad, lo cual mostraría que en el Derecho penal austriaco la justicia del caso concreto tiene mayor presencia que en el Derecho penal alemán.

¹⁰⁰ JESCHECK/WEIGEND, AT⁵, pp. 477, 504, «[u]na causa de exculpación supralegal de la inexigibilidad debilitaría el efecto preventivo general del Derecho penal si se la entiende objetiva o subjetivamente, y conduciría a la desigualdad en la aplicación del Derecho, debido a que la “inexigibilidad” no es una norma apropiada»; ROXIN, AT⁴, I, § 22, n.m. 144, p. 1024; MOMSEN, Die Zumutbarkeit, pp. 42-43; LÜCKE, en JR (1975) 2, p. 55.

¹⁰¹ Cfr. Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § § 32 ff., n.m. 125; BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT¹¹, § 23, nn.mm. 63-64, pp. 571-572; KINDHÄUSER, AT, § 21, n.m. 14, p. 171; KÜHL, AT⁵, § 12, nn.mm. 92 y ss., pp. 332 y ss.

exclusión de la culpabilidad¹⁰². La inexigibilidad, en especial, pese a ver reducido su ámbito de aplicación, conserva todavía una clara vigencia¹⁰³.

C NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD

1. En la infinidad de referencias a los principios de exigibilidad y de inexigibilidad que pueden encontrarse en diferentes artículos y manuales, no está del todo clara cuál es la naturaleza que poseen éstos. Mientras que para muchos autores el principio de (in)exigibilidad estaría fuertemente vinculado a la idea del reproche de culpabilidad y con ello fundamentarían a este estrato de la teoría del delito, para otros existe un claro desprendimiento de la idea de culpabilidad. Para este último sector, los principios de exigibilidad y de inexigibilidad formarían parte de la estructura axial de todo el Derecho y del Derecho penal. En este sentido, la inexigibilidad y la exigibilidad serían principios que fundamentan a todo el Derecho o bien se limitarían a fundamentar al Derecho penal exclusivamente. Conviene, con todo, analizar con algo más de detalle estas líneas doctrinales¹⁰⁴.

2. Entiendo que en la doctrina mayoritaria se impone la idea de que estos principios son exclusivamente el soporte de la culpabilidad¹⁰⁵. La exigibilidad fundamentaría que a un sujeto que obró antijurídicamente se le reproche por no haberse comportado de otro modo, mientras que la inexigibilidad sería el soporte de todas las causas que excluyen la culpabilidad. De ahí se seguiría que la inexigibilidad sería el principio que fundamenta tanto la exclusión de la culpabilidad en sentido estricto (inimputabilidad, error de prohibición), como también la exculpación.

Si se analiza esta primera postura a partir de las categorías de principios defendidas en esta obra, debería decirse que la inexigibilidad sería un principio institucional. Como tal, la inexigibilidad cumpliría la tan trascendental función de ser la idea rectora de toda la exclusión de la culpabilidad. La inexigibilidad se caracterizaría por contar con condiciones de aplicación solamente configuradas de un modo indeterminado, pero su consecuencia jurídica sería siempre la de excluir la culpabilidad. Esto significa que siempre que el juez utilizara el principio de inexigibilidad debería hacerlo exclusivamente para relevar del reproche al autor del hecho antijurídico y no para individualizar la pena, interpretar un tipo omisivo o imprudente, etc.

3. Para otros autores, no existiría ningún tipo de ligamen especial entre los principios de exigibilidad e inexigibilidad con la culpabilidad, aunque sí con todo el Derecho penal¹⁰⁶. Para estos tratadistas¹⁰⁷, la inexigibilidad sería un concepto que se halla presente tanto en la culpabilidad como en algunos tipos de la Parte especial¹⁰⁸, la individualización de la pena, etc. Igualmente tendría una presencia sumamente relevante en los delitos imprudentes y en los delitos omisivos.

¹⁰² Como indican BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 23, n.m. 63, p. 571, la razón de esta posición intermedia obedecería a que un reconocimiento general de la causa de exclusión de la culpabilidad por inexigibilidad llevaría a la disolución del ordenamiento jurídico-penal, mientras que una negación absoluta de la exculpación suprarregal lesionaría el principio de culpabilidad.

¹⁰³ Contrario a este diagnóstico, MOOS, en *ZStW 2004* (116), p. 897.

¹⁰⁴ Expresamente omito cualquier tipo de referencia a aquellas doctrinas que consideran que las causas de exculpación y las causas de exclusión de la culpabilidad (en sentido estricto) obedecen a principios diferentes. Especialmente reconocerían como fundamento de las causas de inimputabilidad no a la inexigibilidad (o al menos no como el principio decisivo) sino a otros, por ejemplo, NK²/SCHILD, § 20, n.m. 49, se habla del *principio de exclusión de la libre autodeterminación*, MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad*, pp. 392 y ss., alude al principio de igualdad como fundamento de las causas de inimputabilidad.

¹⁰⁵ En este sentido, JAKOBS, *AT*², Ap. 17, n.m. 53, p. 497, especialmente en Ap. 20, n.m. 45, p. 592, “una cláusula general de inexigibilidad así desarrollada está funcionalmente dirigida al concepto de culpabilidad igualmente”; JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 477, “[m]ientras las causas de justificación sólo pueden ser explicadas a partir de numerosos puntos de vista, se acepta en relación a las causas de exculpación que ellas se deben en su totalidad al principio de inexigibilidad del comportamiento adecuado a la norma”; LÜCKE, en *JR (1975) 2*, pp. 56-57; KITZINGER, en *JW 1933* (7), p. 406; WESSELS/BEULKE, *AT*³⁴, § 10, n.m. 433, p. 150; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 23, n.m. 7, pp. 554-555; WATZKA, *Die Zumutbarkeit*, p.78; MÜLLER-SCHLEHOFER, Vor §§ 32 ff., n.m. 222; SAINZ CANTERO, *La exigibilidad*, p. 55.

¹⁰⁶ En contra de lo que se afirma aquí, entiende WITTIG, en *JZ (1969)*, p. 546, que esta sería la postura dominante en la discusión.

¹⁰⁷ MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 73; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., nn.mm. 110, 126; KINDHÄUSER, *AT*, § 21, n.m. 13, p. 171.

¹⁰⁸ Para MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, pp. 39-40, es posible encontrar la referencia del legislador penal a la (in)exigibilidad en los §§ 35 párr. 1; 42 párr. 1; 56b párr. 1, N° 2; 56c párr. 1, N° 2; 68b párr. 3; 113 párr. 4, N° 2; 142 párr. 2; 218a párr. 2; 219 párr. 1, N° 2; 323c StGB.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

A partir de ahí no resulta difícil derivar que el principio de inexigibilidad opera transversalmente en todo el Derecho penal, fundamentando buena parte de sus instituciones. Incluso algunos autores entienden que, por la íntima vinculación existente entre el Derecho penal con el Derecho procesal penal y el Derecho de ejecución penal, la inexigibilidad o la exigibilidad sería también una idea que se deriva de la normativa procesal¹⁰⁹.

Esta segunda interpretación de la naturaleza del principio de inexigibilidad encuadraría dentro del concepto de los principios generales del Derecho penal. Al considerarse el concepto en discusión como un principio general del Derecho penal, debería concluirse que tiene la finalidad de ser uno de los pilares axiológicos de toda esta rama. Además, al tener sus condiciones de aplicación significativamente abstraídas e incompletas y carecer de una consecuencia jurídica, conservaría un grado tal de versatilidad que haría posible aplicarlo en todos los sectores del Derecho penal.

4. Una tercera visión de la naturaleza de las ideas de exigibilidad e inexigibilidad es principalmente asumida por HENKEL y se corresponde con una concepción significativamente ampliada¹¹⁰. Para este autor estos principios no sólo cumplen un papel fundamental en el Derecho penal¹¹¹, sino que también su presencia sería trascendental para todo el ordenamiento jurídico^{112/113}. En diversas normas e instituciones de la Teoría general del Derecho tendría la inexigibilidad un lugar de privilegio y sería un axioma fundamental en la actividad legislativa y jurisdiccional¹¹⁴.

Respecto al rol que cumpliría el principio frente a los poderes estatales, afirma HENKEL que la inexigibilidad tendría un importante papel para el aplicador del Derecho a la hora de concretar las cláusulas generales. En cambio, de caras a la competencia del legislador, la fórmula de la inexigibilidad le permitiría crear cláusulas generales que hagan posible delimitar los deberes en aquellas materias en las que es difícil prever todas las excepciones a las reglas¹¹⁵.

El cometido que atribuye este autor al principio de inexigibilidad permite concluir que se trataría de un valor que fundamenta todo el Derecho. La inexigibilidad sería por consiguiente un principio general del Derecho¹¹⁶, caracterizado por su gran abstracción en relación a las condiciones de aplicación y por la ausencia de consecuencias jurídicas. Precisamente este principio tendría meramente un carácter regulativo, sin un relleno determinado que dificultara su traslado a las más diversas latitudes del ordenamiento jurídico. Puede verse como HENKEL incluso se opone a ello porque dotar de un contenido específico a la inexigibilidad supondría privarle de la versatilidad de la que debe contar para ser aplicable en todo el Derecho¹¹⁷.

5. Más allá de la existencia de estas tres grandes posiciones sobre la naturaleza del principio de inexigibilidad, creo que existe, con todo, la posibilidad de advertir una reconstrucción que dé cuenta del genuino sentido en el que se utilizó el principio. Entiendo que debe dársele razón a la doctrina dominante y entender que la inexigibilidad es un principio fuertemente atado a la culpabilidad y así

¹⁰⁹ Así, MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 39 y ss. Estos principios se derivarían de los §§ 81c párr. 4; 223 párr. 2; 251 párr. 1, N° 3; 397a párr. 1, N° 1 StPO y del § 101 párr. 1, N° 1 StVollG

¹¹⁰ Desde luego que no debe obviarse que los puntos de vista hechos famosos por HENKEL ya habían sido desarrollados con anterioridad por otros autores. Así expone GOLDSCHMIDT, *La concepción*, p. 123: "Hace tiempo que la no exigibilidad ha sido reconocida en el derecho civil, no sólo como causa de liberación de las obligaciones contractuales, sino que también la han declarado característica legal del tipo en los §§ 1568 del BGB, 141 y 459, II, de la O.P.C. y en el § 28 del StGB, y recientemente, en mayor medida en las leyes complementarias. No se ha vacilado, en ningún momento, al aplicar el concepto, acerca de las reglas que lo rigen y tampoco de la aplicación ha resultado un peligro para la seguridad del derecho".

¹¹¹ Cfr. HENKEL, en MEZGER-FS, pp. 268 y ss., 276 y ss., 281 y ss. Entiende que en el Derecho penal las fórmulas de exigibilidad e inexigibilidad jugarían un papel relevante en los delitos de comisión, como así también en la exclusión del injusto, especialmente en relación a la legítima defensa. También desempeñarían un papel relevante en los delitos de omisión, concretando el ámbito del injusto. Igualmente tendría este principio presencia en los delitos imprudentes tanto como elemento de la culpabilidad como así también en la configuración del injusto.

¹¹² HENKEL, en MEZGER-FS, pp. 265 y ss., operando este principio, por ejemplo, en el Derecho civil, el Derecho administrativo, el Derecho de policía y el Derecho internacional. Así, en el Derecho civil el principio de inexigibilidad tendría vigencia principalmente a la hora de flexibilizar el rígido principio "pacta sunt servanda", frente al acaecimiento de hechos extraordinarios como revoluciones, guerras, etc. que modifiquen las condiciones contractuales básicas (p. 261).

¹¹³ Crítico frente a esta postura y con sólidos argumentos, MELENDO PARDOS, *El concepto*, pp. 524 y ss.

¹¹⁴ HENKEL, en MEZGER-FS, p. 260.

¹¹⁵ HENKEL, en MEZGER-FS, pp. 262 y ss.

¹¹⁶ En España entiende AGUADO CORREA, *Inexigibilidad*, pp. 39, que estaríamos frente a un principio general del Derecho con carácter normativo y no meramente regulativo. Sin embargo, interpreto que en su obra el principio de inexigibilidad tiene más el carácter de principio general del Derecho *penal* que de principio general del Derecho.

¹¹⁷ HENKEL, en MEZGER-FS, p. 273.

fundamentaría todas las causas de exclusión de la culpabilidad. A mi modo de ver, esta reconstrucción interpretativa es la más indicada principalmente porque el concepto de inexigibilidad está desde sus orígenes indisolublemente unido a la exclusión de la culpabilidad¹¹⁸. En algunos casos ello surge de manera explícita entre los penalistas que por primera vez aludían a la inexigibilidad, pero en muchos otros casos fácilmente puede advertirse esta interpretación a partir de referencias implícitas de la doctrina y la jurisprudencia.

Con la irrupción de las concepciones normativas de la culpabilidad en los comienzos del siglo pasado, la (in)exigibilidad se encontró subordinada a la idea de reproche. Si “[c]ulpabilidad es reprochabilidad”¹¹⁹ y solamente puede reprocharse a un sujeto en caso de que le haya sido exigible comportarse conforme a Derecho, el juicio de culpabilidad solamente habría de recaer sobre aquel al que le era exigible un comportamiento ajustado al ordenamiento jurídico. No le será exigible una conducta acorde al Derecho y, por tanto, no será tenido como culpable aquel que obra sin capacidad de culpabilidad, desconociendo la antijuridicidad de su acción o actúa en un contexto de anormalidad que condiciona su capacidad de acatar el mensaje de la norma.

Sucedería entonces con el principio de inexigibilidad algo similar a lo que sucedía con el principio del interés preponderante en las causas de justificación, en la medida que ambos principios fundamentarían las respectivas instituciones. Mientras que el principio del interés preponderante era un principio institucional de la justificación, el principio de inexigibilidad detenta la misma naturaleza y es la razón fundamental de la exclusión de la culpabilidad.

No puede sin embargo obviarse que en relación al principio del interés preponderante existen pruebas más contundentes para asignarle rango *institucional* y con ello rechazar las visiones que tendían a verlo como un principio general del Derecho. Principalmente se veía que el RG hacía alusiones explícitas a esta conexión entre el principio y los fundamentos de la justificación.

La situación de la inexigibilidad no es exactamente la misma, dado que no existen referencias explícitas en la jurisprudencia sobre su vinculación con la institución de la exclusión de la culpabilidad. Sería posible conjeturar que ello puede tener que ver con el hecho de que en aquel entonces todavía permanecía confundida la distinción entre las causas de exculpación y las causas de exclusión de la pena. Esto explicaría que se hablara en general solamente de que se producía una *exclusión de la pena* por vía suprallegal. En la doctrina sólo existen pronunciamientos timoratos y nada contundentes al respecto.

Pese a todo ello, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia late la idea de que la inexigibilidad sería un principio que fundamenta la exclusión de la culpabilidad, dado que habría una clara dependencia del reproche y la idea de (in)exigibilidad. Desde la perspectiva asumida aquí, debería entonces verse al principio de inexigibilidad como un principio institucional de la exclusión de la culpabilidad. De este modo, a partir de él podría operarse con la analogía *institutionis in bonam partem*.

No conviene dejar de reconocer que gran parte de la confusión que reina en relación a la naturaleza del principio de inexigibilidad tiene mucho que ver con el nombre que se ha elegido para denominar al principio institucional de la exclusión de la culpabilidad. La expresión *inexigibilidad* es ciertamente muy amplia y existen diversas disposiciones legales que aluden expresamente a ella y no sólo en el Derecho penal. Además, es una idea plenamente arraigada en todo el Derecho y en cualquier disciplina de la filosofía práctica, que en la mayoría de situaciones no sería justo atribuir algún tipo de responsabilidad (jurídica, moral, social) a un sujeto al que, por defectos constitutivos o circunstanciales, no puede exigírsele una conducta acorde a un ordenamiento. Entonces, si con el rótulo de “*principio de inexigibilidad*” se busca aludir al principio que fundamenta a las causas de exculpación, éste resulta sumamente ambiguo y da lugar a que se generen los equívocos¹²⁰. Precisamente, la hipertrofia del concepto de inexigibilidad y su “*paseo*” por todo el ordenamiento jurídico se vincula claramente al hecho de haberse apartado de su significado originario.

¹¹⁸ MELENDO PARDOS, *El concepto*, p. 526; AGUADO CORREA, *Inexigibilidad*, pp. 5-7.

¹¹⁹ FRANK, *Sobre la estructura*, p. 39; NOWAKOWSKI, en *SchwZStr* 1950 (65), p. 301.

¹²⁰ Criticando también la indeterminación del principio de inexigibilidad, MOOS, en *ZStW* 2004 (116), pp. 914; MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, pp. 42-43; KÜHL, *AT*, § 12, n.m. 12, p. 310.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Al igual que como proponía en relación al principio institucional de las causas de justificación, se ganaría en precisión proponiendo otro nombre para rotular a esta razón fundamental de esta otra institución jurídico-penal. Concretamente, el empleo de esta denominación pretendería hacer más clara la naturaleza institucional del principio; esto es, haría posible vincular al principio con las causas de exclusión de la culpabilidad. Por esta razón, entiendo que sería preferible hablar del *principio de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* antes que del principio de inexigibilidad.

Pese a todas las observaciones que pueden hacerse al *principio de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria*, creo que se ganaría en precisión respecto a la vinculación que siempre existió entre este principio y la institución de la exclusión de la culpabilidad. De este modo, siempre que el legislador o el juez estuviesen aludiendo a los fundamentos de estas eximentes, estarían aludiendo al principio de *la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria*, el cuál orientaría la legislación, como así también la interpretación, aplicación e integración del Derecho penal. Justamente, en el ámbito de la integración del Derecho penal desempeñará un papel trascendental en la analogía *institutionis in bonam partem*.

D EL PRINCIPIO DE LA IRREPROCHABILIDAD DE UN COMPORTAMIENTO INFRACOR DE LA NORMA PRIMARIA Y SU ESPECIAL PAPEL EN LA ANALOGÍA INSTITUTIONIS IN BONAM PARTEM

De lo expuesto en el apartado anterior se sigue que el principio de inexigibilidad constituye la corporización del principio institucional de las causas de exclusión de la culpabilidad. Sin embargo, debido a la indeterminación que caracteriza al nombre que recibe este principio, convenía adoptar otra nomenclatura para aludir al principio que fundamenta la institución de la exclusión de la culpabilidad. En este sentido, entiendo que cambiando la etiqueta del principio de inexigibilidad por el de *principio de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* se gana en precisión y se logra vincular el principio al verdadero lugar en el que opera: la exclusión de la culpabilidad.

El principio de *la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* será la razón fundamental de todos aquellos supuestos que conforman la faz negativa de la culpabilidad. Constituirá, por consiguiente, tanto el fundamento de las causas de exculpación (estado de necesidad disculpante, miedo insuperable, exceso en la legítima defensa, *vis relativa*, etc.) como así también de las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto (causas de inimputabilidad y error de prohibición)¹²¹. Estos subgrupos estarán conectados entre sí por esta idea común que se cristaliza en el principio de *la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria*.

Como puede entreverse, la gran relevancia que tendrá el principio de *la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* se muestra en el terreno de la integración del Derecho penal, en concreto, en la analogía *institutionis in bonam partem*¹²². Los principios institucionales son el eje central de la analogía *institutionis* a la hora de establecer el núcleo de semejanza entre los casos regulados por la institución jurídico-penal y el caso afectado por la laguna axiológica, y para crear el juez la norma con posterioridad. Por tanto, el principio de *de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* cumplirá ambos roles en la creación de causas supraleales de exclusión de culpabilidad mediante la analogía *institutionis in bonam partem*.

¹²¹ No conviene pasar por alto que en la institución de la exclusión de la culpabilidad existen otros principios además del de *la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria*, pese a no detentar estos otros principios un carácter institucional. Incluso cuando las causas de exculpación y las de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto tienen como fundamento común la ausencia de asequibilidad al mensaje de la norma penal, no puede negarse que en un nivel menos abstracto pueden encontrarse diferencias entre ambos grupos y por ello responderían a principios distintos. Por ejemplo, en las causas de exculpación todas las causas parecerían tener como principal fundamento la debilidad humana en situaciones de necesidad, cfr. WATZKA, *Die Zumutbarkeit*, p. 168. En realidad, estos principios que fundamentan las causas de disculpa, por un lado, y las causas de exclusión de la culpabilidad, por el otro, serían principios no institucionales que representan una concreción del principio de *de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria*. Estos principios se ubicarían en una instancia intermedia entre los principios institucionales y las *rationes legis*. Marcando una distinción entre los fundamentos de todas las causas de exculpación y las *rationes legis*, ACHENBACH, en JR (1975), p. 495, quien considera que el principio de *ilegitimidad* sería el fundamento del § 35 StGB.

¹²² Parecería ser de la idea de que, en realidad, la aparición de nuevas causas de exculpación por inexigibilidad se produciría a partir de la analogía *iuris in bonam partem*, MANTOVANI, PG³, p. 353.

En relación al establecimiento del núcleo de semejanza, el principio de *de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* hará posible juzgar la *analogicidad* o la *desanalogicidad* entre el caso genérico que padece una laguna axiológica y los casos genéricos de las concretas causas de exclusión de la culpabilidad en sentido amplio. Ante todo, cuando el caso *lagunoso* es abarcado por el principio institucional en cuestión se dirá que este caso genérico y los casos regulados en la institución jurídico-penal son análogos. Vistas así las cosas, el principio *de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* determinará que siempre que el autor no pueda acceder al mensaje de la norma de modo inevitable, su hecho será semejante a las exculpantes legales, incluso cuando no esté comprendido expresamente en ellas.

El principio *de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* también cumplirá una función trascendental en la creación de la nueva eximente con origen judicial. El juez toma como molde en la etapa de creación a este principio. De esta manera, la causa de exculpación que crea el juez será una concreción de la idea *de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* y, por ende, la nueva eximente responderá a este principio en cuanto a su fundamento teórico.

IV LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

A ¿ES NECESARIO RECONOCER CAUSAS SUPRALEGALES DE INIMPUTABILIDAD?

A primera vista resulta ser algo extraño que las aisladas referencias al papel de la analogía *in bonam partem* en la exclusión de la culpabilidad centren principalmente su atención en la aparición de causas supralegales de exculpación o en el reconcimiento supralegal del error de prohibición. En cambio, el tema de las causas supralegales de inimputabilidad ni siquiera tímidamente se asoma en los diversos manuales y monografías.

Algo similar sucede en la jurisprudencia. Mientras que no han faltado oportunidades en las que se otorgó carta de naturaleza a las causas supralegales de exculpación o al error de prohibición suprapositivo, la jurisprudencia no ha admitido causas de inimputabilidad que sean creadas por el juez mediante la analogía. Los tribunales alemanes tuvieron oportunidad de pronunciarse en relación a las causas de exculpación de origen supralegal, especialmente en el ámbito de la colisión de deberes exculpante. Igualmente en su conocida sentencia del año 1952, el BGH colmó mediante la analogía *in bonam partem* una laguna axiológica en relación al error de prohibición. En cambio, hasta donde entiendo, no es posible registrar sentencias de tribunales alemanes o españoles en las que se acuda a la analogía para colmar algún tipo de laguna axiológica que se presente en el sistema de causas de inimputabilidad.

Con todo, este fenómeno puede encontrar fácilmente explicación si se atiende a la realidad legislativa de los diversos países y, más concretamente, a la técnica legislativa empleada para regular las causas de inimputabilidad. Si se observa la manera en la que han sido redactadas las normas que regulan la inimputabilidad, será posible comprender que el juez cuenta con un amplio margen de maniobra dentro de los límites zanjados por el legislador.

Precisamente, en el dominio de la inimputabilidad existe una fuerte dependencia del Derecho con respecto a los avances que se produzcan en la psiquiatría¹²³ y de ahí que la pretensión del Derecho de regular toda esta realidad pecaría de ilusa¹²⁴. Principalmente por esta razón se entiende que el

¹²³ FIANDACA, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 10. De ahí que entienda MiiKo-STRENG, § 20, n.m. 18, que el tenor literal del § 20 StGB es “*construido de un modo ampliamente descriptivo*”, dado que el legislador se limitaría a describir las alteraciones y el grado de intensidad que la psiquiatría registra.

¹²⁴ Ello lleva a que se entienda que los intentos por diseñar una cláusula general que regule todo este cambiante ámbito han sido poco satisfactorios, cfr. JAKOBS, *AT*, Ap. 18, n.m. 19, p. 20; NK²/SCHILD, § 20, nn.mm. 9, 12. Sin embargo, señala FIANDACA, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 10, que en Italia la doctrina actual auspicia la intervención legislativa para precisar el concepto de enfermedad mental, a diferencia de lo que sucedería, según su opinión, en Alemania.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

legislador haya optado por cláusulas generales en la regulación de las causas de inimputabilidad. De esta manera el juez contaría con una norma tan ampliamente redactada que le permitiría fácilmente ponerse a tono con los nuevos descubrimientos de la psiquiatría¹²⁵, sin tener la necesidad de esperar una respuesta concreta del legislador ni tampoco crear Derecho mediante la analogía *in bonam partem*. En consecuencia, la exclusión de la imputabilidad en casos no paradigmáticos de alteraciones psíquicas o perceptivas se produce apelando al sistema de normas ordinario contenidas en el Código penal y que el juez está obligado aplicar. Esto quiere decir que el juez se limitaría a aplicar las normas contenidas en la ley, no teniendo la necesidad de importarlas del Derecho supralegal.

La realidad legislativa habla, a mi modo de ver, en favor de esta visión del problema. Tanto el CP como el StGB poseen normas que regulan las causas de inimputabilidad de un modo sumamente amplio y contienen cláusulas que amplían notablemente su ámbito regulativo.

Se entiende normalmente en España que el conjunto de normas que regulan la inimputabilidad se encuentra conformado por los incisos 1º, 2º y 3º del art. 20 CP¹²⁶. El inc. 1º regula las alteraciones o anomalías psíquicas del sujeto; el inc. 2º abarca las intoxicaciones éticas o psicotrópicas excluyentes de culpabilidad; y el inc. 3º, finalmente, las alteraciones severas de la percepción. En primer lugar, a partir de este contexto normativo cabría entender que todos los ámbitos que merecen excluir la culpabilidad con motivo de la imposibilidad de comprender la criminalidad de la conducta y obrar en consecuencia de esta comprensión estarían ya dentro de la ley. En segundo lugar, e incluso asumiendo lo anterior, el legislador ha ido más lejos y ha empleado dentro de cada norma cláusulas generales que extienden aún más su perímetro. Así, por ejemplo, el inc. 1º alude a “cualquier anomalía o alteración psíquica”; el inc. 2º señala, en relación a las sustancias tóxicas, “otras que produzcan efectos análogos”; y el inc. 3º habla de alteraciones de la percepción en términos muy amplios.

En Alemania la situación no es muy distinta, en cuanto el § 20 StGB luego de enumerar como causas de inimputabilidad a la morbosa alteración psíquica, a la profunda perturbación del conocimiento y a la demencia, incluye “otra grave anomalía psíquica”¹²⁷. Esta cláusula general evidenciaría que el legislador alemán habría contado con la mutabilidad de la materia que regulaba y por ello dispuso una regulación que es lo suficientemente versátil como para adaptarse al objeto de la ley¹²⁸. El legislador habría dado al juez intencionalmente una amplia extensión legal para que pudiera solucionar todos los asuntos de inimputabilidad que se le presentan¹²⁹.

Con este análisis quiero defender que no es necesario acudir a la analogía *in bonam partem* para crear judicialmente causas supralegales de inimputabilidad. Su motivo no es que el juez carecería de legitimidad por el principio de legalidad para crear en este ámbitos causas supralegales que excluyan la culpabilidad. En verdad, no se acude aquí a la analogía *in bonam partem* por razones puramente metodológicas; en concreto, no habría aquí ningún tipo de laguna axiológica que deba integrarse gracias a la analogía. En realidad, podríamos estar frente a una laguna de reconocimiento y frente a ella la analogía no tiene nada que hacer.

Puede verse, a partir de las regulaciones española y alemana de las causas de inimputabilidad, que todo el universo de casos que deben ser relevantes para el Derecho penal está comprendido por la ley. En este sentido, el legislador no habría dejado fuera de la ley ninguna propiedad que sea relevante para reconocer la inimputabilidad¹³⁰. A esto último no lo logra regulando exhaustivamente cada una de estas propiedades, sino dejando un amplio margen en el que sean consideradas relevantes todas aquellas, cuya concurrencia afectaría relevantemente la capacidad del sujeto.

Defiende justamente en Italia la necesidad de mantener niveles elevados de taxatividad en las causas de inimputabilidad MANNA, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, pp. 77 y ss.

¹²⁵ NK²/SCHILD, § 20, n.m. 62.

¹²⁶ Cfr. MIR, PG⁷, nn.mm. 9-13, p. 559; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad*, pp. 427.

¹²⁷ Cfr. ROXIN, AT⁴, I, § 20, n.m. 1, p. 886; JESCHECK/WEIGEND, AT³, pp. 438 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 20, p. 380; WESSELS/BEULKE, AT³⁴, § 10, n.m. 410, pp. 141-142; BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT¹¹, § 19, n.m. 19, p. 454; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 10, n.m. 22, pp. 382-383; NK²/SCHILD, § 20, n.m. 57; MüKo-STRENG, § 20, nn.mm. 31 y ss.

¹²⁸ La doctrina incluye bajo esta fórmula, entre otras, a las psicopatías, las neurosis, las alteraciones del instinto, adicciones e intoxicaciones, graves adicciones sexuales morbosas, etc. cfr. JAKOBS, AT², Ap. 18, nn.mm. 20-23, pp. 531-533; ROXIN, AT⁴, I, § 20, n.m. 25, p. 897; JESCHECK/WEIGEND, AT³, pp. 440-441; BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT¹¹, § 19, n.m. 19, p. 454; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 10, n.m. 22, p. 383; NK²/SCHILD, § 20, n.m. 90; MüKo-STRENG, § 20, n.m. 41.

¹²⁹ A juzgar por NK²/SCHILD, § 20, nn.mm. 14, 16, sería tan amplio el ámbito de aplicación del § 20 StGB que presentaría problemas de delimitación con los §§ 17 y 21.

¹³⁰ En este sentido ya se pronunciaba MANGAKIS, en *ZStW* (1963) 75, p. 148, comentando la regulación del § 51 del RStGB.

Desde luego que esta técnica legislativa no tendría por qué conducir a que la concurrencia de cualquier propiedad haga inimputable al autor. Excluirán la capacidad de culpabilidad del autor sólo aquellas que son similares a las enumeradas (supuestos de intoxicaciones) o se circunscriben en el amplio concepto de alteración psíquica o de la percepción.

Vistas así las cosas, no será necesario acudir en el Derecho penal alemán y español a la analogía *in bonam partem*, dado que no existirían lagunas axiológicas y sólo frente a ellas puede acudirse en el Derecho penal a la analogía^{131/132}. En realidad, podría entenderse que en la regulación de las causas de inimputabilidad estaríamos frente a una *laguna inicial o primaria*¹³³, caracterizada por la circunstancia de que el legislador habría dejando intencionalmente abiertas las condiciones de aplicación de las causas de inimputabilidad¹³⁴.

Sin embargo, entiendo que estas lagunas pueden asimilarse a las *lagunas de reconocimiento* y, por tanto, la analogía *in bonam partem* no tendría nada que ver con ello. Solamente sería necesario acudir a ella cuando nos encontremos frente a una situación en la que el juez considera que el legislador no habría tomado como relevante a los efectos de la inimputabilidad una propiedad que, a su juicio, debería serlo. Esto es, solamente frente a lagunas axiológicas podrá el juez crear Derecho a partir de la analogía *in bonam partem* y justamente en el ámbito de la inimputabilidad esto no sucede¹³⁵.

B LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* Y EL ERROR DE PROHIBICIÓN

1 Introducción

La relevancia jurídico-penal del error *iuris* en la exclusión del castigo es algo que se ha reconocido en nuestro entorno jurídico más cercano sólo en tiempos relativamente recientes. Basta con analizar la situación legal y jurisprudencial en el Derecho alemán e italiano, para poder constatar que la relevancia del error *iuris* se consolida recién en los años 50' en Alemania, mientras que en Italia recién tiene lugar en los 80'¹³⁶. España no ha sido la excepción en este proceso y recién con la reforma del CP de 1983 el error de prohibición recibe tratamiento jurídico, cristalizando los postulados de la teoría de la culpabilidad¹³⁷.

Semejante situación legal era principalmente consecuencia del arraigo al adagio romano *ignorantia iuris nocet*. Sin embargo, con la consolidación de los Estados democráticos de Derecho parecía ser poco conciliable este adagio con el principio de culpabilidad, inspirador del Derecho penal y garantizado constitucionalmente. Igualmente, no resultaba sencillo compatibilizar el principio de igualdad con el *ignorantia iuris nocet*, que igualaba en el tratamiento jurídico a aquella persona que

¹³¹ Claramente se pronunciaba en sentido contrario, MAYER, *AT*, p. 237, en relación a la antigua regulación de la inimputabilidad que se contenía en el RStGB; incluso agregaba el autor que la jurisprudencia de aquel entonces del RG era contraria a la analogía *in bonam partem* en estos casos. BINDING, *Die Normen*, pp. 214-215, entendía que existían lagunas axiológicas en la regulación de las causas de inimputabilidad, las cuales debían ser integradas a partir de una extensión analógica del § 51 RStGB. Este mismo autor consideraba (p. 215, nota 8) que ésta era la opinión mantenida por los penalistas más destacados de la época, como ser: HÄLSCHNER, BRUCK, WÄCHTER, LÖNNING, FINGER, FRANK y LILIENTHALT, lo cual parecía sorprender en medio del formalismo imperante de la época. En la actualidad considera que pueden existir lagunas integrables mediante la analogía *in bonam partem*, MÜLLER-SCHLEHOFER, Vor §§ 32 ff., n.m. 211.

¹³² Con anterioridad entendí que la analogía *in bonam partem* jugaba todavía un papel importante en la integración de lagunas del sistema de causas de inimputabilidad, lo cual presuponía el grueso error de confundir la existencia de lagunas axiológicas y de reconocimiento. A partir de ahí entendí que los supuestos de *moral insanity* que pueden aguparse entre las psicopatías (cfr. OZARIN, *Moral Insanity*, en <http://pn.psychiatryonline.org/cgi/content/full/36/10/21>) llevaban a la excluir la capacidad de culpabilidad a partir de la analogía *in bonam partem*. Al respecto, cfr. MONTIEL, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología 2000* (3), pp. 206 y ss.

¹³³ Cfr. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, n.m. 860, p. 543; LARENZ, *Metodología*, p. 372; RÖHL, *Allgemeine*, § 77, pp. 616; ENGISCH, *Einführung*, pp. 186-187.

¹³⁴ Sobre esta cuestión volveré con algo más de detalle al momento de analizar el problema de las lagunas en la atenuante de análoga significación, ver pp. 561 y ss.

¹³⁵ Parecería pronunciarse en sentido contrario JAKOBS, *AT*, Ap. 18, n.m. 19, p. 531, aunque sus planteamientos en este punto distan de ser claros.

¹³⁶ Al respecto, cfr. FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 27 y ss.

¹³⁷ FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 76.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

conscientemente se decidía en contra del Derecho y aquella otra que no conocía la antijuridicidad de su conducta. Por tanto, es comprensible que fuera necesaria la intervención del juez para salvar esta inconsistencia axiológica que se había generado en los ordenamientos jurídico-penales.

A continuación me interesa analizar los contextos de aparición del error de prohibición supralegal en Alemania, Italia y España. El análisis de estos tres sistemas jurídicos no obedece a un puro afán de comparación, sino que, en realidad, me parece sumamente interesante analizar las tres situaciones por sus implicancias metodológicas. La aparición jurisprudencial del error de prohibición en estos tres ordenamientos jurídicos tiene lugar a partir de contextos normativos disímiles, con lo que la analogía *in bonam partem* ha operado de modo diverso también¹³⁸. Por esta razón, no profundizaré en cuestiones dogmáticas sino que me centraré exclusivamente en lo que sea relevante para la analogía *in bonam partem*¹³⁹.

2 Reconstrucción supralegal del error de prohibición en el Derecho alemán

a Situación legal y jurisprudencial del error de prohibición

Bajo la vigencia del RStGB, el error sólo encontraba tratamiento jurídico en el § 59. 1. Según éste, “*Si alguien, en la comisión de una acción punible no conoce la existencia de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal o que elevan la punibilidad, no le serán imputadas estas circunstancias*”. Con esta disposición se otorgaba relevancia jurídico-penal solamente al desconocimiento de las circunstancias pertenecientes al supuesto de hecho del tipo y se dejaba al margen el desconocimiento de la prohibición¹⁴⁰. Esto implicaba aceptar que el sistema legal alemán de aquel entonces sólo excluía el castigo frente al error de hecho inevitable, mientras que consideraba absolutamente irrelevante para la exclusión de la culpabilidad el error de Derecho.

Un primer problema que aparecía con esta exigua regulación era de naturaleza político-criminal. En efecto, el desconocimiento inevitable de las circunstancias fácticas del tipo penal excluía el dolo sin más, mientras que el desconocimiento evitable llevaba a una responsabilidad por imprudencia. Sin embargo, el sistema legal se encontraba con un serio problema frente a la escasa previsión de delitos imprudentes, dado que en la mayoría de delitos quedaban sin castigo errores fácilmente evitables, al ser éstos atípicos¹⁴¹.

Por otra parte, no se sabía bien qué hacer en relación a aquellos errores que no recaían sobre los elementos fácticos del tipo, sino más bien sobre sus elementos normativos. El § 59 RStGB parecía ser muy claro en relación a que solamente quedaban sin imputarse el desconocimiento de las circunstancias de hecho y el desconocimiento de los elementos normativos importaba un desconocimiento de la ley.

Para evitar que en este último caso prevaleciera una interpretación del § 59. 1 RStGB según el brocardo *ignorantia iuris nocet* y así se reputara irrelevante al error sobre los elementos normativos del tipo, el RG se vio obligado a innovar en su doctrina jurisprudencial. Así, comenzó a distinguir entre aquellos errores de Derecho penal y los errores de Derecho extrapenal. Mientras que el primero seguía careciendo de efectos excluyentes del castigo, el error de Derecho extrapenal alcanzaba a excluir el dolo por asimilación al error de hecho¹⁴². De esta manera, la nueva doctrina del RG permitía otorgar relevancia excluyente de pena al error de hecho y al error de Derecho extrapenal.

¹³⁸ Admitiendo el recurso a la analogía *in bonam partem* en relación al error, VASSALLI, *Limiti*, p. 80.

¹³⁹ Para una exhaustiva descripción de los aspectos dogmáticos y político-criminales involucrados en el proceso de positivización del error de prohibición en Alemania, Italia y España, ver por todos FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 27 y ss.

¹⁴⁰ ROXIN, *AT*¹, I, § 21, n.m. 5, p. 928; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 28; BELFIORE, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 56.

¹⁴¹ FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 28.

¹⁴² JAKOBS, *AT*², Ap. 19, n.m. 3, pp. 543-544; ROXIN, *AT*¹, I, § 21, n.m. 5, p. 928; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, § 17, n.m. 2; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 32-33; CÓRDOBA, *El conocimiento*, pp. 60-61.

Sin embargo, la doctrina no tardó en hacer frente a esta opinión emitida por el RG mediante sus sentencias. Justamente, esta distinción fue rechazada casi unánimemente por la doctrina dado que no resultaba ser tan fácil distinguir claramente entre un error de Derecho penal y otro extrapenal. Además, como señala ROXIN, “*tampoco convence que la cuestión dependiente de la casualidad de que una materia jurídica esté regulada en el StGB o fuera de él, deba prejuzgar la relevancia del error*”¹⁴³.

Frente a esta insatisfactoria realidad legal y jurisprudencial, y en pleno debate entre las teorías de la culpabilidad y del dolo¹⁴⁴, tiene lugar un pronunciamiento del BGH que va marcar un hito en la posterior evolución de la dogmática jurídico-penal¹⁴⁵. El 18 de marzo de 1952 el BGH dicta una sentencia trascendental, en la que reconoce relevancia al error de prohibición en la exclusión de la culpabilidad¹⁴⁶. Haciendo suyos los postulados de la teoría de la culpabilidad, interpreta que la falta inevitable de conocimiento de la prohibición no excluía el dolo sino la culpabilidad¹⁴⁷. A partir de ahí el castigo del desconocimiento evitable de la prohibición quedaba independizado de si el legislador había previsto el delito imprudente correspondiente. En este último caso cabía sólo atenuar o no la pena del delito en cuestión.

Finalmente, el legislador acabó cristalizando esta última doctrina patrocinada por el BGH en el § 17 StGB. Aquí se reconoce al error de prohibición relevancia para excluir la culpabilidad en cuanto sea inevitable, entretanto que frente a los errores evitables la nueva disposición sólo faculta al juez a atenuar la pena. Como entiende la doctrina dominante¹⁴⁸, el legislador alemán de 1975 reconoce rango legal a la teoría de la culpabilidad mediante la regulación del § 17 StGB.

b Aparición del error de prohibición mediante la analogía in bonam partem

De la anterior descripción de la situación legal y jurisprudencial previa al año 1952 puede observarse claramente que el sistema jurídico-penal no resolvía satisfactoriamente el problema del error de prohibición. Ello se explica, ante todo, por la circunstancia de que el principio de culpabilidad exige que sólo sea reprochado penalmente aquel sujeto que al momento de actuar conocía el carácter antijurídico de su comportamiento. Castigar a quien carece de este conocimiento, por considerar irrelevante al error de prohibición, suponía desconocer este principio constitucional, del mismo modo que implicaba dar un paso más hacia la responsabilidad objetiva.

Cuando el BGH reconoce efecto exculpante al error de prohibición no lo hace a partir del material puesto por el legislador. La exclusión de la culpabilidad no podía ser fundamentada de ningún modo a partir del § 59. 1 RStGB, dado que éste solamente dejaba de imputar la acción punible cuando el error hubiese recaído sobre las circunstancias de hecho. El desconocimiento sobre el carácter prohibido del hecho quedaba claramente fuera de esta disposición legal. Esto último es algo que el BGH en su sentencia se encarga de enfatizar, cuando dice que “[e]l precepto del § 59 sólo se refiere a la falta del conocimiento de los elementos del tipo legal”^{149/150}.

El BGH deja en claro con esta opinión que el RStGB no daba una respuesta axiológicamente satisfactoria al error de prohibición. Pero cabe agregar que este problema axiológico debía ser solucionado porque no se trataba simplemente de que el juez estuviese en desacuerdo con el legislador, sino que la propia voluntad del legislador no se opondría a ello. Dicho con otras palabras: el legislador de 1870 no había querido renunciar a cualquier efecto exculpante del error de prohibición

¹⁴³ ROXIN, *AT*⁴, I, § 21, n.m. 5, p. 928. En términos similares, JAKOBS, *AT*², Ap. 19, n.m. 4, pp. 544-545; CÓRDOBA, *El conocimiento*, p. 61; BELFIORE, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 56.

¹⁴⁴ ROXIN, *AT*⁴, I, § 21, n.m. 6, p. 929.

¹⁴⁵ JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 452; ROXIN, *AT*⁴, I, § 21, n.m. 7, p. 929; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, § 17, n.m. 2.

¹⁴⁶ BGHSt. T. 2, pp. 194 y ss.

¹⁴⁷ JAKOBS, *AT*², Ap. 19, n.m. 5, p. 545; BELFIORE, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 58.

¹⁴⁸ NK²/NEUMANN, § 17, n.m. 1; MüKo-JOECKS § 17, n.m. 1; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, § 17, n.m. 3; WESSELS/BEULKE, *AT*³⁴, § 11, n.m. 465, p. 163; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹¹, § 21, n.m. 39, p. 509; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 46; FIANDACA, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 9; BELFIORE, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 58.

¹⁴⁹ BGHSt. T. 2, p. 205.

¹⁵⁰ Destacando en la doctrina también que el § 59. 1 RStGB dejaba fuera al error de prohibición, FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 31

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

inevitable; simplemente, este error no sería relevante en el sistema del RStGB por un descuido del legislador. Esto explica que la inconsistencia axiológica que padecía el RStGB deba ser vista como una laguna axiológica y no como un mero desacuerdo valorativo. Además, el principio de culpabilidad exigiría tomar como relevante a los fines de la exclusión de la culpabilidad al desconocimiento de la antijuridicidad¹⁵¹.

Precisamente a esta interpretación la avala el mismo BGH:

Las causas de exclusión de la culpabilidad no se hallan reguladas exhaustivamente en el Derecho positivo. En el ámbito de los delitos imprudentes y de omisión, el RG reconoció, sin que hubiese una regulación legal, la inexigibilidad de la lesión de intereses propios dignos de ser tomados en consideración como causa de exclusión de la culpabilidad. Por ello, está fuera de duda que la jurisprudencia tiene la facultad y el deber de desarrollar nuevos preceptos jurídicos para el tratamiento del error de prohibición que se adecuen plenamente al principio de culpabilidad¹⁵².

Según se desprende de este fragmento, la remisión a los dictados del principio de culpabilidad hace posible que se entienda incompleto el catálogo de causas de exclusión de la culpabilidad, de manera que el legislador no habría pretendido regularlas con carácter excluyente. Cuando en este caso se produce la confrontación entre la tesis de relevancia del § 59 RStGB (favorable a la irrelevancia del error de prohibición inevitable) y la hipótesis de relevancia del BGH (favorable a la relevancia del error de prohibición inevitable), surge una laguna axiológica. En realidad, el legislador de no haber cometido esta desatención debería haber plasmado los efectos excluyentes de la culpabilidad en la ley.

Dado que el sistema jurídico-penal se habría visto afectado por una laguna axiológica en relación al tratamiento del error de prohibición, correspondía al BGH integrar esta laguna a partir de la analogía *in bonam partem*. Precisamente el BGH debió crear para esta ocasión una norma que excluyera la culpabilidad de quien obraba en desconocimiento inevitable de la prohibición. Puesto que la ley no contenía la respuesta axiológicamente acertada para el caso, no quedaba más remedio que acudir al Derecho extralegal creado por el juez. El BGH creará una regulación para el error de prohibición a partir de una exigencia que se derivaría del principio de culpabilidad. Así entiende que,

Todos estos defectos aconsejan abandonar la jurisprudencia del RG y hallar y aplicar por la vía del desarrollo judicial del Derecho aquellos preceptos jurídicos mediante los cuales quede garantizada la aplicación del principio de culpabilidad también en la punición de hechos dolosos, haciendo justicia al carácter de la culpabilidad¹⁵³.

Al reconocer el BGH la exclusión de la culpabilidad frente al desconocimiento inevitable de la antijuridicidad está creando Derecho a partir de la analogía *in bonam partem*. Lo que sin embargo no alcanza que quedar del todo claro es por medio de qué clase de analogía es que se reconoce el efecto exculpante al error de prohibición.

El error de prohibición suprallegal sólo podría aparecer mediante la analogía *legis in bonam partem* si se asumiera la teoría del dolo. Para sus sustentadores, la exclusión del castigo de estos casos tenía lugar mediante la extensión del mismo § 59 RStGB¹⁵⁴. Esta norma solamente abarcaba al error sobre los presupuestos fácticos del tipo, de modo que dejaba afuera de la regulación al error sobre el carácter prohibido del hecho. La única manera de excluir el castigo por error de prohibición era entonces aplicando por analogía el § 59 RStGB. Un hipotético juez que aceptara aquí la teoría del dolo apelaría a la *ratio legis* del § 59 RStGB para establecer el núcleo de semejanza y luego construiría la norma judicial tomando como molde la *ratio legis* y la disposición legal.

Sin embargo, a mi modo de ver ello dista de ser la explicación más acertada de lo que hizo el BGH. El tribunal acepta, en cambio, la teoría de la culpabilidad y con ello se desprende en cierta medida de lo dispuesto por el § 59 RStGB. En realidad, fundamenta su decisión en el principio de culpabilidad, el cual aparecería no sólo para identificar la laguna axiológica y sino también para integrarla.

¹⁵¹ FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 43-44.

¹⁵² BGHSt. T. 2, p. 205.

¹⁵³ BGHSt. T. 2, pp. 204-205.

¹⁵⁴ Así, BGHSt. T. 2, p. 206.

En este punto la duda se presenta en cuanto a si estaríamos frente a un caso de analogía *institutionis in bonam partem* o frente a una analogía *iuris in bonam partem*. No cabe dudar que la naturaleza que se le reconozca al principio de culpabilidad decidirá el dilema. Si se interpreta el principio de culpabilidad como un principio de carácter institucional, la respuesta será en favor de la analogía *institutionis*. En cambio, si se considera al principio de culpabilidad como un principio general del Derecho penal o del Derecho, estaremos ante una analogía *iuris*.

Pese a que en este punto el BGH no dice nada explícitamente, entiendo que puede interpretarse sin problemas que el tribunal hace referencia al principio de culpabilidad en el sentido de un principio institucional. Ello principalmente se observa cuando el BGH compara la situación del error de prohibición supralegal con el de las causas de exculpación supralegales¹⁵⁵, en donde estas últimas aparecen a partir de principios institucionales de la exclusión de la culpabilidad. Incluso más expresamente el BGH afirma que,

el principio heredado del RG y mantenido imperturbablemente, según el cual la concurrencia de un error sobre la ley penal no excluye la punibilidad, conduce a la punición en caso de concurrir un error de prohibición inculpable, a pesar de que no puede plantearse al autor reproche de culpabilidad alguno; de este modo, también implica vulnerar el principio sacrosanto de toda pena conforme al cual la culpabilidad es presupuesto de la pena¹⁵⁶

A mi modo de ver, el BGH fundamenta la nueva norma creada en un principio institucional, pese a hacerlo bajo el rótulo del principio de culpabilidad que pareciera corresponderse con un principio general del Derecho penal. En consecuencia, lo cuestionable de la decisión del tribunal es el empleo de un rótulo que no se corresponde con la naturaleza institucional del principio que sostiene esta analogía *institutionis in bonam partem*. En realidad, el BGH habría creado el error de prohibición supralegal mediante una analogía que se servía del principio institucional *de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria*.

Debe concluirse, por tanto, que el reconocimiento supralegal del error de prohibición tuvo lugar en Alemania a partir de la analogía *institutionis in bonam partem* y no de la analogía *iuris in bonam partem*.

3 Reconstrucción supralegal del error de prohibición en el Derecho italiano

a Situación legal y jurisprudencial del error de prohibición

Al igual que veíamos que sucedía en el Derecho penal alemán, la intervención de la Justicia en el tratamiento del error de prohibición tuvo en Italia una importancia superlativa. En el caso italiano puede hablarse, sin temor a equivocaciones, de una etapa previa a la intervención de la Corte Constitucional y otra posterior a ella. La *Corte Costituzionale* se enfrentó —como veremos— a una situación mucho más compleja en comparación con la alemana, puesto que existían aquí reminiscencias mucho más marcadas de la responsabilidad objetiva. En este punto cabe decir que, pese a que con esta sentencia se le reconoce relevancia a la *ignorantia iuris* en la exclusión de la punibilidad, su admisión no ha sido muy generosa en el devenir jurisprudencial, legislativo y doctrinal¹⁵⁷.

El Código penal italiano, vigente desde 1930, posee en su articulado dos normas que abordan la problemática del error en el Derecho penal. La primera de ellas es el art. 5 CP it. que declara la irrelevancia del error de Derecho a los fines de excluir la punibilidad, mientras que la segunda norma en cuestión es el art. 47 CP it. En esta última disposición legal, el legislador italiano reconoce la relevancia del error sobre las circunstancias fácticas del delito y sobre la normativa extrapenal.

¹⁵⁵ FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 43-44

¹⁵⁶ BGHSt. T. 2, p. 203.

¹⁵⁷ Sirve de ejemplo que, según parte de la doctrina, el terreno de aplicación del error de derecho inevitable se reduciría a la exclusión del castigo en el ámbito de los ilícitos administrativos, cfr. *Crespi/Stella/Zuccalà-PULITANÒ*, Art. 5, n.m. III 8.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Según el art. 5 CP it., “*nadie puede invocar como excusa la ignorancia de la ley penal*”. Como puede observarse, el artículo bajo análisis viene a positivizar el axioma *ignorantia iuris nocet* y de este modo se cerraría el paso a cualquier intento de otorgar algún tipo de relevancia en la exclusión del castigo a la ignorancia de la antijuridicidad¹⁵⁸. Este artículo imprime al Derecho penal italiano la particularidad de ser el único —considerando el Derecho alemán y el Derecho español— que va a plasmar en una ley la irrelevancia del error de prohibición.

A su vez, este precepto debe correlacionarse con otro en el que se alude al error de hecho y al error de derecho extrapenal. Así, el art. 47 CP it. prevé en su primer apartado que “*el error sobre el hecho que constituye el delito excluye la punibilidad del sujeto*”, sin perjuicio de la responsabilidad imprudente que podría haber si existiese el tipo imprudente correspondiente. Puede apreciarse que en este punto la norma guardaría claras analogías con el § 59. 1 RStGB. Pero además en su apartado tercero, el mismo art. 47 CP it. establece que el “*el error sobre una ley distinta a la penal excluye la punibilidad cuando ocasiona un error sobre el hecho que constituye el delito*”¹⁵⁹. En este tercer apartado del art. 47 CP it. se cristaliza legalmente la distinción que ya en su tiempo había hecho el RG¹⁶⁰, al distinguir entre error de Derecho penal y error de Derecho extrapenal, asimilando éste último al error de hecho¹⁶¹.

Las consecuencias que se derivan de esta estructuración del sistema italiano en relación al error son las siguientes: 1) el error de Derecho penal es absolutamente irrelevante a los efectos de la exclusión del castigo; y 2) solamente puede conducir a la impunidad aquel desconocimiento que recaiga sobre las circunstancias fácticas del hecho delictivo o sobre la normativa de origen extrapenal. Esta situación parece, sin embargo, desde ya cuestionable a partir de las exigencias derivadas del principio de culpabilidad, según las cuáles sólo podrían castigarse acciones que hayan sido controlables por los destinatarios de las amenazas de pena. Pero además, la jurisprudencia dominante no contribuyó en nada a mejorar la situación, haciendo sólo más limitado el campo que le corresponde al error relevante para la exclusión de pena.

En efecto, el tratamiento jurisprudencial que recibía especialmente el error de Derecho extrapenal acentuaba su tendencia hacia la responsabilidad objetiva, al restringir todavía más el ya reducido ámbito que conservaba el error de Derecho. El achicamiento del rol que le cabe al error de Derecho extrapenal se producía como consecuencia de una interpretación amplia del concepto de “ley penal”, lo que lleva a que muchos errores que podían recaer sobre normas extrapenales y excluir el castigo, pasan a ser errores de Derecho penal absolutamente irrelevantes¹⁶². A los efectos del error se entendía por norma penal no sólo a aquella que preceptúa la punibilidad de un concreto delito, sino también a la mayoría de las leyes extrapenales que son invocadas mediante las propias leyes penales a partir de alguno de sus elementos¹⁶³. Sólo podía ser tomada como “ley extrapenal” aquella que no estaba incorporada ni explícita ni implícitamente en un precepto penal¹⁶⁴.

Esto implica, por cierto, una nueva puesta en duda del principio de culpabilidad, con lo que parecían verse involucradas cada vez más cuestiones que apuntaban hacia la inconstitucionalidad del sistema legal vigente y de la interpretación que hacían los tribunales. Este diagnóstico demuestra que se hacía cada vez más necesario el pronunciamiento de la Corte Constitucional al respecto. Recién en los años 70^o la Corte Constitucional italiana se pronuncia sobre estos extremos, pero de un modo muy poco satisfactorio: el art. 5 CP it. estaría en armonía con la Constitución, dado que para asegurar el castigo de acciones controlables y previsible bastaría con la garantía de la publicación de las leyes y su irretroactividad¹⁶⁵.

Habría que esperar hasta el año 1988 para que la Corte Constitucional acepte la inconstitucionalidad del art. 5 CP it. y reconozca la relevancia que le cabe a la ignorancia de la antijuridicidad de la conducta para excluir la pena¹⁶⁶. En esta oportunidad el tribunal declara la

¹⁵⁸ ANTOLISEI, *PG*¹⁴, pp. 405-406; BELFIORE, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 61.

¹⁵⁹ Respecto a esta situación legal en Italia, cfr. FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 56.

¹⁶⁰ Como entiende MANTOVANI, *PG*⁵, p. 362, el CP it. cristalizaba legalmente la distinción que ya hacía la jurisprudencia del RG.

¹⁶¹ A tal punto reconoce el *Codice penale* esta asimilación que el encabezado del art. 47 lleva por rúbrica “*Errore di fatto*”.

¹⁶² FIANDACA, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 8; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 57-58.

¹⁶³ *Crespi/Stella/Zuccalà-PULITANÒ*, Art. 47, n.m. V 1; CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, pp. 25 y ss.; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 58 y ss.

¹⁶⁴ *Crespi/Stella/Zuccalà-PULITANÒ*, Art. 47, n.m. V 1.

¹⁶⁵ FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 64.

¹⁶⁶ ANTOLISEI, *PG*¹⁴, p. 406; BELFIORE, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 62.

inconstitucional parcial del art. 5 CP it., estableciendo que solamente tendrá efectos excluyentes de la punibilidad aquel error de Derecho que sea de carácter inevitable¹⁶⁷. Sin embargo, mantendrá inalterable la irrelevancia del error de Derecho penal respecto a los que tengan carácter evitable¹⁶⁸.

El principio constitucional de culpabilidad sirvió de soporte a la argumentación de la Corte Constitucional italiana, en cuanto el art. 5 CP it. no tendría en cuenta que la culpabilidad, como fundamento del castigo, se caracterizaría por la previsibilidad y la evitabilidad del hecho delictivo. La vigencia irrestricta de este artículo permitiría castigar a sujetos que no habrían podido conocer el carácter antijurídico de su conducta¹⁶⁹. En definitiva, la vigencia plena de este artículo representaba asumir ciertos postulados de la responsabilidad objetiva en detrimento del principio de culpabilidad. Por otra parte, se consideraría que sancionar a un sujeto por la lesión de un bien tutelado por el Derecho penal, obviando las posibilidades de conocer la existencia del deber jurídico y la actitud de éste frente al ordenamiento jurídico, importaría minimizar los requisitos subjetivos que vinculan al autor con su hecho y lo sujetarían a una instrumentalización preventiva¹⁷⁰.

b Aparición del error de prohibición mediante la analogía in bonam partem

Debe decirse que la particularidad del *Codice penale* en relación al error de Derecho está en la existencia de un pronunciamiento expreso del legislador en contra de reconocerle relevancia para la impunidad. Ello es algo que ni en Alemania ni (como veremos) en España ha sucedido y que aporta un interés adicional para explicar de qué modo ha funcionado la analogía *in bonam partem*.

La existencia del art. 5 CP it. impide que pueda defenderse la existencia de una laguna axiológica en el sistema de normas que tratan el error de prohibición. Conforme a esta disposición legal, el legislador conscientemente habría rechazado la posibilidad de estimar relevante la ignorancia de la antijuridicidad. El legislador habría considerado que solamente merecía rechazarse el castigo en aquellos casos en los que el objeto del desconocimiento eran las circunstancias fáctico del hecho o las normas extrapenales. El no tomar como relevante al desconocimiento de la antijuridicidad no fue fruto de un descuido del legislador, sino que, justamente al contrario, consciente de esta posibilidad, tomó partido rechazando la impunidad para estos supuestos. De esta manera, estaríamos frente a un caso de mero desacuerdo valorativo *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente* y no ante una laguna axiológica que admitiría recurrir a la analogía *in bonam partem*¹⁷¹.

Este razonamiento no se aleja de las ideas defendidas por David FELIP, en cuanto parecería que ni “*por vía interpretativa —ni siquiera mediante una interpretación conforme al principio constitucional de culpabilidad— era posible superar los límites del sentido literal y el fin de la ley impuestos por el art. 5 CP it. Sólo la intervención del legislador o del Tribunal Constitucional podían remediar la situación*”¹⁷². La consideración de que solamente mediante la intervención del legislador y de la *Corte Costituzionale* era posible enmendar la situación, deja entrever que la tarea de la judicatura ordinaria poco tenía que ver en la superación del problema. El legislador habría tomado una decisión de no considerar relevante al error de prohibición y una decisión en contrario de un juez ordinario supondría asumir el papel de activista que pretende subvertir el sistema.

La situación estaría, por consiguiente, lejos de constituir una discordancia entre las tesis de relevancia del CP it. y la hipótesis de relevancia del juez, que se produciría por *una actitud descuidada del legislador* que habría pasado por alto el desconocimiento de la antijuridicidad. Esto último importaría una laguna axiológica, que habilitaría al juez a integrar el Derecho penal a partir de la analogía *in bonam partem*. Sin embargo, al no tratarse de una laguna axiológica, el juez habría tenido que renunciar a la analogía.

¹⁶⁷ FIANDACA, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 8, quien entiende además que la Corte Constitucional sigue aquí la teoría de la culpabilidad procedente de la doctrina penal alemana.

¹⁶⁸ *Crespi/Stella/Zuccala-PULITANÒ*, Art. 5, n.m. I 1; ANTONISEI, *PG*¹⁴, pp.; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 68.

¹⁶⁹ FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 64-65.

¹⁷⁰ *Crespi/Stella/Zuccala-PULITANÒ*, Art. 5, n.m. V 2; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 64-65.

¹⁷¹ Ello debe verse así, aún cuando ANTONISEI, *PG*¹⁴, pp. 408-409 entienda que por esta vía se llegaba a resultados injustos.

¹⁷² FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 61.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Volviendo a las reflexiones de David FELIP, el único camino para modificar la situación y conciliar el sistema jurídico-penal con el principio de culpabilidad era a partir de la intervención del legislador o de la Corte Constitucional. Precisamente la intervención de la Corte Constitucional ha tenido el efecto de disolver el desacuerdo valorativo *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente* que existía y de dar pie a que pudiese presentarse una laguna axiológica.

La *Corte Costituzionale* entiende con la declaración de la inconstitucionalidad parcial del art. 5 CP it. que la voluntad del legislador no podía aceptarse según los parámetros constitucionales. La única manera de armonizar la norma en cuestión del CP it. con la Constitución era señalando que el legislador habría errado al momento de dictar este precepto en los términos que lo hizo. Lo adecuado hubiese sido reconocer relevancia al error de prohibición inevitable a los fines de excluir la reacción del Derecho penal o cuanto menos no rechazar sus efectos exculpantes.

De lo anterior se desprende que el principal efecto de la declaración de inconstitucionalidad parcial del art. 5 CP it. es que se abre la posibilidad de que un juez pueda reconocer la existencia de una laguna axiológica. Puesto que la decisión del legislador habría sido equivocada y, por ello, termina siendo revocada por la Corte, podría verse que el legislador ha dejado sin considerar relevante una propiedad —el desconocimiento del carácter antijurídico del hecho— para excluir el castigo, que a todas luces estaba obligado a incluir.

En este caso, cuando un juez enfrente la hipótesis de relevancia favorable al error de prohibición contra la tesis de relevancia del legislador italiano, podrá constatar que existe una laguna axiológica que precisa ser integrada gracias a la analogía *in bonam partem*. Así, la inconstitucionalidad parcial del art. 5 CP it. abre la posibilidad a la integración del Derecho penal mediante este mecanismo, al poderse constatar la existencia de uno de sus requisitos imprescindibles: una *laguna axiológica*.

La cuestión final que interesa es la relativa al carácter que tiene la analogía *in bonam partem* que haría posible reconocer el error de prohibición supralegal. Entiendo en este punto que, al igual que sucedía en la situación alemana, la analogía *institutionis in bonam partem* será el método integrativo que hará posible colmar la laguna axiológica. Pese a que aparece permanentemente en la argumentación de la Corte la referencia al principio de culpabilidad y ello podría sugerirnos que estaríamos ante una analogía *iuris in bonam partem*, entiendo que el camino a seguir es otro.

Precisamente aquí vuelven a aparecer las similitudes con el Derecho penal alemán, en cuanto la referencia al principio de culpabilidad tendría por objeto aludir a la razón que fundamenta exclusivamente la exclusión del reproche de culpabilidad. Por consiguiente, tomar como fundamento al principio de culpabilidad no tiene por objeto acudir a un principio general del Derecho penal o del Derecho. Por esta razón entiendo que la alusión al principio de culpabilidad implicaría hablar en el fondo del principio *de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria*

4 Reconstrucción supralegal del error de prohibición en el Derecho español

a Situación legal, jurisprudencial y doctrinal previa al reconocimiento legal del error de prohibición

La situación legal y doctrinal española ofrece un panorama totalmente distinto al que tenía lugar en Alemania y en Italia. A diferencia de lo que sucedía en estos países, en el CP no existía ninguna disposición legal que regulara el error. Ni el error de hecho ni el error de Derecho se hallaban plasmados en algún artículo del CP que se pronunciara en favor o en contra de su relevancia¹⁷³. El legislador había mantenido un sepulcral silencio al respecto, de modo que no era posible derivar ni la prohibición de admitir la impunidad mediante el error inevitable de prohibición ni tampoco el mandato de hacerlo.

El legislador incorporará recién en el art. 6 bis CP de 1983 una regulación del error de tipo y del error de prohibición que viniese a colmar las lagunas que hasta entonces habían afectado al sistema

¹⁷³ MIR PUIG, *PG7*, n.m. 26, p. 548; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 76-77.

jurídico-penal¹⁷⁴. En el párrafo tercero del art. 6 bis se establecía: “La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el art. 66”^{175/176}. Finalmente el CP de 1995 modificará en su art. 14. 3 la redacción de este precepto, pero mantendrá los mismos efectos para el error de prohibición: la exclusión de la responsabilidad penal en caso de ser invencible y la atenuación en caso de que sea vencible.

Por cierto, el hecho de que la plasmación legislativa de la regulación del error de prohibición haya tenido lugar recién en el año 1983, está muy lejos de significar que la doctrina y la jurisprudencia hayan omitido cualquier referencia al tema. Precisamente, siguiendo a FELIP I SABORIT, sería posible distinguir la existencia de tres etapas en la discusión doctrinal hasta llegar al CP de 1983¹⁷⁷.

En la primera de ellas, se reconocía plena vigencia al principio *error iuris non excusat*, el cual, sin embargo, va agrietándose gracias a la equiparación —por vía jurisprudencial— entre error de Derecho no penal y el error de hecho¹⁷⁸. Como advierte MIR PUIG¹⁷⁹, durante esta época se recurrirá subsidiariamente a las disposiciones del CC. Precisamente, tanto el CC vigente (art. 6) como el que lo era hasta la reforma de 1974 (art. 2) cristalizaba el principio *ignorantia iuris non excusat*: “La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”. Ello terminó dando lugar a que los tribunales negaran todo tipo de relevancia al error de Derecho para excluir la pena¹⁸⁰.

En las dos etapas ulteriores comienza a producirse un alejamiento de la letra de las disposiciones del CC y empieza a reconocerse relevancia jurídica al error de Derecho, tanto en el ámbito académico como en la jurisprudencia. En lo que concierne al influjo doctrinal, el error de prohibición se ve sumamente favorecido a partir de los debates entre las teorías del dolo y de la culpabilidad que alcanzan a tener reflejo entre los tratadistas españoles. Por otra parte, en concreta referencia al papel de la jurisprudencia, se otorga relevancia —aunque con cuentagotas— en la exclusión de la culpabilidad al desconocimiento de la antijuridicidad. Expresión de ello son algunas sentencias del TS dictadas en los años 1962, 1964 y 1976, en las que se hace posible esta modificación a partir de restringir el alcance del art. 2 CC (actual art. 6 CC)¹⁸¹.

La segunda etapa del tratamiento del error de prohibición viene presidida por la teoría del dolo, que se consolidaba en aquellos tiempos como doctrina mayoritaria¹⁸². Podría decirse que esta etapa se prolonga hasta la entrada en vigor del CP de 1983, en la que pasa a constituirse como doctrina dominante la teoría de la culpabilidad¹⁸³. La característica más saliente de este periodo es que se le da trascendencia al conocimiento de la antijuridicidad, presentándolo como elemento del dolo. Ello importa que la ausencia de este conocimiento excluía el dolo y dejaba una responsabilidad residual imprudente.

Asimismo, conviene enfatizar que durante este último periodo descuelga la propuesta de CEREZO MIR de exculpar el error de prohibición evitable a partir de aplicar por analogía la eximente del —por entonces vigente— art. 8. 1 CP (enajenación y trastorno mental transitorio)¹⁸⁴. Esta creación judicial de Derecho que proponía CEREZO a partir de la analogía *legis in bonam partem*, se apoyaría en que la situación regulada por el art. 8. 1 CP y el error de prohibición tendrían en común la imposibilidad de acceder al llamado de la norma. Mientras que, en relación al error de prohibición vencible, la analogía *in bonam partem* también haría posible atenuar la pena, especialmente aplicando la

¹⁷⁴ MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 26, p. 548; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 84-85.

¹⁷⁵ Más allá de las diversas discusiones sobre la toma de posición del legislador en el art. 6 CP 1983 que enfrentó a defensores de la teoría de la culpabilidad y del dolo, se acabó considerando que el legislador había tomado partido por la teoría de la culpabilidad, posición que luego se extendió hasta convertirse en mayoritaria, cfr. FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 84-85.

¹⁷⁶ Ya antes de la entrada en vigor, proponía CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, p. 135, una solución de *lege ferenda* parcialmente diferente, entendiendo que el error evitable de prohibición debía castigarse según el art. 565 del Código penal por entonces vigente.

¹⁷⁷ FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 76 y ss.

¹⁷⁸ MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 28, pp. 548-549; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 76-77.

¹⁷⁹ MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 26, p. 548.

¹⁸⁰ MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 26, p. 548.

¹⁸¹ MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 33, p. 550.

¹⁸² FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 76-77.

¹⁸³ MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 30, p. 549.

¹⁸⁴ CEREZO MIR, *Problemas*, pp. 88 y ss.; EL MISMO, *Notas a Welzel*, pp. 113-114.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

atenuante de análoga significación. En concreto, esta atenuante analógica aparecería a partir de una analogía con el inciso 1º del art. 9 CP (actual art. 21 inc. 1º CP)¹⁸⁵.

Por último, en una tercera etapa irrumpirá la teoría de la culpabilidad, la cual acabará por sentar la distinción entre el error de tipo y el error de prohibición, la cual finalmente receptorá el legislador en el año 1983 y que ratificará en el CP de 1995¹⁸⁶. En esta etapa termina por asumirse que el error inevitable de prohibición se comporta como una causa que excluye la culpabilidad, mientras que el desconocimiento evitable de la antijuridicidad mantiene incólume el dolo y sólo permite al juez atenuar la pena.

b El papel de la analogía in bonam partem en el reconocimiento del error de prohibición

La explicación del papel de la analogía *in bonam partem* en el reconocimiento del error de prohibición en el Derecho penal español y de la existencia de lagunas, puede realizarse igualmente distinguiendo diversas etapas previas al año 1983. Ello se debe a que tanto en la primera etapa —en la que se acepta sin más el adagio *error iuris nocet*—, como así también en la ulterior —en la que se le reconoce relevancia exculpante—, la interpretación del sistema normativo y del papel de la analogía es claramente diferente. Por consiguiente, conviene profundizar en estas cuestiones.

En primer lugar, podrían verse ciertas similitudes entre la primera etapa, en la que no se regulaba el error de prohibición y la situación italiana previa a la intervención de la Corte Constitucional. En ambos casos se negaba cualquier tipo de efecto excluyente del castigo al error de Derecho. En estas situaciones concretas, el CP it. y el CC contenían preceptos legales que reconocían el brocado romano *ignorantia legis non excusat* y excluían cualquier posibilidad de tomar al error de Derecho como una causal de exclusión de la culpabilidad.

Sin embargo, entiendo que los paralelismos llegan sólo hasta allí. Pese a que la doctrina no ha reconocido diferencias —en cuanto a los efectos— entre rechazar el error de prohibición según una norma del Código penal o una del Código civil¹⁸⁷, considero que existen diferencias significativas. Por empezar, en el contexto italiano era el mismo legislador penal el que se encargaba de rechazar el error de prohibición, mientras que en la situación española era un legislador ajeno al Derecho penal, quien había tenido en miras primordialmente los fines del Derecho civil.

Ello significa que en Italia la no aceptación del error *iuris* se derivaba de una norma que conformaba el sistema originario de normas que está obligado a aplicar el juez penal. Aquí el juez italiano seguiría una norma que había sido puesta por un legislador, teniendo delante un programa político-criminal por realizar y sin atender a finalidades extrapenales. Precisamente el juez estaba obligado a aplicar una norma que rechazaba el error de prohibición y llevaba con ello a que no se aceptasen lagunas axiológicas.

En cambio, en el Derecho español el CP no decía absolutamente nada sobre el error de prohibición. El legislador penal no se pronunciaba ni en favor ni en contra de los efectos exculpantes del error de prohibición. Cuando el juez penal analizaba el conjunto de normas que estaba obligado a aplicar (contenidas en el CP y en las leyes penales especiales) no encontraba ninguna norma que le permitiera excluir o atenuar la responsabilidad penal por desconocimiento de la antijuridicidad, pero tampoco ninguna que se lo prohibiese. El art. 2 CC al que recurrían los tribunales españoles era una norma extrapenal que, como tal, no conformaba el sistema originario de normas que el juez estaba obligado a aplicar.

Esta diferencia entre ambos regímenes arroja consecuencias conceptuales notables. Mientras que en sistema italiano previo a la intervención de la Corte no existían lagunas axiológicas sino sólo meros desacuerdos valorativos *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*, en el Derecho español sí existían lagunas axiológicas. Esto importa que, mientras en el Derecho italiano no se podía acudir a la

¹⁸⁵ CEREZO MIR, *Problemas*, pp. 88-89.; EL MISMO, *Notas a Welzel*, pp. 113-114.

¹⁸⁶ FELIP I SABORIT, *Error iuris*, pp. 76-77

¹⁸⁷ Así, MIR PUIG, *PG*, n.m. 26, p. 548.

analogía *in bonam partem*, sí podía hacerse ello en cambio en el Derecho penal español. ¿Cómo se explica ello?

El sistema jurídico-penal español no contenía ninguna norma sobre el error de prohibición. Los tribunales de la primera etapa y que abogaban por el *error iuris nocet*, recurrían al Derecho extrapenal una vez constada la laguna axiológica para integrar esta deficiencia valorativa. En este caso, con la aplicación del art. 2 CC se lograba integrar al Derecho penal, no ya mediante la analogía *in bonam partem*, sino mediante la aplicación de Derecho extrapenal. En resumidas cuentas, el Derecho penal tenía la necesidad de ser integrado y se lo integra de tal manera que el error sobre el carácter antijurídico del hecho era tomado como intrascendente para la culpabilidad.

Por cierto, lo que resulta cuestionable es la consecuencia que trae esta integración, puesto que sería evidentemente irreconciliable con el principio de culpabilidad. Por ello, cuando la doctrina posterior, sea por el canal de la teoría del dolo o por el de la teoría de la culpabilidad, cuestiona esa solución, en realidad está cuestionando la integración del Derecho penal que ha realizado el juez. Esto es, no estaba cuestionando la solución que el sistema normativo asignaba al caso. Esta tesis entiende en el fondo que la integración del Derecho penal debería haber tenido lugar mediante la analogía *in bonam partem*, tal y como defendió en su tiempo CEREZO.

De esta manera, para poder reconocer el error de prohibición supralegal no hacía falta, como sí se precisaba en Italia, de una derogación legislativa del art. 2 CC o de un pronunciamiento del TC. El error *iuris* se rechazaba por normas ajenas al Derecho penal, de manera que el Derecho penal presentaba en este caso una clara laguna axiológica que podía ser integrada por analogía *in bonam partem*.

Finalmente, entiendo perfectamente asumible la tesis defendida por CEREZO MIR con anterioridad al CP de 1983 en la que da juego a la analogía *in bonam partem* para solventar las lagunas¹⁸⁸. Como se tuvo oportunidad de ver más arriba, a partir de sus ideas podía exculparse supralegalmente en caso de error de prohibición inevitable y atenuarse gracias a la analogía en los errores de prohibición evitables. No obstante, estimo pertinente hacer algunas aclaraciones y precisiones.

En relación a la exculpación supralegal, debe entenderse que la solución que CEREZO ofrece es la de crear mediante la analogía *legis* la eximente del error de prohibición supralegal. La construcción de esa eximente supralegal se realizaría a partir de la concreta disposición contenida en el art. 8 inc. 1º CP vigente en aquel entonces. Esto quiere decir que extendía por analogía la eximente por enajenación y trastorno mental, hoy recogida en el art. 20 inc. 1º CP. La creación jurisprudencial se habría producido tomando como modelo a esta norma puesta por el legislador, cuyo principio subyacente (*ratio legis*) permitiría también establecer el núcleo de semejanza.

En cambio no estoy de acuerdo con la opinión de CEREZO MIR, en cuanto la atenuación frente al error de prohibición evitable tendría lugar mediante la analogía *in bonam partem*, al recurrirse aquí a la atenuante analógica. Como precisaré al analizar el papel de la analogía en las causas de atenuación, no todo recurso a la atenuante analógica comporta el recurso a la analogía favorable al reo. En este caso, la atenuante analógica —esto es, una atenuante puesta por el legislador— permite atenuar la responsabilidad penal en casos análogos a los restantes previstos por el art. 9 CP (actual art. 21 CP).

CEREZO afirma que el caso de error evitable de prohibición sería análogo a las circunstancias contenidas en el inc. 1º del art. 9 CP (actual art. 21 CP)¹⁸⁹. Cuando el juez aplica la atenuante analógica por el error de prohibición evitable similar a los casos previstos en el inc. 1º, no se está apartando del tenor literal. Al contrario está siguiendo lo que el legislador ha previsto, esto es, atenuar en circunstancias análogas a las anteriormente previstas. Por tanto, el juez no habrá puesto en el sistema ninguna norma nueva, creada por analogía *in bonam partem*. El juez penal simplemente se habrá limitado a aplicar una disposición legal que formaba parte del sistema originario de normas. No obstante, sobre los limitados casos en los que realmente se crean analógicamente atenuantes me detendré en el último capítulo¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Entendiendo también que el error de prohibición evitable como causa de exclusión de la culpabilidad se introdujo en el sistema gracias a la analogía *in bonam partem*, LUZÓN PEÑA, *PG*, I, p. 157.

¹⁸⁹ CEREZO MIR, *Problemas*, pp. 88-89.; EL MISMO, *Notas a Welzel*, pp. 113-114.

¹⁹⁰ Ver pp. 320 y ss.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

V CAUSAS SUPRALEGALES DE EXCULPACIÓN CREADAS POR ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM*

A LAGUNAS AXIOLÓGICAS EN EL SISTEMA DE CAUSAS DE EXCULPACIÓN Y SUS MODOS DE INTEGRACIÓN

1. Una clara exposición del tema de las lagunas axiológicas en las causas de exculpación y sus modos de integración merece algunas aclaraciones previas. En primer lugar, debe analizarse si pueden encontrarse genuinas lagunas axiológicas que puedan ser integradas a partir de la analogía *in bonam partem*. Frente a esta posibilidad también cabría interrogarse si, al contrario, sólo existirían meros desacuerdos valorativos que cerrarían las puertas frente a cualquier creación judicial de eximentes. En segundo orden, conviene prestar atención al ámbito de aplicación de las causas de exculpación para saber si presentan efectivamente lagunas axiológicas o si, por su amplia indeterminación, serían onmiabarcativas y cabría en estas normas todo supuesto imaginable que necesite la exculpación. Por último y en tercer lugar, es necesario precisar de qué modo serán estas lagunas integradas; esto es, qué tipo de analogía *in bonam partem* puede emplearse para integrar al Derecho penal.

2. La primera cuestión está directamente conectada con la postura que se asuma en relación a la legitimidad o la ilegitimidad del juez para crear por analogía causas de exculpación. Aquellos autores que rechazan la analogía *in bonam partem* en las causas de disculpa entienden que las reguladas expresamente por el legislador en el Código penal o en leyes complementarias tienen carácter excluyente. Esto vendría a significar que el legislador no habría aceptado la posibilidad de extender la regulación a casos distintos de los contemplados en la ley. Los §§ 33 y 35 StGB serían inaplicables en cualquier otra situación distinta a la expresamente reconocida y así se prohibiría cualquier extensión analógica de estos preceptos legales.

De seguirse la anterior interpretación, se concluiría que el legislador habría contado con la posibilidad de casos similares a los regulados, pero opinaría que en relación a ellos la norma puesta en la ley no debía ser aplicable. En este caso, nos encontraríamos frente a un simple *desacuerdo valorativo por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*. Las causas de exculpación legales serían interpretadas de tal manera que sus efectos exculpantes estarían reconocidos exclusivamente para los casos genéricos regulados y no para otros. Esto implicaría que las causas de exculpación no presentarían lagunas axiológicas¹⁹¹.

Sin embargo, vimos que la interpretación del principio de legalidad que aquí se mantiene no permite asumir una visión tan restringida de la creación judicial de causas de exculpación. En realidad, debe entenderse que las únicas normas penales interpretables como regulaciones excluyentes, son aquellas que fundamentan o agravan la punibilidad, pero también las causas de levantamiento de pena o excusas absolutorias. Las restantes normas penales —causas de justificación, causas de exculpación y atenuantes— deben entenderse de tal manera, que el legislador no habría querido excluir expresamente el hecho que no está regulado¹⁹². En verdad, se habría producido esa falta de regulación por un descuido de su parte y por su imposibilidad de prever todos los casos merecedores de exculpación. De ahí que el reconocimiento de lagunas axiológica sea perfectamente compatible con el principio de legalidad¹⁹³.

¹⁹¹ Así, MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 472-474, 476. Entiende este autor que el estado de necesidad exculpante depende de la inexigibilidad y, por ello, esta exculpante y este principio se limitan a situaciones en las que los bienes más personales como la vida, la integridad física y la libertad son afectados de tal modo que están en peligro de perecer. Por esta razón, las restantes circunstancias que no están comprendidas por el § 35 StGB no podrían ser abarcadas por la inexigibilidad, salvo que se la interpretara como una cláusula vacía de contenido que da lugar a cualquier resultado. Sin embargo, su planteamiento se torna confuso cuando en otras páginas (concretamente p. 77) admite la existencia de lagunas de regulación en las causas de exculpación, en un sentido similar al que aquí se reconoce a las lagunas axiológicas.

¹⁹² Aceptando la existencia de lagunas axiológicas en las causas de exculpación, ACHENBACH, en *JR (1975)*, p. 494; JESCHECK/WEIGEND, *AT⁵*, p. 501 y ss.; KÜHL, *AT⁵*, § 12, n.m. 92, p. 332; MüKo-SCHLEHOFER, *Vor §§ 32 ff.*, nn.mm. 218-219.

¹⁹³ Para ACHENBACH, en *JR (1975)*, p. 495, las *rationes legis* de las causas de exculpación permiten saber si una norma admite una laguna axiológica o debe interpretarse como una norma excluyente: “Su posible ámbito de aplicación [de la ley penal] fuera del § 35 surge definitivamente recién si la mirada de la mera determinación de la laguna se dirige a la determinación de los principios fundamentales para la

3. En relación a la segunda cuestión planteada, creo que conviene rechazar de plano la imposibilidad de reconocer lagunas axiológicas por el motivo de que existirían en los Códigos penales disposiciones tan amplias que abarcarían todos los casos que merecen la exculpación. Para algunos autores la regulación de las causas de exculpación sería tan amplia que no dejarían fuera de su ámbito de aplicación ningún supuesto que merezca ser exculpado.

En Alemania, JAKOBS¹⁹⁴, siguiendo una argumentación por momentos confusa y contradictoria¹⁹⁵, entiende que la amplitud de los §§ 33 y 35 StGB haría innecesario el recurso a la analogía *in bonam partem*. Todos los casos que deberían dar lugar a la exculpación, podrían caer en estas disposiciones legales, de manera que la tarea del juez estaría reducida a aplicar alguno de estos párrafos.

No obstante, veo poco sustentable este punto de vista, sobre todo cuando se observa que el legislador en estos casos ha seguido el mandato de taxatividad con mayor rigurosidad que en relación a las causas de justificación. Al ser las disposiciones más taxativas se produce una restricción del ámbito de aplicación de la norma. Además el legislador, por ejemplo en el § 35 StGB, ha delimitado claramente el ámbito de vigencia del precepto, esto es a situaciones de necesidad en las que se ven en peligro la vida, la integridad física y la libertad del mismo autor o de un pariente o allegado.

En España podría plantearse una cuestión semejante en relación a la eximente del miedo insuperable. Precisamente la amplitud de la regulación daría serios motivos como para pensar que el legislador habría empleado semejante técnica legislativa para acaparar los más diversos supuestos de actuaciones exculpantes que puedan acaecer en la sociedad. Sucedería aquí algo similar a lo que se da en relación a la justificante del ejercicio de un derecho. Sin embargo, deberían retomarse en este punto los argumentos esgrimidos al momento de rechazar la interpretación que pretende ver a la eximente del ejercicio legítimo de un derecho como una norma omniabarcativa que clausura el sistema de causas de justificación.

En el caso de la regulación del miedo insuperable nos encontramos frente a una manifiesta transgresión del principio de legalidad. En las causas de exculpación no corresponde exigir un nivel de taxatividad tan alto como el presente en los tipos penales o en las agravantes. Empero, ello no tiene porqué significar un relajamiento prácticamente total de este mandato constitucional. Incluso, como tuve oportunidad de enfatizar con anterioridad¹⁹⁶, las exigencias de taxatividad derivadas del principio de legalidad deberían ser en las causas de exculpación más elevadas que en las causas de justificación. En el caso de la regulación del miedo insuperable se aprecia un apartamiento de la legalidad aún más evidente que el que se denunciaba respecto al ejercicio legítimo de un derecho.

Igualmente nos llevaría a una situación reñida con el principio de legalidad, si se fuese benevolente y se entendería que la norma supera los niveles de taxatividad exigidos. Si esto fuera así trasladaríamos gran parte del peso del problema al juez, dado que éste debería legislar en el caso concreto para establecer las condiciones necesarias que hagan aplicable la eximente.

Justamente, esto es lo que tuvo que hacer el TS en diversas sentencias. Dada la amplitud de la regulación del miedo insuperable, no le queda al tribunal más que introducir en sus sentencias condiciones de aplicación. Así, requirió¹⁹⁷:

integración de la laguna?: Con ello se aparta de tesis como las de WITTIG y LÜCKE en las que se identifica la existencia de lagunas a partir de los principios constitucionales (pp. 492 y ss.). Precisamente, para LÜCKE, en *JR (1975) 2*, pp. 56-57, las lagunas se identificarían a partir de los principios del Estado de Derecho, en el sentido que considera que la ausencia de una causa de exculpación que regule un supuesto que merece la exculpación por realizar el principio de inexigibilidad contradiría principios fundamentales del Estado de Derecho y la exigencia de justicia contenida en él.

¹⁹⁴ JAKOBS, *AT*?, Ap. 20, n.m. 45, p. 592.

¹⁹⁵ Estos problemas interpretativos se presentan cuando se observa cómo el autor en parte de su manual defiende que los §§ 33 y 35 StGB abarcarían todos los casos de exculpación, mientras que en páginas siguientes admite que los casos de los objetores de conciencia y la exculpación en los delitos imprudentes no estarían regulados y debería admitirse en estos casos la analogía *in bonam partem*; cfr. JAKOBS, *AT*?, Ap. 20, n.m. 45, p. 592.

¹⁹⁶ Ver pp. 95 y ss.

¹⁹⁷ STS n° 778/2004, Sala de lo Penal, de 17 junio; STS n° 172/2003, Sala de lo Penal, de 6 febrero; STS n° 790/2002, Sala de lo Penal, de 7 mayo; STS n° 1530/2001, Sala de lo Penal, de 24 julio; STS n° 332/2000, Sala de lo Penal, de 24 febrero; STS n° 1491/1999, Sala de lo Penal, de 25 octubre; STS n° 2067/2002, Sala de lo Penal, de 13 diciembre

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

- a) la *presencia de un temor* que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de su voluntad;
- b) que dicho miedo esté inspirado en un *hecho efectivo, real y acreditado*;
- c) que el miedo ha de ser *insuperable*, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes; y
- d) que el *miedo sea el único móvil de la acción*

Semejante actividad del juez es ostensiblemente opuesta a las exigencias del principio de legalidad, dado que aquí se está ampliando la punibilidad por la vía de la jurisdicción ordinaria. En este caso, el juez habría restringido el ámbito de aplicación de una norma puesta por el legislador y, con ello, habría empleado una analogía *in malam partem*. Ello significa que el legislador habría creado una nueva norma con condiciones de aplicación diferentes a las reconocidas por el legislador.

La precedente argumentación me lleva a entender que, al igual que la eximente del ejercicio legítimo de un derecho, la causa de exculpación por miedo insuperable es inaplicable por el juez. Dado que su aplicación llevaría indefectiblemente a restringir jurisprudencialmente el ámbito de libertad, estaríamos ante una situación que el principio de legalidad busca evitar con la prohibición de analogía *in malam partem*. De este modo debe decirse que el miedo insuperable no formaría parte del sistema de normas primarias que el juez se encuentra obligado a aplicar. La conclusión contraria nos llevaría a una situación inaceptable: que el juez tenga la obligación de aplicar una norma inconstitucional.

4. Finalmente, cabe analizar como tercera cuestión la referida a los modos de integrar las lagunas axiológicas. Como se desprende de los argumentos que han ido apareciendo a lo largo del trabajo, el juez podría integrar el sistema de causas de exculpación a partir de la analogía *legis in bonam partem* y la analogía *institutionis in bonam partem*. Ya se vio que la analogía *iuris in bonam partem* no puede ser aceptada en el Derecho penal. Sin perjuicio de que más adelante profundizaré un poco más en la cuestión de los límites concretos con que debe admitirse la analogía en las causas de exculpación, me interesa reseñar algunas ideas en este apartado.

En relación a la analogía *institutionis* me interesa enfatizar que ella debería admitirse sólo limitadamente. Ella es una exigencia derivada del principio de legalidad como exigencia del mantenimiento de los efectos preventivos del Derecho penal. Esto significa que no cualquier caso que sea abarcable por el principio de la *irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* debe quedar exculpado automáticamente. Sólo aquellas situaciones en las que pueda hablarse de que existe una “comunidad de peligro”, podrán ser exculpadas mediante la analogía *institutionis in bonam partem*.

Pero también respecto a la integración de lagunas axiológicas en las causas de exculpación, se ha sostenido en la doctrina que ello no tendría lugar a partir de aplicar por analogía algunas de las causas contempladas en la ley. En realidad, se aplicaría por analogía *in bonam partem* el principio de buena fe que se encuentra regulado en el § 242 BGB¹⁹⁸. De este modo se produciría una importación de las normas del Derecho civil en el Derecho penal. Para quienes admiten esta salida al problema, la laguna no se integraría a partir del Derecho extrapenal sino mediante una extensión analógica del § 242 BGB.

Esta postura es difícilmente sostenible si se considera que la exclusión de la culpabilidad está muy fuertemente ligada a consideraciones jurídico-penales. Por esta razón, para integrar una laguna axiológica que se haya generado en el sistema de causas de exculpación habría que acudir a criterios jurídico-penales y no externos a esta rama del Derecho. Debe preferirse la aplicación analógica de algunas de las circunstancias reconocidas por el legislador en las leyes penal antes que las situadas en otros cuerpos normativos y que obedecen a finalidades completamente distintas.

¹⁹⁸ En este sentido, LÜCKE, en *JR (1975) 2*, p. 57, quien además interpreta que el § 54 RStGB (estado de necesidad exculpante) no podría ser extendido por analogía para colmar una laguna, dado que este precepto estaría solamente pensado para concretos bienes jurídicos del afectado o de sus allegados. En cambio, para saber cuáles son los casos en que será posible extender por analogía el § 242 BGB, sería menester ponderar en concreto los intereses individuales y generales, sin dar prioridad a los de la comunidad.

B SITUACIONES ANÁLOGAS AL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE: LA COMUNIDAD DE PELIGRO EXCULPANTE

1 El ámbito de la comunidad de peligro exculpante

1. Las situaciones análogas al estado de necesidad exculpantes son supuestos en los que, pese a faltar alguno de los requisitos exigidos por el § 35 StGB, el condicionamiento motivacional que padece el autor y la ausencia de necesidad de castigo aconsejarían la exculpación. En estos casos, no se espera en general que quien ha realizado de modo antijurídico un tipo penal cumpla la norma, dado que no se defraudaría ninguna expectativa social y no se vería conmovida la conciencia social¹⁹⁹. Además, es imprescindible que las necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales de castigo muestren la conveniencia de exculpar al autor a partir de una causa supralegal de exculpación²⁰⁰.

La introducción de la dimensión político-criminal en la consideración de las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante tiene una enorme relevancia de caras a una admisión moderada de causas de exculpación supralecales. Frente a la ausencia de cualquier requisito del § 35 StGB no será admisible la exculpación supralegal, sino sólo frente a aquellas situaciones en las que no se produzca un reblandecimiento tal del Derecho penal que acabe afectando la prevención de la criminalidad.

Los efectos exculpantes de las situaciones análogas al estado de necesidad se predicán, en consecuencia, sólo en relación a aquellos casos en los que se encuentran en peligro de extinción los bienes más fundamentales protegidos por el Estado de Derecho. De ahí que, a mi entender, deba limitarse la exculpación supralegal de las situaciones análogas al estado de necesidad a los supuestos abarcados por el concepto de *comunidad de peligro*. De este modo, el estado de necesidad exculpante supralegal se ceñirá a esta clase de comunidades²⁰¹.

2. Parte de la doctrina entiende que las *comunidades de peligro* son situaciones en las que varias personas o grupos de ellas se encuentran amenazados mortalmente por igual modo y el autor del hecho debe sacrificar un grupo o alguna de las personas por ser éste el único camino para salvar los restantes²⁰². En estos casos, la opción por el mal menor no se corresponde con la salvación de un bien más relevante, sino con la intención de salvar al mayor número de víctimas. Como mostraré más adelante, cuando el OGH excluyó el castigo de los médicos ejecutores de la Orden de eutanasia de 1939, se habría considerado la comunidad de peligro en la que se situaban los médicos²⁰³.

A mi modo de ver, las condiciones que definen la *comunidad de peligro* son²⁰⁴:

- a) *carácter excepcional de la situación, en la que el único medio de salvamento lo constituye el sacrificio de otros bienes jurídicos*
- b) *los bienes jurídicos salvados y sacrificados se perderán con seguridad;*
- c) *el autor no debe crear con su comportamiento un nuevo riesgo no permitido;*
- d) *deben salvarse con el comportamiento antijurídico los bienes más preciados del ordenamiento jurídico, en especial la vida de las personas;* y

¹⁹⁹ ROXIN, *AT*⁴, I, § 19, n. m. 47, p. 873; EL MISMO, en *Cuadernos* (1998) 2, pp. 259 y ss.

²⁰⁰ ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, n.m. 148, pp. 1025-1026.

²⁰¹ Sin embargo, entiende SINN, en *NSiZ* (2004) 11, p. 586, que los casos del estado de necesidad exculpante supralegal no constituyen una categoría homogénea y, por ello, abarcaría tanto a las *comunidades de peligro*, como así también al *principio del mal menor*.

²⁰² ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, n.m. 146, p. 1025. Entendiéndolo de modo parcialmente similar a este concepto, JEROUSCHEK, en *SCHREIBER-FS*, pp. 192 y ss.; SINN, en *NSiZ* (2004) 11, pp. 586-587, aunque de un modo más restringido.

²⁰³ WELZEL, en *MdR* (1949), p. 375; ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, n.m. 147, p. 1025.

²⁰⁴ Reconocen otras condiciones para la exculpación supralegal de estas situaciones análogas al estado de necesidad exculpante, WELZEL, *Das deutsche*¹¹, p. 185: a) que el comportamiento del autor sea el único medio para impedir una gran desgracia; b) que el autor haya elegido el mal menor; c) que persiga subjetivamente un fin de salvamento; JAKOBS, *AT*², Ap. 20, n.m. 42, pp. 589-590, a) el interés salvado también debe tener una importancia existencial; b) el interés lesionado debería perderse igual; c) debe faltar otra posibilidad para el mantenimiento del interés salvado; PAWLK, en *JZ* (2004) 21, p. 1051, a) el interés salvado debe tener una importancia existencial; 2) el interés lesionado se perdería igualmente; c) no estar a disposición ningún otro medio que permita conservar el interés salvado; SINN, en *NSiZ* (2004) 11, pp. 587-588, distinguiendo criterios cualitativos (pérdida segura de los bienes jurídicos, salvar bienes jurídicos fundamentales, etc.) y criterios cuantitativos (número de personas salvadas, etc.). Para KÜHL, *AT*², § 12, n.m. 99, pp. 334-335, los requisitos del estado de necesidad exculpante supralegal deberían ser similares a los reconocidos por el § 35 StGB.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

e) *los bienes sacrificados deben importar el mal menor*

El común denominador de estos supuestos es su *carácter drástico y excepcional*²⁰⁵, en virtud del cual no se le podría exigir a ningún ciudadano que acate el mandato o la prohibición de la norma penal²⁰⁶. Las circunstancias en las que se realiza el hecho contrario a Derecho hacen imposible exigir que se comportara el autor en otro sentido. La excepcionalidad de la situación se corresponde además con el hecho de que el comportamiento antijurídico del autor debe ser el único medio del que éste dispone para salvar al grupo de bienes cuantitativamente relevante. Ello implica que el sacrificio de un grupo de bienes seguirá siendo reprochable cuando el autor haya contado con la posibilidad de acudir a otro remedio menos lesivo. En este caso, el autor habría podido actuar de otro modo y de ahí que deba hacerse acreedor al reproche de culpabilidad.

Pero, ante todo, define a las comunidades de peligro, y fundamenta su carácter exculpatorio, el hecho de que los bienes salvados y los bienes afectados se encuentran todos involucrados en una situación en la que se *perderán ambos con seguridad* sin la intervención del autor²⁰⁷. En estos supuestos, la vida de las personas o del grupo de ellas se perderá con absoluta certeza, con lo que no cabría ninguna posibilidad de salvar todas las vidas mediante la intervención de un tercero. El autor que se encuentra ante una comunidad de peligro y salva unos bienes en detrimento de otros, se limitaría a poner a salvo al mayor número posible de personas. No estaría introduciendo un nuevo curso lesivo que pueda imputársele posteriormente. La finalidad del agente es solamente la de salvar la vida del mayor número de personas, optando así por mal menor.

Tiene gran importancia considerar como un requisito definitorio de la comunidad de peligro exculpante que el sujeto *no haya creado un nuevo riesgo no permitido*. Esto significa que la persona que haya obrado en una comunidad de peligro no haya incorporado a ella nuevos bienes jurídicos con su injerencia²⁰⁸. Cuando los médicos del régimen nazi salvan algunos discapacitados del envío al campo de exterminio, podría interpretarse que no han creado un nuevo riesgo no permitido distinto del ya existente. Igualmente, cuando las fuerzas de seguridad derriban un avión secuestrado por terroristas que está por estrellarse contra un edificio para salvar al mayor número de personas, no están creando ningún nuevo riesgo para las vidas sacrificadas. En estos supuestos, los médicos y los miembros de las fuerzas de seguridad se han limitado a reducir el mal, salvando a un importante número de personas.

Por otro lado, resulta verdaderamente dudoso que pueda hablarse también de situaciones análogas al estado de necesidad exculpante cuando el requisito que falta es el de la clase de bien jurídico amenazado. El legislador alemán en el § 35 StGB solamente considera que los bienes que pueden ser salvados impunemente son la vida, la integridad física y la libertad. Ello se corresponde con la idea de que la concesión de efectos exculpantes a situaciones análogas al estado de necesidad se conecta con el *salvamento de los bienes más preciados del ordenamiento jurídico*²⁰⁹.

Parece cuestionable la posibilidad de extender el concepto de *“situaciones análogas al estado de necesidad exculpante”* a supuestos en los que se encuentra en peligro el patrimonio, la salud pública, la administración de justicia, etc. No debería juzgarse posible una extensión analógica del régimen del estado de necesidad exculpante a las afectaciones antijurídicas de estos bienes²¹⁰. Lo adecuado sería limitar el reconocimiento de la exculpación a las situaciones análogas al estado de necesidad en las que el bien salvado sea, principalmente, la vida²¹¹.

Finalmente, otra condición para que pueda exculparse una situación análoga al estado de necesidad es que *los bienes sacrificados deben importar el mal menor*. Justamente, una de las notas características de las comunidades de peligro exculpantes es la existencia de dos bienes o grupos de bienes que perecerán en cualquier caso. La intervención de un tercero sólo quedará libre de castigo cuando se produce a los efectos de salvar el mal mayor. El sujeto tiene que optar entre dos males, entre dos grupos de vidas, y para quedar exculpado debe optar por el mal menor.

²⁰⁵ Destacando ello, KINDHÄUSER, *AT*, § 21, n.m. 14, p. 171.

²⁰⁶ ROXIN, *AT*², I, § 22, n.m. 148, pp. 1025-1026.

²⁰⁷ PAWLIK, en *JZ (2004)* 21, p. 1051.

²⁰⁸ Hasta donde entiendo, considera relevante esta circunstancia, KÜHL, *AT*², § 12, n.m. 106, p. 336.

²⁰⁹ Entendiendo relevante para el estado de necesidad exculpante supralegal este requisito, PAWLIK, en *JZ (2004)* 21, p. 1051.

²¹⁰ KÜHL, *AT*², § 12, n.m. 99, p. 335.

²¹¹ KÜHL, *AT*², § 12, n.m. 99, pp. 334-335.

En relación al bien jurídico “vida” conviene recalcar una cuestión de especial importancia. No cabe lugar a dudas de que en cualquier ordenamiento jurídico una vida debe tener el mismo valor que otra. Sin embargo, ello no tiene por qué significar que en una situación de riesgo de fallecimiento, la *cantidad* de las vidas sea indiferente. En otras palabras, no puede darle lo mismo al Derecho que se salve a una persona a costa de otra, que el hecho de que el precio que se haya tenido que pagar para salvar a 500 personas sea la vida de sólo 2. Si para el Derecho ambas situaciones tuviesen el mismo valor, se iría en contra de la premisa de que cada vida tiene el mismo valor: aquí la vida de las dos personas valdría individualmente más que la vida de cada una de las otras 500 personas.

3. Así se desprende que no cualquier ausencia de los requisitos del estado de necesidad exculpante es adecuada para reconocer por analogía *in bonam partem* efectos anuladores de la culpabilidad. En la inmensa mayoría de los supuestos, en los que se discutió la posibilidad de exculpar supralegalmente mediante la analogía, la comunidad de peligro involucraba sucesos en los que faltaba el requisito de que el titular del bien salvado sea el mismo autor o bien un allegado. Al reconocerse pese a ello la exculpación se venía a quebrar la presunción, según la cual solamente la puesta en peligro de bienes propios o de allegados hace innecesario el castigo y excluye la responsabilidad²¹².

4. En lo que sigue, limitaré mis reflexiones relativas a las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante al conocido caso de los médicos ejecutores de la Orden de eutanasia hitleriana y al derribo de aviones frente al caso de ataques terroristas²¹³. Por razones de espacio no profundizaré respecto a la extensión del estado de necesidad exculpante a otros bienes jurídicos, ni tampoco me detendré en los polémicos supuestos de exculpación de torturas cometidas por agentes de policía²¹⁴. Estos dos últimos temas presentan una complejidad tal que desborda ampliamente las pretensiones de un ensayo general sobre la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal.

2 Exculpación supralegal de los médicos ejecutores de la Orden de eutanasia de 1939 por el *Obersten Gerichtshof für die britische Zone*

a *Hechos y argumentos de la sentencia del Obersten Gerichtshof für die britische Zone*

El 23 de octubre de 1939, Hitler firma la Orden de Eutanasia, a partir de la cual se autorizaba la eliminación de todas aquellas personas que padecieran de algún tipo de discapacidad física o mental. Esta Orden, conocida también como *Programa de eutanasia* y antedatada al día 1 de septiembre de 1939, habilitaba a la *Comisión para la Curación y el Cuidado del Reich* a llevar a cabo inmediatamente la ejecución de estos enfermos²¹⁵. Estas matanzas fueron llevadas a gran escala durante los años 1939 y 1940, tan sólo menguando a partir de agosto de 1941²¹⁶. El procedimiento tenía como primer paso la elaboración por parte de los médicos autorizados de una lista de los discapacitados físicos y mentales, los cuáles serían luego trasladados a los campos de exterminio.

Con motivo de la ejecución de esta Orden, se plantea con posterioridad a la caída del régimen nacionalsocialista un caso en el que unos médicos de la Comisión llevaron adelante lo dispuesto por el *Führer*, pero excluyendo un alto número enfermos de la lista de personas que serían trasladadas ulteriormente al campo de exterminio²¹⁷. En este caso, el OGH tiene oportunidad de establecer la responsabilidad que le correspondería a estos médicos por haber tomado parte en los crímenes del

²¹² Da toda la impresión de que MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, pp. 465-466, se opone drásticamente al quebrantamiento de esta presunción, dado que entiende que existe una distinción cualitativa entre la situación de necesidad tomada en el § 35 StGB —en la que se ve en peligro la propia existencia del autor o de sus allegados— y la situación de necesidad diferente. El modo como afecta la situación del § 35 StGB al autor en su motivación sería mucho más intensa que en las restantes

²¹³ Mostrando ciertas analogías entre estos casos, lo cual, en su opinión, no justificaría un mismo tratamiento jurídico, PAWLIK, en *JZ* (2004) 21, pp. 1050-1051.

²¹⁴ Respecto a estas últimas constelaciones, MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 469; ERB, en *NSiZ* (2005) 11, pp. 593 y ss.

²¹⁵ La Orden de Eutanasia disponía: “*Reichsleiter Böhler und Dr. med. Brandt son los encargados de extender las autorizaciones a determinados médicos para que, según el parecer común, pueda ser concedida la eutanasia a los enfermos incurables según dictamen crítico de su estado de salud.*”

²¹⁶ Cfr. <http://es.wikipedia.org/wiki/Hitler>.

²¹⁷ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT'*, § 23, n.m. 56, p. 569; KÜHL, *AT'*, § 12, n.m. 95, p. 333.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

nacionalsocialismo. En su sentencia del 5 de marzo de 1949 el OGH decide, sin embargo, excluir el castigo del hecho apelando a la analogía *in bonam partem*²¹⁸.

En una primera instancia el jurado había absuelto a los imputados al considerar que debía retomarse para este caso la antigua doctrina del estado de necesidad justificante supralegal patrocinada por el RG. En consecuencia de ello, habría que juzgar al comportamiento de los imputados como acorde a Derecho. Empero, el fiscal de la causa acabó impugnando la decisión del jurado.

Al resolver la cuestión planteada, el OGH no pone en tela de juicio ni la necesidad de absolver a los imputados ni el carácter con el que se excluye el castigo. En concreto, el tribunal rechazará la posibilidad de excluir el castigo por medio de la doctrina del estado de necesidad justificante supralegal y aceptará que la impunidad se alcanzará por medio de una causa personal de exclusión de la pena de naturaleza supralegal.

El OGH señaló que el reconocimiento del estado de necesidad supralegal debía tener carácter excepcional, lo cual ya había sido puesto de relieve por el mismo RG en su jurisprudencia²¹⁹. Ello significaría que sólo debía aplicarse el estado de necesidad justificante a casos en los que la única manera de salvar un bien jurídico sea afectando otro de menor valor. Justamente, el comportamiento de los médicos de la Comisión no habría representado un caso particular del caso genérico previsto por la norma supralegal del estado de necesidad justificante. Aquí el bien jurídico salvado y el bien jurídico sacrificado poseen el mismo valor, en ambos se trata de la vida de personas indefensas²²⁰.

Pero también el OGH recurre a un segundo argumento —esta vez de carácter *iusconstitucional*— para rechazar la admisión de una causa de justificación supralegal. Entiende que existiría una clara vinculación del estado de necesidad con el Estado de Derecho²²¹. Este ligamen del estado de necesidad con los principios del Estado de Derecho haría imposible que puedan ser justificados hechos que atentan contra los valores más elevados del orden constitucional²²². Su razón está en que el estado de necesidad se aplicaría sólo a relaciones jurídicas o condiciones de vida normales. En este sentido, los delitos planificados por el Estado no podrían ser jamás justificados mediante el estado de necesidad justificante supralegal²²³. Asumido lo último, considera el OGH que la conducta de los imputados sería contraria a Derecho, pero además podría igualmente formularse un reproche de culpabilidad a ellos por la realización antijurídica de un tipo²²⁴. Aquí tampoco concurriría alguna causa de exculpación que pudiese declarar la conducta de los médicos como inculpable.

Empero, finalmente en su sentencia considera el OGH que no sería lo adecuado castigar a los imputados. Aun cuando los médicos se hayan comportado antijurídicamente y su comportamiento deba ser reprochado, existían fuertes razones para excluir su responsabilidad penal²²⁵. El tribunal valora muy positivamente el hecho de que en el año 1941 prácticamente nadie habría tenido la valentía de oponerse a los asesinatos masivos ordenados por el Estado nacionalsocialista. Incluso considera el OGH que una oposición explícita de los médicos a las intenciones del régimen hubiese impedido que un gran número de enfermos fuera salvado²²⁶. Si los médicos se hubiesen negado a realizar las listas de discapacitados, fácilmente hubiesen sido reemplazados por otros facultativos inescrupulosos que habrían ejecutado igualmente la Orden de eutanasia²²⁷.

Esas razones le parecen al OGH suficientes como para no castigar a los médicos. Para ello recurrió el tribunal a la creación supralegal de una causa personal de exclusión de la pena²²⁸, que sería aplicable sólo cuando concurren determinadas condiciones²²⁹. En este sentido, señala el OGH: “*Se debe*

²¹⁸ Cfr. en MdR (1949), pp. 370 y ss.

²¹⁹ MdR (1949), p. 371

²²⁰ MdR (1949), p. 371, aprovecha el OGH la oportunidad también para negar que se trate de una colisión de deberes.

²²¹ MdR (1949), p. 372.

²²² MdR (1949), p. 372.

²²³ MdR (1949), p. 372. Analizando este argumento, PETERS, en JR (1949), p. 497.

²²⁴ MdR (1949), p. 372.

²²⁵ MdR (1949), p. 373.

²²⁶ MdR (1949), p. 373.

²²⁷ Destacando también esta cuestión, SCHMIDT, en SJZ (1949), p. 563; BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT', § 23, n.m. 56, p. 569.

²²⁸ MdR (1949), p. 373.

²²⁹ En palabras de PETERS, en JR (1949), p. 498; EL MISMO, en JR (1950), p. 745, la sentencia del OGH se fundamentaría en que existen situaciones en las que, pese a ser el hecho antijurídico y culpable, no parecería justo castigar.

*haber constatado con absoluta certeza que el autor desaprueba convencidamente la acción de matanza y que, por tanto, ha participado en ella exclusivamente para impedir, interrumpirla o limitarla según sus fuerzas*²³⁰.

b Análisis doctrinal de la sentencia

Como se expresa en el análisis de la sentencia, la solución que prefiere el OGH es la de la exclusión personal de la pena supralegal y no la de una causa de exculpación supralegal. Precisamente, éste es el punto en discordia sobre el que la doctrina discutirá ulteriormente. Como se verá, la doctrina jurídico-penal rechazará que aquí deba excluirse el castigo a partir de una causa personal de exclusión de pena creada por analogía *in bonam partem*. Principalmente, WELZEL y Eb. SCHMIDT encabezarán las voces disidentes frente al fallo de este tribunal y considerarán que no sería posible formularle a los médicos ningún tipo de reproche de culpabilidad. En consecuencia, serán de la opinión de que aquí el OGH debería haber creado una causa de exculpación —y no una excusa absolutoria— por analogía. Pero además aparecen en los comentarios posteriores observaciones de peso que recaen sobre otros puntos dudosos de la sentencia.

En primer lugar, WELZEL²³¹ y Eb. SCHMIDT²³² se ponen de acuerdo a la hora de rechazar que el estado de necesidad justificante supralegal se aplique solamente a relaciones jurídicas o condiciones de vida normales y no a las actividades delictivas del Estado que tienen carácter extraordinario. En realidad, la doctrina del estado de necesidad justificante se aplicaría a situaciones vitales tanto ordinarias como extraordinarias²³³.

Además, aporta Eb. SCHMIDT un argumento adicional que no es en absoluto baladí. Argumenta el OGH que el *estado de necesidad justificante supralegal* se encuentra tan fuertemente ligado a los principios del Estado de Derecho que no pueden ser justificadas actuaciones delictivas del Estado de carácter extraordinario. Lo paradójico es que se habría castigado a miembros del régimen nazi infringiendo exigencias constitucionales y apelando para ello al Derecho natural, mientras que no se podría excluir el castigo mediante el Derecho natural²³⁴. Entendió Eb. SCHMIDT poco plausible recurrir al Derecho natural para castigar y no admitir la exclusión supralegal del castigo por motivos del Estado de Derecho²³⁵.

Entiende también WELZEL que cuando el OGH rechaza el estado de necesidad lo hace pensando en los efectos justificantes que este podría tener en relación a la matanza de los discapacitados. De ahí que sostenga que *“el OGH parece dirigirse menos en contra del estado de necesidad en general que más bien en contra de su función justificante”*²³⁶. Por esta razón rechazaría el tribunal la posibilidad de justificar la muerte de los enfermos mentales mediante el estado de necesidad justificante supralegal²³⁷.

Si lo que entonces rechazaría el OGH es considerar el hecho de los médicos de la Comisión como acorde al Derecho, quedaría entonces por precisar qué es lo que sucede en relación con el estado de necesidad exculpante supralegal. Precisamente, al hecho no era aplicable el § 54 RStGB dado que no concurría el requisito de que los bienes jurídicos amenazados sean los del mismo autor o los de algún pariente o allegado. Tanto WELZEL como Eb. SCHMIDT entendían que en este caso la exclusión del castigo debe centrarse en el nivel de la exculpación y por ello cabría reflexionar sobre la concurrencia de una causa de exculpación supralegal y no de una excusa absolutoria.

Señala WELZEL que en el presente caso los autores no dejan de comportarse culpablemente desde un punto de vista moral, lo que en cambio sucede es que

²³⁰ MdR (1949), p. 373.

²³¹ WELZEL, en MdR (1949), p. 374.

²³² SCHMIDT, en SJZ (1949), p. 566.

²³³ WELZEL, en MdR (1949), p. 374. Interpretando en otros términos el argumento del OGH, PETERS, en JR (1949), p. 497.

²³⁴ SCHMIDT, en SJZ (1949), p. 566.

²³⁵ SCHMIDT, en SJZ (1949), pp. 563-565.

²³⁶ WELZEL, en MdR (1949), p. 375.

²³⁷ Entendiendo que sería inadmisibles admitir el estado de necesidad justificante para este caso, SCHMIDT, en SJZ (1949), pp. 563-565; KÜHL, AT⁸, § 12, n.m. 96, p. 333.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

...el autor no puede ser hecho responsable frente a la comunidad jurídica y ser declarado por el Derecho culpable, sino que la culpabilidad del autor debe permanecer en lo que respecta a una culpabilidad frente a la conciencia y Dios. De modo que debe ser la elección en favor del mal menor frente a la comunidad de peligro de la vida de los hombres una causa de exculpación...²³⁸.

Con estas palabras WELZEL está aceptando una nueva causa de exculpación que, ligada a las comunidades de peligro, aparece por analogía con el § 54 RStGB²³⁹. De este modo, esta nueva causa de exculpación en supuestos de comunidad de peligro podía dar lugar a la exculpación de la conducta de los médicos mediante una analogía *legis in bonam partem* con el párrafo que regula el estado de necesidad exculpante. En idéntico sentido, entiende Eberhard SCHMIDT que el Estado debe renunciar al reproche de un comportamiento antijurídico, cuando con su conducta se hubiese podido salvar la vida de alguno de los enfermos²⁴⁰. Según este último autor, para el presente caso sería preferible hablar de la irreprochabilidad del autor del hecho antes que de su inexigibilidad, dado que la irreprochabilidad está más vinculada a la idea de exclusión de culpabilidad²⁴¹.

Entiende también SCHMIDT que la solución más adecuada para los médicos ejecutores de la Orden de eutanasia era la exculpación. El motivo estaría en que *“no puede ser exigido heroísmo moral, de modo que la exculpación debe concederse recién cuando al autor, por motivos morales, se le arranque una decisión en favor del hecho antijurídico en una situación creada por el Estado, cuya omisión igualmente se le imputaría moralmente de modo más grave”*²⁴².

A estos argumentos favorables a la exculpación suprallegal ofrecidos por WELZEL y SCHMIDT, debe sumarse que el caso analizado se trata indubitablemente de una situación análoga al estado de necesidad exculpante, caracterizada por la comunidad de peligro. Las características salientes que debían estar presentes para crear por analogía una nueva exculpante se encuentran en este supuesto.

Los médicos de la Comisión se encontraban frente a una situación de carácter excepcional que con seguridad no volvería a repetirse. La pena no tendría sentido principalmente desde una perspectiva preventivo-especial, en la medida que no haría falta generar con la imposición de la pena incentivos extras para que el sujeto no vuelva a comportarse así en el futuro. El carácter excepcional de la situación demuestra además que los médicos no habrían contado con ninguna otra posibilidad para salvar una importante cantidad de enfermos mentales.

Igualmente, la situación en la que se encontraban los bienes llevaba a que incluso sin la intervención de los médicos se habrían perdido. La administración nazi contaba con un sistema que habría permitido fácilmente suplantar a los médicos opositores y poner otros en su lugar, dispuestos a ejecutar la Orden. Incluso sin que intervengan los imputados en el hecho se habría perdido la vida de los discapacitados y su intervención sólo tiene la finalidad de reducir su número. Los médicos, en consecuencia, no introducen un nuevo curso lesivo, sino que sólo intentan disminuir las lesiones que se encuentran en curso.

Puede observarse que también en este caso se cumple el requisito de que el comportamiento antijurídico, represente una opción a favor del *mal significativamente menor*²⁴³. Como entiende WELZEL²⁴⁴, nadie puede dudar de que la intervención de los médicos en el proceso de eutanasia debe ser reprochable desde un punto de vista ético. Sin embargo, ello no diría nada todavía en relación al reproche jurídico-penal que el comportamiento antijurídico merecería. Más bien, la opción por salvar a un importante número de personas a costa de la muerte de otras es indudablemente reprobada por el Derecho penal, de ahí que sea vista como un “mal”. Sin embargo, la trascendencia político-criminal que tendría el reconocimiento suprallegal de la exculpación no tendría efectos indeseados para prevenir la comisión de delitos, puesto que el autor habría optado por la opción más favorable para la sociedad.

²³⁸ WELZEL, en *MdR (1949)*, p. 375.

²³⁹ WELZEL, en *MdR (1949)*, p. 375. Entendiendo también que corresponde excluir en este caso la culpabilidad por faltar un elemento de ésta (la exigibilidad), HENKEL, en *MEZGER-FS*, pp. 300-301.

²⁴⁰ SCHMIDT, en *SJZ (1949)*, p. 569.

²⁴¹ SCHMIDT, en *SJZ (1949)*, p. 569.

²⁴² SCHMIDT, en *SJZ (1949)*, p. 569.

²⁴³ Sin embargo, duda de que en este caso se haya optado realmente por el mal menor, PETERS, en *JR (1949)*, p. 498, EL MISMO, en *JR (1950)*, p. 744.

²⁴⁴ WELZEL, en *MdR (1949)*, p. 375.

Pero no sólo deberían ofrecerse argumentos a favor de la conveniencia de reconocer una causa de exculpación supralegal. Existirían igualmente elementos que hablan en contra de exceptuar el castigo bajo el rótulo de las causas supralegales de exclusión personal de pena²⁴⁵. Principalmente razones dogmáticas llevarían a entender más acertado la vía de la exculpación que la de la exclusión personal de pena.

WELZEL entiende que una causa personal de exclusión de pena tiene lugar exclusivamente si se prescinde de pena por motivos extrapenales, como ser motivos del Derecho de familia o del Derecho internacional²⁴⁶. Justamente ello es algo que no sucedería en el caso que juzga el OGH, puesto que las razones que fundamentan la impunidad tendrían que ver claramente con el Derecho penal²⁴⁷. También defiende Eberhard SCHMIDT que cuando estamos ante un caso de exclusión personal de pena, ya no se discutiría sobre el carácter delictivo del hecho. En el caso comentado todavía el hecho no podría considerarse delictivo porque no puede formularse el reproche al autor y, en consecuencia, no serían todavía autores de un injusto culpable²⁴⁸. En definitiva, entiende Eb. SCHMIDT que el OGH cuando ha excluido el castigo en este caso bajo el rótulo de una causa de exclusión de pena supralegal, en realidad se habría equivocado y habría querido hablar de una causa supralegal de exculpación²⁴⁹.

3 Exculpación supralegal del derribo de aviones frente a supuestos de ataques terroristas

Con motivo de los dramáticos hechos sucedidos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, se abre una serie de interrogantes en relación al tratamiento penal que debería recibir un hipotético agente de seguridad del Estado que, en un caso similar, derribara la aeronave y causara la muerte de los pasajeros y de los tripulantes abordo. La cuestión pasa en estos casos por saber qué tratamiento jurídico-penal merecen quienes derriban el avión con el objetivo de salvar al mayor número posible de personas. En el atentado del World Trade Center, el derribo de los aviones hubiese significado que un mayor número de personas se hubiese salvado, dado que solamente habrían muerto las personas que se encontraban a bordo del avión.

En semejantes acontecimientos no es aplicable ninguna causa de justificación legal, ni tampoco cabría admitir una causa supralegal de justificación, dado que aquí no se realiza el principio fundamentador de la justificación²⁵⁰. Tampoco encuentra aplicación ninguna causa de exculpación, en especial el estado de necesidad, dado que no concurre el requisito de cercanía del titular del bien jurídico puesto en peligro, con lo que la pregunta que resta responder es si cabe una exculpación supralegal²⁵¹.

Todos estos interrogantes se agudizan con mayor razón cuando el carácter extraordinario de los hechos oscurecería las analogías entre estos supuestos y el caso de los médicos del régimen nazi, en el que la doctrina sí reconoció la exculpación supralegal²⁵². Sin embargo, si se atiende con algo de detalle a la cuestión, puede observarse una identidad estructural entre ambos supuestos, al tratarse ambos de *comunidades de peligro* que, como tales, merecen la exculpación por medio de la analogía *in bonam partem*. En ambos casos, tanto las vidas salvadas como las vidas sacrificadas perecerían de cualquier forma, intervenga o no el autor. En ambos casos la intervención del autor del hecho típico tiene como objeto salvar la vida del mayor número posible de víctimas, optando así por el mal menor.

²⁴⁵ Sin embargo, elogia la decisión del OGH de reconocer una causa supralegal de exclusión personal de la pena, PETERS, en *JR* (1949), p. 497; EL MISMO, en *JR* (1950), p. 745.

²⁴⁶ WELZEL, en *MdR* (1949), p. 375.

²⁴⁷ WELZEL, en *MdR* (1949), p. 375; SCHMIDT, en *SJZ* (1949), p. 569.

²⁴⁸ SCHMIDT, en *SJZ* (1949), p. 569.

²⁴⁹ SCHMIDT, en *SJZ* (1949), p. 570. Entendiendo también que para este caso tendría que haberse reconocido en realidad una causa de exculpación, SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 11, n.m. 36, p. 479.

²⁵⁰ JEROUSCHEK, en *SCHREIBER-FS*, pp. 185 y ss.; PAWLIK, en *JZ* (2004) 21, pp. 1047 y ss. De ahí que con razón rechace ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, n.m. 152, p. 1027 el carácter de causa de justificación que el legislador alemán concedería en el § 14 de la LuftSiG de 2004 para estos casos extremos. En relación a lo último, SINN, en *NSiZ* (2004) 11, pp. 592-593, defiende la tesis de que el § 14 III LuftSiG sería un caso especial del estado de necesidad justificante.

²⁵¹ JEROUSCHEK, en *SCHREIBER-FS*, pp. 194-195.; PAWLIK, en *JZ* (2004) 21, pp. 1047 y ss.

²⁵² JEROUSCHEK, en *SCHREIBER-FS*, pp. 195-196, pese a reconocer similitudes entre ambos casos, encuentra inapropiado excluir el castigo mediante el estado de necesidad exculpante supralegal.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Si el sujeto que derriba el avión no hubiese intervenido, habrían perdido su vida un mayor número de personas, del mismo modo que la no intervención de los médicos hubiese llevado a que un mayor número de personas ingresara en los campos de exterminio.

Entiendo que en estos casos estamos frente a una situación análoga al estado de necesidad exculpante en el que cabe reconocer la exculpación por analogía *in bonam partem*, al tratarse de una comunidad de peligro. Basta sólo con atender detalladamente a las características de estos hechos como para darse cuenta de que concurren todas las notas sobresalientes de una comunidad de peligro.

En primer lugar, no hace falta redundar en el carácter excepcional que tiene un acontecimiento de este tipo. Ello daría la pauta de que una exculpación lograda a partir de la analogía *in bonam partem* no tendría repercusiones repudiadas en relación a los fines preventivos del Derecho penal. Exculpar en estas constelaciones no debería frustrar el ofrecimiento de incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos ni los incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales. Los destinatarios de las normas sabrían que la retirada del reproche se produciría en supuestos verdaderamente excepcionales y de extrema gravedad.

Se observa, en segundo término, que la vida de los tripulantes y los pasajeros del avión, al igual que la vida de las personas que habitan en el lugar contra el que se va a estrellar la aeronave perecerían con absoluta certeza. En este contexto, la intervención del autor sólo tendrá como meta reducir el número de víctimas finales que se producirá con motivo del atentado. Ya el sólo hecho de reducir el número de víctimas merece una consideración muy positiva, no sólo por una mera utilidad social que el comportamiento reporta, sino también desde un punto de vista ético.

Respecto al tercer requisito —la no creación de un nuevo riesgo no permitido— es necesario hacer algunas precisiones. En el caso del atentado al World Trade Center, el derribo del avión habría quedado exculpado solamente cuando éste se hubiese producido en un lugar en el que no se habrían producido más víctimas como consecuencia del disparo contra el avión. Por ejemplo, debería rechazarse la exculpación si el derribo del avión se habría producido cuando éste sobrevolaba una zona altamente poblada y al caer produce la muerte de un número indefinido de víctimas. En ese contexto, quien dispara ha introducido con su hecho un nuevo curso lesivo y con ello ha afectado un nuevo conjunto de bienes jurídicos, que con anterioridad no estaba comprendido en la comunidad de peligro. La comunidad de peligro sólo comprendía las vidas de los tripulantes y los pasajeros, así también cómo la de las personas que se encontraban en las Torres Gemelas.

La vida de las personas que fallecen al caer el avión derribado sobre sus hogares no se encontraba originariamente en esa comunidad de peligro y sólo es incorporada por el autor. De ahí que entienda ROXIN que “[u]na exclusión de la culpabilidad sólo puede ser correctamente afirmada cuando el derribo, según la discrecionalidad humana, no puede conducir a la muerte de personas ajenas, como es el caso frente a la caída sobre el mar abierto, en sierras o selvas inhabitadas”²⁵³. Por esta razón, los disparos realizados por las fuerzas de seguridad para derribar al avión deberían realizarse cuando la aeronave sobrevuele una zona deshabitada de cualquier tipo²⁵⁴.

Por último debe decirse que el cuarto y quinto rasgo de la comunidad de peligro se halla presente también en los supuestos que se analizan aquí. A partir del derribo del avión sobre un lugar despoblado se produce la salvación de un importante número de vidas; esto es, se salva uno de los bienes fundamentales que tutela el Derecho. Igualmente, el número de personas que son salvadas es significativamente superior al de las personas que morirían al estrellarse el avión contra el objetivo²⁵⁵. Esto último determina que con el disparo contra el avión se está realizando el mal menor.

Todo lo anterior permite atender a la posibilidad de exculpar mediante la analogía *in bonam partem* ciertos derribos de aviones que tienen como objetivo atentados terroristas. Aquí estaríamos frente a comunidades de peligro que deberían ser exculpadas a partir de la extensión analógica de la

²⁵³ ROXIN, *AT*, I, § 22, n.m. 149, p. 1026.

²⁵⁴ Esta exigencia de que las fuerzas de seguridad de un Estado protejan a personas no involucradas en el conflicto —esto es, ajenas a la comunidad del riesgo— ya aparece reconocida en sentido análogo en el art. 51 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I). En ambos casos, se busca que la población civil que no toma parte en el conflicto esté a salvo frente a las operaciones militares del Estado.

²⁵⁵ PAWLIK, en *JZ* (2004) 21, p. 1054, exigiendo que el balance costo-beneficio sea claramente positivo.

regulación del estado de necesidad exculpante^{256/257}. Así se salvarían gran parte de los problemas axiológicos y político-criminales que se presentarían de castigar a una persona que ha pretendido salvar la vida de un gran número de personas, de un modo casi heroico.

C LA ANALOGÍA *LEGIS IN BONAM PARTEM* COMO MECANISMO DE EXCULPACIÓN DE LAS SITUACIONES ANÁLOGAS AL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

Una de las notas características de las situaciones análogas al estado de necesidad es que precisamente no podía ser aplicable a ellas la regulación misma del estado de necesidad disculpante por la ausencia de alguno de sus requisitos. Tomando como punto de referencia el régimen del § 35 StGB, la ausencia del requisito de que el titular del bien salvado sea un pariente u otra persona allegada llevaba a que estos casos sean punibles. Empero, del análisis anterior se desprende que existen numerosas razones para considerar equivocada esta decisión del legislador y por ello se presentaría una laguna axiológica que habría que colmarse por analogía. En consecuencia, se hace necesario indagar sobre la clase de analogía *in bonam partem* que permite exculpar a las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante.

Debe decirse que la ausencia de uno de los requisitos legales del estado de necesidad no es un indicativo de que no sea posible encontrar similitudes con las situaciones análogas al estado de necesidad. Bien al contrario, puede observarse que los casos genéricos regulados por el § 35 StGB y los casos de los médicos y del derribo de aviones tienen en común el ser comunidades de peligro. En realidad, los casos en los que se halla ausente el requisito de la cercanía del afectado por la situación de peligro constituye una evidencia de que no es necesario que se de esa circunstancia para que exista una comunidad de riesgo que condicione motivacionalmente al sujeto. Aún cuando falte este requisito, pueden concurrir otras circunstancias que lleven a que el autor siga obrando en una auténtica situación de necesidad²⁵⁸.

Trazada así esta similitud entre los casos genéricos del estado de necesidad exculpante y de las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante cabe concluir que el juez, para crear la causa supralegal de exculpación, deberá recurrir al § 35 StGB. Esto significa que la creación judicial tendrá lugar a partir de la analogía *legis in bonam partem* con el § 35 StGB²⁵⁹. La analogía se construirá aquí no con los fundamentos de la institución de las causas de exculpación, sino con la *ratio legis* del precepto legal que regula el estado de necesidad exculpante. El recurso a la analogía *legis in bonam partem* representará el traslado de la consecuencia jurídica prevista por el legislador para el estado de necesidad exculpante a las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante.

²⁵⁶ Reconociendo la exculpación supralegal en estos supuestos, ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, nn.mm. 149, 152, p. 1026-1027. Los planteamientos de JEROUSCHEK, en *SCHREIBER-F*⁵, pp. 197-198, sorprenden en cuanto se llega a la conclusión de que el Estado estaría autorizado a derribar aviones secuestrados con el objeto de cometer atentados terroristas, aunque como consecuencia de una “medida soberana”, siendo ella algo distinto de una causa de justificación o de exculpación; queda en deuda, sin embargo, respecto a una explicación de la naturaleza dogmática de esta “medida soberana”. Considera, en cambio, que la impunidad se alcanza mediante el estado de necesidad justificante, *MiKo-ERB*, § 34, n.m. 118. Contrario a admitir la exculpación suprapositiva, MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 470.

²⁵⁷ De aquí puede extraerse que la exculpación del derribo de aviones tendría lugar por medio del estado de necesidad exculpante supralegal en aquellos países donde no existe ninguna norma con jerarquía de ley que excluya el castigo en estos casos. Igualmente acepta PAWLIK, en *JZ (2004)* 21, p. 1055 que estaríamos frente a un supuesto de estado de necesidad exculpante supralegal a partir de analizar el § 14 párr. 3º LuftSiG, pese a no mostrarse completamente conforme con esta solución desde una perspectiva dogmática. Sin embargo, la implausibilidad de esta última conclusión es evidente en el caso alemán. Aún si dejásemos de lado el discutido fallo del BVerfG que declara inconstitucional este precepto de la LuftSiG (BVerfGE 15.2.2006), el camino que señala PAWLIK es intransitable. Si se habla de un estado de necesidad exculpante supralegal (*übergesetzlicher entschuldigender Notstand*) se presupone que el legislador no habría exculpado el hecho. Justamente por esta falta de exculpación es que debería el juez crear una nueva causa de disculpa que solucione el conflicto axiológico que se presenta en el derribo de aviones secuestrados con fines terroristas. Claramente no es ésta la situación en Alemania, en donde se reconoce la exclusión del castigo para estos casos en el § 14 párr. 3 LuftSiG. Lo curioso es que PAWLIK analiza la regulación *legal* y luego concluye que se trata de un estado de necesidad exculpante de carácter *supralegal*. Posiblemente el autor habría querido aludir con esta expresión equívoca a una *situación análoga al estado de necesidad exculpante*. A mi modo de ver, incurre en el mismo error, SINN, en *NSiZ (2004)* 11, pp. 586 y ss.

²⁵⁸ JAKOBS, *AT*², Ap. 20, n.m. 40, p. 588.

²⁵⁹ Serían de esta idea, JAKOBS, *AT*², Ap. 20, n.m. 40, p. 588; KÜHL, *AT*⁵, § 12, n.m. 97, p. 334; *MiKo-SCHLEHOFER*, Vor §§ 32 ff., n.m. 219. Exponiendo la discusión sobre quienes estarían dispuesto a aplicar el § 35 StGB por analogía a los casos de estado de necesidad del Estado, JAHN, *Das Strafrecht*, pp. 456 y ss. Rechazando que la regulación del estado de necesidad exculpante pueda ser aplicada a casos análogos, DROST, en *GA (1933)* 77, p. 182.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

El caso abarcado por el § 35 StGB y el afectado por la laguna axiológica compartirían la misma *ratio legis*, lo cual haría necesario tratar al caso lagunoso con la misma regulación del estado de necesidad exculpante. Aquí la *ratio legis* se habría encargado de mostrar la similitud entre ambos casos genéricos, pero su función también se cristalizará a la hora de crear el juez la nueva causa de exculpación. Justamente, el juez emprenderá el proceso creativo tomando como molde la misma disposición legal, pero también guiando su tarea a partir de la razón de regulación o *ratio legis*.

VI LÍMITES A LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

A PLANTEAMIENTO

Hasta aquí se ha abordado principalmente la cuestión de los fundamentos de la analogía *in bonam partem* en las causas de exculpación y los casos en los, en concreto, puede acudirse a este mecanismo para cubrir lagunas axiológicas. Conviene aquí trazar algunas líneas maestras sobre los límites con los que la analogía *in bonam partem* debe ser aceptada en la exclusión de la culpabilidad²⁶⁰. Específicamente, el objetivo es precisar las ideas que ya fueron expuestas en relación al ámbito dentro del cual es posible recurrir a la analogía, según las exigencias del principio de legalidad.

Conviene recordar que las cortapisas que el principio de legalidad antepone al juez en la creación judicial de causas de exclusión de la culpabilidad son mayores que las impuestas en relación a la creación de causas de justificación. Principalmente pesan reflexiones de carácter político-criminal que aconsejarían mantener la rigurosidad del Derecho penal en la prevención de la delincuencia. Ello sugiere que, si en las causas de justificación no cabe cualquier tipo de analogía *in bonam partem* y por ello la analogía *iuris* no podría ser aceptada, en las causas de exclusión de la culpabilidad debería existir alguna limitación adicional.

Al igual que sucede en las causas de justificación y las atenuantes, la exclusión de la culpabilidad no puede tener lugar a partir de una creación judicial mediada por la analogía *iuris in bonam partem*. Pero además el principio de legalidad exige que el reconocimiento supralegal de causas de exclusión de la culpabilidad tenga un carácter aún más excepcional. Con ello se quiere remarcar que la creación judicial de causas de exclusión de la culpabilidad debería verse como la *ultima ratio* para resolver problemas serios que plantea la justicia del caso²⁶¹.

En consecuencia de ello, además de la prohibición de crear Derecho mediante la analogía *iuris in bonam partem*, debería extenderse esta restricción a ciertos ámbitos de la analogía *legis* y, principalmente, de la analogía *institutionis*. Así se verá que no siempre que un comportamiento pueda ser abarcado por el principio que fundamenta las causas de exculpación y de exclusión de la culpabilidad deberá reconocerse una laguna axiológica, que obligue a su integración mediante la analogía *legis* o *institutionis in bonam partem*. En otras palabras, no todo caso abarcado por el principio de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria debe ser exculpado, sino sólo aquellos que reúnen ciertos requisitos.

B LÍMITES A LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LAS SITUACIONES ANÁLOGAS AL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

²⁶⁰ Entiende WITTIG, en JZ (1969), p. 547, que estos límites podrían encontrarse dentro de ciertas coordenadas: a- "que conforme a las escalas individuales de valores y motivaciones no deba esperarse un comportamiento conforme a Derecho"; b- "que frente a una valoración general, en cuyo marco deben considerarse los intereses individuales y de la comunidad, sean adecuadas las escalas de valores y las motivaciones individuales para anular el reproche de culpabilidad"

²⁶¹ Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., n.m. 117.

Al momento de caracterizar las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante se establecieron las condiciones que debían darse para que estos supuestos merezcan la exculpación por tratarse de comunidades de peligro. Por una parte, debíamos estar ante una situación de carácter excepcional en la que los bienes jurídicos se habrían perdido con plena seguridad, aún cuando el autor no hubiese intervenido. Por otro lado, era necesario que los bienes salvados reciban por el ordenamiento jurídico-penal la más alta valoración²⁶² y que el saldo favorable a los bienes salvados sea significativamente superior, en relación a la cantidad de víctimas salvadas y al valor del salvamento. Por último, el autor que se sitúa en el contexto de necesidad no debe crear con su acción un nuevo riesgo no permitido²⁶³.

Solamente podrá admitirse la analogía *in bonam partem* en las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante cuando concurren estos requisitos. La falta de cualquiera de ellos obligará a negar la posibilidad de la analogía. Especialmente ello permitiría excluir la exculpación supralegal respecto a supuestos que durante mucho tiempo han tenido en vilo a la doctrina jurídico-penal. Principalmente esto sucede en relación al conocido caso del guardaagujas y del médico que decide desconectar del aparato cardio-respiratorio a tres pacientes, para conectar a otros tres recién ingresados por un accidente que tienen mayor probabilidad de sobrevivir²⁶⁴. Frente a ambos casos la doctrina vacila en relación a la posibilidad de admitir la exculpación por analogía *in bonam partem* o bien de rechazarla²⁶⁵.

La principal objeción que se presentaba a estos casos para rechazar la exculpación supralegal era que aquí el autor jugaba con el destino o, más gráficamente, que el autor “jugaba a Dios”, decidiendo sobre el destino de las personas²⁶⁶. Pese a que este argumento no debería dejarse totalmente de lado, peca, no obstante, de una gran imprecisión y ayuda más bien poco para clarificar los límites de la exculpación por analogía. En este sentido, entiendo que los criterios que se aportan aquí arrojan mayor luz sobre estas cuestiones y establecen indicadores más precisos en relación a los casos que deben quedar fuera de la exculpación analógica.

En el famoso caso del guardaagujas, se discutía si se lo podía exculpar por analogía *in bonam partem* cuando desvía a una vía muerta donde trabajan unos pocos obreros un tren repleto de pasajeros que se desbarrancaría de seguir por su vía actual. La disputa está en la posibilidad de dejar sin castigo al guardaagujas por la muerte de los trabajadores que se encuentran en la vía muerta. En este caso el guardabarrera habría pretendido salvar la vida de un mayor número de personas que fallecerían con seguridad al caer por el barranco.

En el presente caso concurren parcialmente las condiciones que se exigen para que estemos ante una comunidad de peligro que llevaría a la exclusión de la culpabilidad. Es evidente que nos encontramos frente a una situación de carácter excepcional y que los bienes salvados (vidas humanas) reciben la más alta valoración por parte del ordenamiento jurídico. Igualmente, podría verse que el saldo social del hecho sigue siendo favorable a la acción del sujeto, en la medida que se ha optado por el mal menor, al ser el número de pasajeros salvados significativamente mayor que el de los obreros arrollados por el tren.

Sin embargo, la concurrencia de estos tres requisitos de la comunidad de peligro no debe hacer pasar por alto que en el presente caso faltan condiciones esenciales para que pueda apreciarse una causa de exculpación supralegal.

Por empezar, no puede afirmarse que los dos grupos de bienes (bienes salvados/bienes sacrificados) se hayan encontrado en igual peligro de extinción. Solamente los bienes jurídicos salvados son los que habrían sido lesionados, con independencia de la intervención del autor. La vida

²⁶² Por esta razón se rechaza la exculpación está involucrado el patrimonio, cfr. *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., n.m. 117.

²⁶³ Próximo, *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., n.m. 117.

²⁶⁴ Respecto a este último caso, cfr. WELZEL, *Das deutsche*¹¹, p. 185; KÜHL, *AT*², § 12, nn.mm. 104-107, p. 336.

²⁶⁵ Favorables a la exculpación, WELZEL, *Das deutsche*¹¹, p. 185; KÜPER, en *JuS 1971* (9), p. 477, resolviendo a partir de una analogía *legis* con la regulación del estado de necesidad exculpante. En contra de admitir la exculpación supralegal, MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, pp. 462 y ss.; ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, n.m. 162, pp. 1031-1032; EL MISMO, en *ENGISCH-FS*, pp. 398 y ss.

²⁶⁶ En general, se ha intentado también limitar el reconocimiento supralegal de las causas de exclusión de la culpabilidad a partir de la teoría de la doble disminución, cfr. *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., nn.mm. 111, 116; KÜPER, en *JuS 1971* (9), p. 477.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

de los trabajadores viarios no estaba en peligro con anterioridad a la acción del guardaagujas²⁶⁷. Justamente, sólo con la injerencia del autor ingresan estos bienes jurídicos en la comunidad de peligro, de modo que es el mismo guardabarrera quien crea el riesgo de muerte para los trabajadores²⁶⁸. Aquí se observa que estaría ausente un segundo requisito, el cuál consiste en que el autor del hecho no haya creado de modo desautorizado uno de los riesgos.

En consecuencia, debe aceptarse la imposibilidad de reconocer por analogía *in bonam partem* la exculpación al guardaagujas²⁶⁹. Aquí faltarían dos de los requisitos fundamentales que darían forma a una comunidad de riesgo y, con ello, se pierde la oportunidad de reconocer una situación análoga al estado de necesidad exculpante²⁷⁰. No podría ser beneficiado con la exculpación el sujeto que no se encuentra en la situación extrema de dos grupos de bienes que se perderían seguro y que incluso crea él mismo el riesgo desaprobado para uno de los grupos de bienes²⁷¹. Como entiende MOMSEN, en estos casos prevalecería el deber de abstenerse, ya que ni siquiera estaría obligado a socorrer el guardaagujas a los pasajeros del tren por la falta de la realización de los requisitos típicos de la omisión del deber de socorro²⁷². En cualquier caso, correspondería a lo sumo admitir la atenuación de la pena para el sujeto que salva la vida de los ocupantes del tren, a costa de la vida de los trabajadores ferroviarios²⁷³.

Igualmente creo que debería rechazarse la exculpación por analogía en el caso del médico que desconecta del aparato cardio-respiratorio a los enfermos con menores esperanzas de vida, para salvar a otros que conservan mayores posibilidades de supervivencia. Aún cuando en este caso concurren buena parte de los requisitos de la comunidad de peligro, faltan otros que harían caer la exculpación que corresponde en las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante.

En este segundo caso, su carácter excepcional es palmario, del mismo modo que el autor del hecho no ha creado un riesgo desaprobado para ningún grupo de bienes. La vida de los pacientes que son desconectados del aparato cardio-respiratorio estaba en peligro serio de perecer con anterioridad a la intervención del médico en la desconexión. Éste no había iniciado ninguna organización de su esfera de libertad que creara un riesgo de muerte que con anterioridad no existía. Tampoco esto último sucede en relación al riesgo que corren los bienes salvados, dado que el riesgo de muerte de los pacientes recién ingresados ha sido provocado por el accidente automovilístico y en ello nada ha tenido que ver el médico. Con independencia de su actuación ya existía el riesgo de muerte de los pacientes. Igualmente concurre el requisito de que se salven bienes altamente preciados por el ordenamiento jurídico-penal. Por último, frente a esta situación el médico había optado por mal menor, al salvar la vida de aquellas personas con mayores posibilidades de sobrevivir a costa de la vida de aquellos pacientes con menores esperanzas de vida²⁷⁴.

Sin embargo, parece dudoso que aquí pueda decirse que ambos grupos de bienes se perderían inevitablemente con independencia de la intervención del médico²⁷⁵. Seguramente ello sucede en relación a las personas que son ingresadas como consecuencia del accidente de tránsito. En este costado del problema puede observarse que si éstos no son conectados al aparato cardio-respiratorio morirían con seguridad.

Algo distinto sucede con la vida de los pacientes con menores posibilidades de sobrevivir, dado que ésta no se perdería de un modo seguro. Sólo habría una mayor probabilidad de que recibiendo un tratamiento cardio-respiratorio adecuado sobrevivirían los nuevos pacientes, pero ello no significa que la muerte de los pacientes desconectados fuera segura²⁷⁶. Puede verse entonces que también falta aquí

²⁶⁷ JEROUSCHEK, en *SCHREIBER-FS*, p. 190; PETERS, en *JR (1950)*, p. 744.

²⁶⁸ Así, KÜHL, *AT*⁹, § 12, n.m. 104, p. 336.

²⁶⁹ Así también, MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 466; ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, n.m. 162, pp. 1031-1032; JAKOBS, *AT*², Ap. 20, n.m. 42, pp. 589-590. De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, en *HRUSCHKA-FS*, p. 695.

²⁷⁰ En sentido similar, ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, n.m. 163, p. 1032.

²⁷¹ Esto último, en opinión de ROXIN, *AT*⁴, I, § 22, n.m. 163, p. 1032, “debería quebrantar de un modo intolerable el sentimiento de seguridad jurídica de la generalidad”.

²⁷² MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, pp. 466-467. Siguiendo un razonamiento similar en relación a la impunidad de los médicos ejecutores de la Orden de eutanasia, PETERS, en *JR (1949)*, p. 498.

²⁷³ MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 468.

²⁷⁴ De otra opinión en este punto, MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 466.

²⁷⁵ Expresando también estas dudas, KÜPER, en *JuS 1971 (9)*, p. 477.

²⁷⁶ Incluso esto último haría también dudoso que pueda decirse que el médico no ha creado un riesgo no permitido. En la actuación del médico no se produce meramente la anticipación del resultado lesivo que acaecerá con seguridad —lo cual es algo

la exigencia de que ambos grupos de bienes se perderían con seguridad, independientemente de la actuación del autor.

En definitiva, debe decirse que en estos casos tanto el guardabarrera como el médico se encuentran en una situación en la que su capacidad de reacción ante la interpelación de la norma se encuentra significativamente condicionada. En este sentido, puede verse que el principio institucional de la exclusión de la culpabilidad se estaría realizando; esto es, el *principio de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* acapararía estos casos. Pese a ello, las exigencias del principio de legalidad vedan la posibilidad de considerar que en estos casos existe una laguna axiológica, pero sobre todo, prohíbe acudir a la analogía *in bonam partem*. Esto lleva a la conclusión de que la mera realización del principio de *la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria* no fundamenta sin más el recurso a la analogía *in bonam partem*. Además de ello, deben concurrir otros requisitos, los cuales no representan otra cosa más que la cristalización de exigencias político-criminales que subyacen en la dogmática jurídico-penal y que delimitan las comunidades de peligro.

C ¿CREACIÓN DE CAUSAS DE EXCULPACIÓN MEDIANTE LA ANALOGÍA *IURIS IN BONAM PARTEM*?

A lo largo de la obra se tuvo la oportunidad de rechazar enfáticamente la posibilidad de recurrir a la analogía *iuris in bonam partem* para admitir eximentes de precedencia supralegal. Incluso cuando acudir a principios generales del Derecho penal, del Derecho en general o a los del Derecho natural tenga por objeto excluir o reducir el poder punitivo, no pueden perderse de vista los riesgos que se corren en cuanto a la función desincentivadora de comportamientos ilícitos y para un ejercicio moderado de la jurisdicción²⁷⁷.

Acudir a la analogía *iuris* supondría que la analogía *in bonam partem* dejaría de ser vista como un mecanismo de excepción que pretende solucionar desajustes valorativos que se presentan raramente en los sistemas normativos. Se produciría así un reblandecimiento indeseable del Derecho penal. La amplitud de los principios y el manifiesto alejamiento con respecto al material puesto por el legislador expondría la decisión del juez al riesgo de que sea la pura cristalización de su subjetividad y no el traslado de los valores implícitamente reconocidos por la legislación.

Este rechazo por la analogía *iuris in bonam partem* se correspondería con algunos puntos de vista que subyacen implícitamente desde siempre en la discusión jurídico-penal. Sin embargo, no creo que se trate de una opinión pacífica, más aún cuando existen pronunciamientos de algunos tratadistas, favorables a la creación de causas de exculpación a partir de los principios generales del Derecho y del Derecho penal. Tampoco debería pasar inadvertido que para algunos autores el juez podría tomar como material de su decisión en la analogía *in bonam partem* al Derecho natural.

Algunos autores entienden que el estado de necesidad exculpante de carácter supralegal se derivaría de los principios que conforman el Derecho natural. Desde esa concepción, el soporte argumentativo del que se serviría el juez para crear la norma exculpatoria sería la analogía *iuris*, construyéndose la razón de identidad y creándose la norma mediante el Derecho natural. Justamente, en este sentido parece expresarse WELZEL²⁷⁸ con motivo del comentario a la sentencia del OGH en el proceso contra los médicos que ejecutaron la Orden de eutanasia:

...un instituto jurídico del Derecho positivo es relativamente independiente, del modo en que lo es el estado de necesidad supralegal, como en general son desarrollados por la doctrina del Derecho natural, ampliamente independiente del Derecho positivo, los principios de la legítima defensa, el estado de necesidad, la culpabilidad. Cuando hay un Derecho natural, esto es, un concreto principio jurídico suprapositivo de validez general, entonces se está ante los principios de la culpabilidad, el estado de necesidad, la legítima defensa...

que se da en la gran mayoría de los casos del estado de necesidad exculpante supralegal, cfr. SINN, en *NSiZ* (2004) 11, p. 587—, sino que pareciera el médico hacer algo más, dado que las vidas no se habrían perdido con seguridad. No sería disparatado pensar, por tanto, que aquí también se habría creado un nuevo riesgo no permitido. Sin embargo, pretendo dejar la discusión sólo zanjada en este punto, porque es una cuestión que desborda ampliamente los objetivos de esta obra.

²⁷⁷ De otra opinión, DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale* (1936), p. 611.

²⁷⁸ WELZEL, en *MdR* (1949), p. 374.

CAPÍTULO 4: LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Esta visión merecería serios reparos y no sólo vinculados a los inconvenientes político-criminales que acarrearía dar una excesiva soltura al juez para excluir la culpabilidad por vía supralegal. Además, me parece cuestionable que pueda seguir hablándose de una analogía *inuris* ahí donde el juez ya no construye la norma a partir de principios *positivos*, sino de una realidad mucho más allá de las normas y los valores del Derecho positivo²⁷⁹.

Otro sector doctrinal entiende más conveniente que el juez no se refugie en la nebulosa del Derecho natural y encuentre, en cambio, argumentos para excluir la culpabilidad en los principios contenidos en la Constitución²⁸⁰. Estos principios fundamentales del Estado de Derecho no sólo permitirían al juez construir el argumento con el cual integrarían la laguna axiológica. Debe decirse que incluso exigirían exculpar casos que no lo están por la ley y que, sin embargo, merecen estarlo conforme a los principios constitucionales. Ello se debería a que el reconocimiento de la inexigibilidad importaría la realización de valores constitucionales fundamentales²⁸¹.

Para esta postura, la creación judicial de causas de exculpación mediante la inexigibilidad supondría la proyección de la Constitución en el Derecho penal²⁸². La mentada proyección tendría lugar en dos sentidos diferentes: por un lado, haría posible integrar lagunas y extender la regulación legal de las causas de exculpación a supuestos no alcanzados por éstas; por otro lado, haría posible delimitar el ámbito de la reprochabilidad moral, tomando como parámetro la Constitución²⁸³.

Sin embargo, esta restricción del elenco de principios tomados como base de la analogía y este acercamiento al material puesto por el legislador, tampoco ayuda demasiado en la delimitación de las competencias del juez. Sigue dejando un amplio margen de maniobra al juez y exponen a los juzgados a que su suerte esté más supeditada a la voluntad del juez que a la voluntad genuina del ordenamiento jurídico. Igualmente, con esta proyección tan pronunciada de la Constitución sobre el Derecho penal seguiría corriéndose el riesgo de que la ampliación de espacios de libertad acabe socavando cualquier aspiración preventiva de esta rama del Derecho.

Tampoco convencen suficientemente las ideas acercadas por otro sector de la manualística, el cual procura reconocer nuevas causas de exclusión de la culpabilidad a partir del principio de buena fe, recogido en el § 242 BGB²⁸⁴. Para LÜCKE éste sería un principio que rige no sólo en el Derecho civil, sino que también proyecta su vigencia en el Derecho público y, muy especialmente, en el Derecho penal²⁸⁵. Subyace a esta tesis la idea de que el principio de buena fe tendría su concreción en el Derecho penal a partir del principio de inexigibilidad. Según el parecer de LÜCKE, esta transposición al Derecho público no debería sorprender a nadie, pues *“el empleo de la característica de la inexigibilidad cumple en el Derecho público como en el Derecho civil el mismo fin de la delimitación de los deberes”*²⁸⁶. Además, debería tenerse presente que incluso parte de la doctrina italiana admitió el error de prohibición supralegal recurriendo igualmente al principio de buena fe²⁸⁷.

El principal inconveniente que padece esta concepción es que sigue manteniendo el empleo de la analogía *in bonam partem* lejos de la institución jurídico-penal de la exclusión de la culpabilidad y, en última instancia, de las concretas regulaciones legales del Derecho penal. Con razón señala ACHENBACH que

...contra la analogicidad del § 242 BGB[...] habla sin embargo decisivamente el significado autónomo del juicio de culpabilidad como juicio de imputación socialmente motivado, al momento de la desvaloración de un comportamiento tomado como personalmente responsable,

²⁷⁹ En contra del recurso al Derecho natural para exculpar, HENKEL, en MEZGER-FS, p. 297, *«[c]uando se habla aquí de “causas supralecales de exculpación” se oscurece mediante ello, sin embargo, notablemente el significado real del proceso del juicio, pues no se trata ni de la integración de “lagunas legales” ni en absoluto del cierre de una “laguna jurídica” mediante el recurso a una norma del Derecho natural. Más bien, no se trata de otra cosa más que de la consecuencia derivada del concepto de culpabilidad presupuesto por la ley, el cual es rellenado cuando falta la defectuosidad, la contrariedad al deber, la reprochabilidad del comportamiento interno del autor»*. Igualmente, rechaza el recurso al Derecho natural, NOWAKOWSKI, en *SchwZStr* 1950 (65), p. 312, en cuanto señala que las causas de exculpación deben ser *supralecales* y no *suprajurídicas*.

²⁸⁰ WITTIG, en *JZ* (1969), p. 548.

²⁸¹ WITTIG, en *JZ* (1969), p. 548.

²⁸² WITTIG, en *JZ* (1969), pp. 547 y ss.

²⁸³ WITTIG, en *JZ* (1969), p. 548.

²⁸⁴ LÜCKE, en *JR* (1975) 2, p. 57. Claramente contrario a esta tesis, ACHENBACH, en *JR* (1975), p. 495.

²⁸⁵ LÜCKE, en *JR* (1975) 2, p. 57.

²⁸⁶ LÜCKE, en *JR* (1975) 2, pp. 57-58.

²⁸⁷ Cfr. FELIP I SABORIT, *Error inuris*, p. 60; BELFIORE, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, p. 62.

el cual constituye solamente un elemento característico de la estructura de las relaciones jurídico-criminales del ciudadano con el Estado²⁸⁸.

Por otra parte, no debe pasar inadvertido que en este caso se sigue trabajando con principios que, por su abstracción y generalidad, liberan prácticamente por completo al juez de algún parámetro que racionalice su decisión. La amplitud del principio de buena fe, al igual que la de los principios constitucionales y *iusnaturalés*, hace posible que puedan ser utilizados estos principios para la más variada clase de supuestos, tanto jurídico-penales como externos al Derecho penal. Así se ve sensiblemente afectaba la seguridad jurídica y se tergiversa el sentido de que la analogía *in bonam partem* debe verse como un mecanismo excepcional en el Derecho penal.

²⁸⁸ ACHENBACH, en *JR* (1975), p. 495. De modo similar, JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 501.

CAPÍTULO 5

LA ANALOGÍA EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

I INTRODUCCIÓN

1. No sería exagerado decir que una de las cuestiones más discutidas y menos aclaradas en la dogmática jurídico-penal es la relativa a la naturaleza y ubicación sistemática de las excusas absolutorias¹. Mientras que para algunos autores las excusas absolutorias o causas de exclusión/levantamiento de pena conforman la faz negativa de la punibilidad², otros autores entienden que su ubicación estaría más allá del concepto del delito y se ubicarían en una categoría distinta a la punibilidad³. En el primer caso, las excusas absolutorias impedirían considerar delictivo un hecho típico, antijurídico y culpable, mientras que para la segunda postura, estos privilegios excluyen la pena de un hecho que ya es delictivo por ser típico, antijurídico, culpable y punible. Esta sola complejidad amerita que se las catalogue como “*cuerpos extraños dentro del Derecho penal*”⁴.

A esta cuestión, se le suma otra no menos relevante y que es de carácter terminológico. En la literatura jurídico-penal contemporánea no existe acuerdo sobre el nombre que llevan estas circunstancias que excluyen la pena. La doctrina española y argentina utiliza preferentemente la expresión “*excusas absolutorias*”, lo cual no impide que diversos autores, sin ocultar su influencia germana, opten por distinguir entre causas de exclusión de pena y causas de levantamiento de pena. Precisamente, la doctrina alemana dominante utiliza las expresiones *Strafausschließungsgründe* (causas de exclusión de pena) y *Strafaufhebungsgründe* (causas de levantamiento de pena) para aludir a las circunstancias que concurren concomitantemente al hecho o sólo con posterioridad, respectivamente, y que determinan la exclusión del castigo⁵. En Italia se emplean las expresiones *causa d'estinzione del reato*⁶ y *cause di estinzione della punibilità*^{7/8}.

Tampoco acaba de quedar completamente determinado al servicio de qué finalidades se encuentran estas circunstancias que excluyen el castigo. Para un importante sector doctrinal las excusas absolutorias responden principalmente a finalidades extrapenales o, empleando otros términos, a razones de política general⁹. En cambio, frente a esta tesis se sitúan aquellos otros autores —a los cuáles me adhiero¹⁰— que entienden que, en realidad, estas eximentes responden

¹ BLOY, en *JuS* (1993) 5, p. L 34; EL MISMO, *Die dogmatische*, pp. 13-14; ROXIN, *AT*⁴, I, § 23, nm. 6, p.1038; EL MISMO, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 256.

² JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, p. 551. A mi modo de ver, en este sentido también podrían interpretarse las posturas de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 378; MANTOVANI, *PG*⁵, p. 793.

³ FARALDO CABANA, *Las causas*, pp. 177-178.

⁴ ROXIN, *AT*⁴, I, § 7, nm. 73, p. 227.

⁵ JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, pp. 552-553; ROXIN, *AT*⁴, I, § 23, nm. 4, pp. 1037-1038; MAURACH/ZIPF, *AT*⁸, I, § 35, nn.mm. 31-32, p. 478; BLOY, *Die dogmatische*, pp. 16 y ss.; *Schönke/Schröder*²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., n.m. 133; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, nn.mm. 302-303.

⁶ SCCos 1/1956.

⁷ ANTOLISEI, *PG*¹⁴, pp. 756 y ss.

⁸ Distinguiendo entre ambas causales, según extingan la punibilidad en abstracto (*causa d'estinzione del reato*) o la punibilidad en concreto (*cause di estinzione della pena*), MANTOVANI, *PG*⁵, p. 794.

⁹ ROXIN, *AT*⁴, I, § 23, nm. 21-30, pp. 1042-1046; EL MISMO, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, p. 259; HERZBERG, en *LACKNER-F*³, pp. 364-366; WOLTER, en *El sistema*, pp. 46, 60; WELZEL, en *MdR* (1949), p. 375; BLOY, en *JuS* (1993) 5, p. L 35. Incluso ROXIN, *AT*⁴, I, § 7, nm. 73, p. 227, pese a considerar que las excusas absolutorias están destinadas a satisfacer fines extrapenales y que las causas de justificación provienen de todo el ordenamiento jurídico, considera que existiría una clara diferencia entre ambas eximentes. Las excusas harían valer otros intereses que incluso merecen prioridad frente a las genuinas finalidades del Derecho penal. Cuestionando con agudos argumentos que las causas personales de exclusión de pena respondan a fines o motivos extrapenales, a partir de los criterios que en su tiempo manejó el RG, PETERS, en *JR* (1949), p. 498.

¹⁰ Bajo ningún concepto creo que sea posible observar a las excusas absolutorias como una construcción al margen del Derecho penal (GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, p. 48). Según entiendo, cercana a esta opinión al analizar la categoría sugerida por WOLTER de las “circunstancias que excluyen el Derecho penal”, cfr. FRISCH, en *El sistema*, p. 222. Incluso, las razones que

primordialmente a necesidades político-criminales¹¹, orientándose así hacia las finalidades del Derecho penal¹².

2. Sin duda, la incertidumbre que reina en lo concerniente a la naturaleza y ubicación sistemática de las excusas absolutorias tiene repercusiones directas en el papel de la analogía *in bonam partem*. Una muestra clara de ello se aprecia en relación a las corrientes de opinión que se pronuncian sobre este mecanismo de integración del Derecho penal. A diferencia de lo que sucede con las restantes circunstancias que excluyen el castigo, no resulta nada fácil llegar a la identificación de una doctrina claramente dominante sobre la legitimidad de acudir a la analogía *in bonam partem* en esta institución jurídico-penal. Mientras que en las causas de justificación y en las causas de exculpación la tesis favorable al reconocimiento de circunstancias supralegales es abrumadoramente mayoritaria, en las excusas absolutorias ello no se presenta con tanta claridad.

En la doctrina y jurisprudencia actual existen numerosas voces que aceptan la creación judicial de excusas absolutorias. El Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS del 1 de marzo de 2005 que considera también aplicable la excusa absolutoria de parentesco a las relaciones de afectividad semejante al matrimonio es una clara muestra de ello. Igualmente, se acepta de modo mayoritario que el desistimiento de la tentativa también puede ser extendido por analogía a los actos preparatorios. Sin embargo, estos datos no deben hacernos perder de vista que históricamente la jurisprudencia nacional y extranjera ha rechazado la creación analógica de estos privilegios e incluso lo ha hecho también en tiempo recientes. Además en nuestros días es mirada con gran desconfianza por parte de la doctrina italiana la analogía *in bonam partem* en las excusas absolutorias.

En medio de este panorama conviene, sin embargo, agrupar las tesis respecto a la analogía *in bonam partem*. Así, es posible advertir la existencia de tres grupos de opiniones. Para las opiniones más extremas la analogía favorable al autor debería o bien rechazarse o bien admitirse sin problemas, mientras que otras voces de la doctrina, pese a admitirla, lo hacen con enormes reservas.

Para parte de la doctrina¹³ y para una actual línea jurisprudencial del TS¹⁴ no habría razones para rechazar la analogía *in bonam partem* en las excusas absolutorias. De este modo, no sería problemática la creación judicial de excusas absolutorias para excluir la pena, por ejemplo, frente al desistimiento en los actos preparatorios o los hurtos cometidos entre los integrantes de parejas de hecho. Aquí la analogía sería vista como el mecanismo que salva las desatenciones del legislador, el cual no habría considerado relevante ciertas propiedades que fundamentarían la exclusión de la pena y que, sin embargo, no aparecen reconocidas en la ley.

fundamentan la exclusión de la pena pueden ser perfectamente explicadas mediante las necesidades preventivo-generales o preventivo-especiales de castigo. En igual sentido, tampoco puede afirmarse que las causas de exclusión de la punibilidad constituyan una decisión que pretenda satisfacer prioritariamente políticas jurídicas generales y no concretas políticas criminales con independencia de las finalidades del Derecho penal. Sin embargo, así lo considera ROXIN, *AT*⁴, I, § 23, nm. 21-30, pp. 1042-1046; WOLTER, en *El sistema integral*, pp. 46, 60. Ello parece desde el comienzo insatisfactorio para toda construcción teleológica de la teoría del delito, del mismo modo que no resulta ser tan fácil deslindar con tanta claridad las cuestiones atinentes a la política jurídica y a la política criminal, cfr. VOLK, en *ZStW* (1985) 97, pp. 891 y ss.; GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, pp. 48, 313-314.

En realidad, creo que las excusas absolutorias, como indiscutidas instituciones jurídico-penales que son, no pueden explicarse sino en claves jurídico-penales y ello implica, por cierto, que las mismas no puedan ser desconectadas de las finalidades del Derecho penal. Es cierto que cuando el legislador dispone que no se castigará a los parientes que cometan hurtos o al legislador que profiriere injurias durante una sesión parlamentaria, las razones de su decisión provienen de ámbitos relativamente ajenos al Derecho penal. No obstante, es exagerado decir que no satisface así finalidades jurídico-penales o que las finalidades extra-penales tienen prioridad. El reconocimiento de excusas absolutorias se orienta necesariamente a satisfacer los fines del Derecho penal y a ello no puede ocultarlo el hecho de que pretendan satisfacer también intereses no directamente vinculados al Derecho penal.

¹¹ Entre otros, GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, p. 48; FARALDO CABANA, *Las causas*, pp. 114-115; HASSEMER, *Fundamentos*, p. 302.

¹² No faltan autores que asumen una postura ecléctica, al entender que estas causas de exclusión de la pena atienden a finalidades jurídico-penales y externas al Derecho penal, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 552; Schönke/Schröder²⁷-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor §§ 32 ff., n.m. 128; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, nn.mm. 299-300.

¹³ Schönke/Schröder-ESER, § 1, n.m. 31; GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, p. 94; HIGUERA GUIMERA, *Las excusas*, pp. 118-119; GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 67-68

¹⁴ Acuerdo Tribunal Supremo, Sala Penal, de 1 marzo 2005.

CAPÍTULO 5: LA ANALOGÍA EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Otro grupo de penalistas¹⁵ entiende que el legislador solamente habría pretendido excluir la pena ante la concurrencia de las propiedades que él mismo habría reconocido en la ley. Ello significa que el legislador *conscientemente* habría dejado fuera de la norma otros supuestos y por tanto la norma debería regir exclusivamente en relación a los casos legislados. De esto modo quedaría cerrada cualquier posibilidad de acudir a la analogía *in bonam partem*¹⁶. Debe decirse que esta postura fue la dominante en la jurisprudencia española¹⁷ e italiana¹⁸ hasta tiempos no muy distantes y que en la doctrina actual aparece tímidamente en algunos trabajos¹⁹.

Por último, entiende ANTOLISEI²⁰ que la analogía puede ser admitida para el reconocimiento de excusas absolutorias supralegales pero solamente de un modo muy cuidadoso, en el que la analogía *in bonam partem* tenga un carácter realmente excepcional. En este caso, no podría decirse en general que la analogía estaría vedada en las excusas absolutorias, sino que habría que estar a cada caso en concreto.

A mi modo de ver, el panorama actual de la discusión resulta ser tan desconcertante debido a que no se ha reflexionado sobre la analogía en relación al conjunto de excusas absolutorias, sino a partir de normas individuales. De ahí que resulte ser tan complicado reconducir los planteamientos de la doctrina a una visión de conjunto de la analogía *in bonam partem* en las excusas absolutorias. Sin embargo, la ausencia de un análisis a partir del conjunto de excusas absolutorias se explica por el simple hecho de que no está nada claro cuáles son las disposiciones legales que tienen esta naturaleza²¹.

3. A modo de colofón de este apartado introductorio me interesa hacer algunas precisiones conceptuales y también adelantar algunas de las tesis centrales del capítulo a los fines de facilitar su comprensión.

Por empezar me interesa aclarar que se preferirá la expresión de excusa absolutoria en lugar de las otras ya reseñadas y que maneja la doctrina (causas de exclusión de pena, causas de levantamiento de pena). La elección de esta terminología no sólo obedece a que sigue más de cerca la terminología dominante en España. Además se debe a que también se pretende englobar bajo este concepto tanto aquellas circunstancias que tienen lugar al momento del hecho, como aquellas otras que concurren con posterioridad a la realización del hecho.

Por otra parte, la tesis central de este capítulo ha ido apareciendo en diversos pasajes de esta obra y consiste en rechazar toda posibilidad de reconocer excusas absolutorias supralegales. Ello significa que sería ilegítimo acudir a la analogía *in bonam partem* para ampliar el catálogo de excusas absolutorias. En este sentido, debería entenderse este catálogo como *numerus clausus*, de manera que solamente se aceptarían aquellas excusas puestas por el legislador. No obstante, conviene aclarar que esta postura contraria a la analogía *in bonam partem* en las excusas absolutorias no es compartida por la doctrina mayoritaria. La opinión dominante²², al igual que la jurisprudencia²³, entienden que pueden reconocerse nuevas excusas absolutorias extendiendo analógicamente las expresamente reguladas por el legislador.

La conclusión se asienta principalmente en el carácter excepcional que las excusas absolutorias tienen dentro del cuadro general de eximentes, lo cual viene dado, a su vez, por una interpretación del principio de legalidad que revaloriza los fines preventivos del Derecho penal. En relación a esto último

¹⁵ FARALDO CABANA, *Las causas*, pp. 199 y ss.; MANTOVANI, *PG*⁵, p. 77; EL MISMO, *Principi*², p. 26; DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale* (1936), p. 610-611; DE QUEIROZ, en *Separado del n.º VII de "Archivos do Ministerio de Justicia e Negócios interiores"*, p. 21; VASSALLI, *Limiti*, pp. 141 y ss.

¹⁶ Aquí no conviene olvidar que tampoco para HENKEL, en *MEZGER-FS*, p. 305, se podían crear excusas absolutorias supralegales mediante la inexigibilidad, aunque no en razón de que estuviese prohibida aquí la analogía *in bonam partem*, sino porque la inexigibilidad se trataría de una fórmula vacía que carecería de capacidad funcional al respecto.

¹⁷ STS (Sala de lo Criminal) de 26 de diciembre 1984; STS (Sala de lo Criminal) de 8 de junio 1983.

¹⁸ SCCos 1/1956.

¹⁹ FARALDO CABANA, *Las causas*, pp. 199 y ss.

²⁰ ANTOLISEI, *PG*¹⁴, p. 100.

²¹ Haciendo referencia a que no queda claro qué disposiciones legales se circunscriben dentro de las causas de levantamiento de pena o dentro de las causas de exclusión de pena, BLOY, *Die dogmatische*, p. 16.

²² En este sentido, ANGERER, *Rücktritt*, p. 250; MIR PUIG, *PG*⁷, n.m. 110, p. 361; FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 199, nota 40; ÍÑIGO CORROZA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, pp. 357-358; QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*^P, art. 268, p. 1335-1336.

²³ TS, Pleno no Jurisdiccional, 1 de marzo de 2005.

tendrá una gran importancia mantener como tesis que estas excusas responden primordialmente a finalidades jurídico-penales y no a fines extrapenales como ha pretendido sostener parte de la doctrina.

Finalmente, me interesa estipular que entenderé por excusas absolutorias aquellas circunstancias que, concurriendo durante la comisión del hecho o con posterioridad a ella, excluyen el castigo de un hecho típico, antijurídico y culpable debido a la ausencia de necesidad de pena²⁴. De ello se desprende que consideraré como excusas absolutorias reconocidas por el legislador penal español, entre otros, a los siguientes preceptos: art. 16 3º CP (desistimiento de la tentativa); art. 268 CP (excusa de parentesco en delitos patrimoniales no violentos); art. 305 4º CP (excusa por regularización de la situación tributaria)²⁵; art. 307 3º CP (excusa por regularización de las cuotas ante la Seguridad Social)²⁶; art. 308 4º CP (excusa por reintegro de ayudas recibidas); art. 354 2º CP (excusa por evitación voluntaria de la propagación de incendios forestales); art. 427 CP (excusa por denuncia en el delito de cohecho); art. 462 CP (excusa por retractación del falso testimonio prestado en causa criminal que no ha ocasionado una privación de libertad), art. 480 1º CP (excusa por revelación del delito de rebelión); art. 549 CP (excusa por revelación del delito de sedición)²⁷.

En lo que sigue no se realizará un análisis pormenorizado de las diferentes posibilidades de extender las soluciones jurídicas de estos preceptos a casos análogos. Puesto que rechazo la analogía *in bonam partem* en las excusas absolutorias, solamente limitaré mis reflexiones a tres de los supuestos que mayor trascendencia han tenido en la discusión y la jurisprudencia. Me interesará reseñar algunas cuestiones en relación a la visión doctrinal sobre la extensión del desistimiento a los actos preparatorios y la extensión por analogía de la eximente de parentesco. Igualmente, trataré algunos puntos que surgieron en la discusión científica con motivo de la sentencia del OGH en la que se concedía a los médicos el beneficio de una causa personal supralegal de exclusión de la pena.

II SUPUESTOS EN LOS QUE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA HAN ADMITIDO EXCUSAS ABSOLUTORIAS SUPRALEGALES

A SITUACIONES ANÁLOGAS EN LA EXCUSA ABSOLUTORIA POR PARENTESCO EN LOS DELITOS PATRIMONIALES NO VIOLENTOS. LAS RELACIONES ANÁLOGAS AL MATRIMONIO Y EL ACUERDO DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE MARZO DE 2005.

El CP reconoce en su art. 268 una de las excusas absolutorias por excelencia del Derecho penal español. Según este precepto, todas aquellas personas que atentaran contra el patrimonio de un determinado pariente de modo antijurídico y culpable no serán castigadas, siempre y cuando esta afectación no se haya producido recurriendo a la violencia o a la intimidación. Se acepta en la discusión que castigar en estos casos traería el inconveniente de llevar al proceso penal un conflicto familiar y la injerencia de la Justicia en el seno familiar sólo tendería a desestabilizar aún más los vínculos ya sensibilizados por la comisión del delito²⁸.

²⁴ Destacando la ausencia de la necesidad de pena en estos casos, BLOY, *Die dogmatische*, pp. 293 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 552; HIGUERA GUIMERA, *Las excusas*, pp. 69-70.

²⁵ Considerando esta norma como una excusa absolutoria, IGLESIAS RÍOS, *La regularización*, p. 164.

²⁶ En este sentido, BRANDARIZ GARCÍA, *El delito*, pp. 660-662, pese a preferir hablar en este caso de una causa personal de levantamiento de pena.

²⁷ Sobre las disposiciones legales que tendrían la naturaleza de excusas absolutorias, cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, pp. 405-406; FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 24; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS. *Curso*, p. 357, ampliando este catálogo a los artículos 56 3º CE y 71 CE relativos a las inmunidades del Jefe de Estado y de los parlamentarios; MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal*², pp. 575, 605, especialmente en relación a las excusas absolutorias que rigen en el Derecho penal económico.

²⁸ QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*², art. 268, pp. 1334-1335; ROBLES PLANAS, en *Lecciones de Derecho penal*, p. 182; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS. *Curso*, p. 357. Próximo a ello, aunque resaltando la menor culpabilidad objetiva, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*², n.m. 23, p. 44. Se muestra un tanto escéptico en relación a si el la protección de la familia frente a la injerencia de la Justicia es el fundamento de la excusa de parentesco, BLOY, *Die dogmatische*, p. 92. Considera que, en realidad, se trataría de un privilegio que está plasmado en la ley por el origen romano del privilegio, el cual reflejaba el origen patriarcal de la regulación. De este modo, la regulación no sería otra cosa que la cristalización de una continuación acrítica de la tradición jurídica.

CAPÍTULO 5: LA ANALOGÍA EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Para analizar el papel de la analogía *in bonam partem* respecto a esta excusa absolutoria conviene delimitar su ámbito de aplicación. Por un lado, se entiende que la excusa absolutoria de parentesco solamente comprende a los autores de *determinados delitos*. Justamente, el Capítulo X del Título XIII del Libro Segundo del CP lleva como rúbrica “*Disposiciones comunes a los capítulos anteriores*”, lo cual da a entender que la excusa que inaugura este Capítulo abarca a los delitos contra el patrimonio contemplados en los primeros nueve Capítulos del Título XIII. De este modo, la excusa absolutoria de parentesco sería aplicable a los hurtos, robos, extorsiones, robos y hurtos de uso de vehículo, usurpaciones y defraudaciones. De este modo se excluirían del precepto a los restantes delitos patrimoniales ubicados en Capítulos ulteriores, como ser los delitos relativos a la propiedad intelectual, delitos societarios, etc.²⁹

Esta interpretación de la excusa, según su ubicación en el CP y la rúbrica del Capítulo, delimitaría su ámbito de aplicación de tal modo que dejaría fuera de él a los delitos relativos a la propiedad intelectual, la propiedad industrial, al mercado y los consumidores, a la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, a los delitos societarios y a la receptación y otras conductas afines. Ello implica que este privilegio no se concedería a los autores de alguno de los delitos recogidos en los Capítulos XI, XII, XIII, XIV.

Podría decirse que, a partir de observar esta delimitación del ámbito del precepto, un primer papel de la analogía en estos supuestos sería el de hacer extensible la consecuencia jurídica reconocida en el art. 268 CP a estos otros delitos. Si bien esta pretensión es claramente doctrina minoritaria, existen quienes entienden que la excusa absolutoria de parentesco podría extenderse a estos últimos casos, pese a que la rúbrica del Capítulo X del Título XIII alude a disposiciones comunes a los capítulos *anteriores*³⁰. Para tal caso estaríamos frente a un supuesto de analogía *legis in bonam partem*, dado que el molde a partir del cual se construye la nueva excusa es el art. 268 CP.

Pero además el art. 268 CP queda reservado a un *determinado elenco de personas*. Solamente los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción podrán verse beneficiados de esta excusa absolutoria. En este punto se plantea en nuestros días de modo muy especial la situación de aquellas parejas que conviven de modo estable en situación análoga al matrimonio, pero sin acogerse a las formas de este último instituto del Derecho de familia. Dado que estas parejas de hecho no estarían abarcadas por la norma, se plantea la posibilidad de extender por analogía el precepto, de tal manera que puedan estas parejas verse beneficiadas por la exclusión del castigo³¹.

Ante el reclamo de la doctrina, de que sería inadmisibles y discriminatorio dejar sin cobertura excusante a los delitos patrimoniales no violentos cometidos en las relaciones análogas al matrimonio³², la Sala Segunda del TS estableció en un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del 1 de marzo de 2005 que: “*A los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial*”. De este modo, el TS establecía que las relaciones asimilables al matrimonio debían también verse beneficiadas por la excusa recogida en el art. 268 CP. Ello permitía hacer aplicable la consecuencia de la exclusión de pena a grupos de casos que no son regulados por esta norma.

Entiendo que el TS lo que estaría haciendo en este caso es crear una excusa absolutoria a partir del recurso a la analogía *legis in bonam partem*³³. Aquí, el sistema jurídico-penal no habría asignado originariamente la exclusión de la punibilidad para los casos genéricos de atentados contra la

²⁹ Interpretando en este sentido la exigente, VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, art. 268, p. 268; ROBLES PLANAS, en *Lecciones de Derecho penal*, p. 183.

³⁰ JORDANA DE POZAS, en *Código penal*, art. 268, pp. 2936-2937.

³¹ También plantea SILVA SÁNCHEZ, en *Diario La Ley 2001* (5318), p. 3, la posibilidad de extender por analogía el art. 268 CP a supuestos en los que, pese a faltar el requisito de la convivencia, existe el vínculo familiar y además exista una superestructura familiar suficiente como para restablecer el orden alterado con el delito patrimonial.

³² Considera QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, art. 268, p. 1335, inadmisibles que el legislador no haya incluido a las parejas de hecho, hetero- u homosexuales, dado que ya el legislador las había incluido en otras disposiciones legales (art. 23, 454, 424, 443, 444 CP). Además entiende que en este problema existe una dificultad adicional y es que al estar prohibida la analogía *in bonam partem* según el art. 4 CP sólo quedaría la posibilidad de aplicar la atenuante de parentesco.

³³ Una segunda lectura posible de esta decisión del TS sería la de tomar este Acuerdo no como un caso de creación judicial de Derecho por analogía sino más bien como una simple interpretación extensiva del término “matrimonio”. Sin embargo, creo que esta postura no puede ser asumida e incluso cuando se optara por ella se estaría, en realidad, frente a una interpretación absurda o arbitraria, también proscripta por el principio de legalidad.

propiedad cometidos sin violencia o intimidación en las relaciones análogas al matrimonio. La exclusión de la punibilidad en estos casos viene de la mano de una excusa absolutoria supralegal que el juez introduce tomando como base de la analogía al art. 268 CP.

Recientemente se han vertido opiniones favorables a esta decisión adoptada por el Pleno de la Sala Segunda del TS. En concreto, Elena ÍÑIGO y Eduardo RUIZ DE ERENCHUN han manifestado que el TS buscaría adaptar el CP a los parámetros de los modelos familiares actuales y que además esta analogía se conciliaría con la Constitución³⁴. Sin embargo, advierten estos autores que para evitar abusos debería exigirse que exista una situación de estabilidad en la pareja, que el vínculo subsista y que las acciones típicas se hayan producido entre los miembros de la pareja y no se haya afectado a terceros³⁵.

Con todo, no creo que sea adecuado aceptar estas extensiones del elenco de los delitos abarcados por la excusa absolutoria ni tampoco el círculo de personas beneficiadas. El rechazo de este privilegio en otros delitos patrimoniales o en relación a otras personas distintas de las reconocidas por la ley no tiene que ver con que se considere inconveniente político-criminalmente la exclusión de la pena en estos casos. Más bien, entiendo que no debe aceptarse que sea el *juez* quien cree por analogía una nueva excusa absolutoria que excluya la punibilidad para estos casos.

Si bien debe reconocerse que la opinión favorable a la extensión por analogía del art. 268 CP es la dominante en nuestros días, no debe pasarse por alto que la jurisprudencia del TS rechazó esta posibilidad hasta no hace mucho tiempo³⁶. Igualmente, no debe pasar inadvertido que la proclividad hacia la analogía *legis* de este precepto va en contra mano de una opinión reacia del propio TS para extender los efectos excluyentes de pena de las excusas absolutorias por regularización de la situación tributaria (art. 305 4º CP)³⁷. Al respecto, volveré más adelante al momento de profundizar sobre la prohibición de analogía en las excusas absolutorias.

B SENTENCIA DEL OGH SOBRE LOS MÉDICOS NAZIS Y EL RECONOCIMIENTO DE LA CAUSA PERSONAL DE EXCLUSIÓN DE PENA SUPRALEGAL: EXCURSO

En el capítulo anterior, referido a la analogía en las causa de exclusión de la culpabilidad, se analizaron los argumentos expuestos por el OGH para excluir la responsabilidad penal de los médicos ejecutores de la Orden de eutanasia hitleriana³⁸. Cabe recordar aquí, que el OGH entendió que los médicos no debían ser castigados, porque su intervención había permitido salvar a un importante número de enfermos. En esta oportunidad, el OGH entendió que en estos casos la exclusión de la pena no tenía lugar mediante el estado de necesidad justificante o alguna causa supralegal de exculpación³⁹, como pretendió parte de la doctrina⁴⁰. En realidad, el tribunal optó por crear una causa personal de exclusión de pena y por esta vía liberar de cualquier tipo de responsabilidad penal a los imputados⁴¹.

En concreto, el OGH crea esta causa personal de exclusión de pena atendiendo a que gracias a la participación en los asesinatos masivos se logró salvar la vida de muchos otros enfermos mentales. En este sentido, considera que la exclusión personal de pena tiene lugar cuando se hayan dado ciertas condiciones: *“Debe ser seguro, con absoluta certeza, que el autor desaprueba según sus convicciones la acción de matar y que, por tanto, ha participado en ella exclusivamente para impedirlo con esfuerzos, para alterarla y limitarla”*⁴².

³⁴ ÍÑIGO CORROZA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, pp. 357-358. Justamente, entiende QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, art. 268, p. 1335-1336, que dejar afuera de la excusa a las parejas de hecho es una discriminación absurda que confronta con la Constitución.

³⁵ ÍÑIGO CORROZA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, pp. 357-358.

³⁶ STS (Sala de lo Críminal) de 26 de diciembre 1984; STS (Sala de lo Críminal) de 8 de junio 1983. Incluso la propia doctrina se había mostrada partidaria a una regulación restrictiva de la excusa, cfr. BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, n.m. 25ª, p. 45, *“la excusa absolutoria debería quedar reducida a simples sustracciones cometidas sobre cosas de escaso valor entre personas que viven formando una misma unidad familiar y patrimonial”*.

³⁷ STS n° 44/2003, Sala de lo Penal, de 3 abril.

³⁸ Ver pp. 274 y ss.

³⁹ MdR (1949), p. 372.

⁴⁰ Así, WELZEL, en MdR (1949), p. 374; SCHMIDT, en SJZ (1949), p. 566.

⁴¹ MdR (1949), p. 373.

⁴² MdR (1949), p. 373.

CAPÍTULO 5: LA ANALOGÍA EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

El principal defensor de esta sentencia fue Karl PETERS⁴³, quien aprobó en todos sus términos la decisión de excluir el castigo mediante la creación de una causa personal de exclusión de la pena y no a partir de otra eximente. La postura de este autor sólo puede comprenderse si se explicita que asume como premisa de su razonamiento un concepto de causa de exclusión personal de pena sumamente amplio. Un buen ejemplo de ello es que entiende que incluso los casos de interrupción del embarazo no deberían ser justificados por el estado de necesidad justificante suprallegal, sino que debería excluirse el castigo mediante una causa de exclusión de pena analógica⁴⁴.

La argumentación presentada por PETERS al momento de defender la solución del OGH no queda reducida a recalcar la idoneidad de crear judicialmente una causa de exclusión de pena. Además, profundiza en relación a la ventaja que tendría transitar este camino y no el del indulto. En este sentido entiende:

...entre una declaración de liberación de pena en un acto jurisprudencial y una promulgación penal en un acto administrativo existe una diferencia esencial. En el acto jurisprudencial se trata de una expiación justa, cuyas condiciones positivas y negativas y fundamentos deben determinarse con claridad. En el acto del indulto se trata de una renuncia a una solución justa...⁴⁵

También se preocupa PETERS por completar una parte del argumento que se echa en falta en la sentencia del OGH. Si bien no cabe dudar de que el reconocimiento de la excusa absolutoria tenga lugar por medio de la analogía, en el razonamiento del tribunal falta cualquier tipo de referencia a si en el caso se toma como base una excusa absolutoria reconocida por el legislador o algún principio institucional o general del Derecho. En este punto entiende el autor que la analogía se habría construido a partir de la disposición legal que regula el desistimiento de la tentativa⁴⁶. De ahí se deriva que —para PETERS— el OGH habría acudido a la analogía *legis in bonam partem* para liberar de pena a los médicos nazis.

Aquí sólo me limitaré a señalar que la solución acercada por PETERS es, en primer lugar, insatisfactoria desde un punto de vista dogmático. Como bien entienden WELZEL⁴⁷ y Eb. SCHMIDT⁴⁸, lo adecuado hubiese sido entender estos casos como verdaderas situaciones análogas al estado de necesidad exculpante que se configuran a partir de la idea de comunidad de peligro. Además, incluso cuando se diera crédito a la tesis de PETERS de ver aquí una exclusión de la punibilidad, el principio de legalidad prohibiría aquí recurrir a la analogía, dado que no existiría en las excusas absolutorias ninguna laguna axiológica que deba ser integrada.

C EL DESISTIMIENTO EN LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

Otro de los casos en los que la doctrina se mostró partidaria a extender por analogía una excusa absolutoria es el del desistimiento en la tentativa⁴⁹. Abundan referencias en relación a la posibilidad de hacer extensible la regulación del desistimiento de la tentativa a otros supuestos

⁴³ PETERS, en *JR (1949)*, pp. 496 y ss.; EL MISMO, en *JR (1950)*, pp. 742 y ss.

⁴⁴ PETERS, en *JR (1949)*, p. 498.

⁴⁵ PETERS, en *JR (1949)*, p. 499.

⁴⁶ PETERS, en *JR (1950)*, p. 745.

⁴⁷ WELZEL, en *MdR (1949)*, p. 374.

⁴⁸ SCHMIDT, en *SJZ (1949)*, p. 566.

⁴⁹ Bien conocida es por todos la polémica en torno a la ubicación sistemática del desistimiento. En este trabajo se opta por seguir el criterio mayoritario de la Ciencia penal germana, también seguido por algunos autores españoles, de considerar al desistimiento como una causa de levantamiento de pena o excusa absolutoria. Considerando al desistimiento una excusa absolutoria posterior a la comisión del delito (o causa de levantamiento de pena), JESCHECK/WEIGEND, *AT*², p. 553; MAURACH/GÖSSEL, *AT*², II, § 41, n.m. 1, p. 55; PETERS, en *JR (1950)*, p. 745; EL MISMO, en *JR (1949)*, p. 498; *Schönke/Schröder*²⁷-ESER, § 24, n.m. 4; NK²/ZACZYK, § 24, n.m. 6; NK²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 303; LACKNER/KÜHL²⁵, § 24, n.m. 1; FARALDO CABANA, *Las causas*, pp. 61 y ss., ofreciendo sólidos argumentos; HIGUERA GUIMERA, *Las excusas*, p. 108; MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal*², pp. 574-575; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 406; JIMÉNEZ DÍAZ, en *Comentario*, Art. 16, p. 803. Contrarios a esta tesis, BLOY, en *JuS (1993)* 5, p. L 36; ROXIN, *AT*, II, § 30, nm. 29, pp. 487-488; SK-RUDOLPHI, § 24, n.m. 6; JAKOBS, *AT*², Ap. 10, n.m. 21, p. 345; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento*, pp. 245, 267 y ss.

similares, en especial, a los actos preparatorios y, en menor medida, a las tentativas calificadas por el resultado⁵⁰.

La doctrina mayoritaria entiende conveniente extender los efectos liberadores de pena del desistimiento de la tentativa a los actos preparatorios⁵¹. Según esta opinión, la regulación legal del desistimiento solamente abarcaría los casos de tentativa, con lo que dejaría fuera del ámbito regulatorio de la norma los actos preparatorios⁵². Conforme a la literalidad del art. 16. 2º CP y del § 24 StGB solamente se excluiría el castigo en casos de desistimiento de tentativas punibles, de modo que los desistimientos de los actos preparatorios seguirían siendo punibles. Esta consecuencia, que al juzgar de la doctrina dominante sería insatisfactoria, debería ser rectificada mediante la creación judicial de una excusa absolutoria que extienda los efectos del desistimiento de la tentativa a los actos preparatorios.

Precisamente, entiende ANGERER⁵³, en una reciente monografía sobre el desistimiento en los actos preparatorios, que el § 24 no encuentra directa aplicación en el estadio de la preparación del delito y por esta razón debe el juez acudir a la analogía⁵⁴. El mecanismo al que se recurre para integrar esta laguna axiológica que se produce en relación a los actos preparatorios intentados sería la analogía *legis in bonam partem*. El juez, al momento de crear la norma, tomaría como base la disposición legal del desistimiento de la tentativa y crearía la excusa tomando como molde esta norma y se valdría de su *ratio legis* para fundamentar la analogía.

Para MIR PUIG la extensión analógica del desistimiento a los actos preparatorio debe ser aceptada pero no a cualquier coste, por lo que sólo debería acudirse aquí a la analogía bajo ciertas condiciones. En este sentido señala que “[p]ara que el desistimiento de los actos preparatorios punibles merezca la impunidad tendrá que ser activo, de manera que contrarreste el peligro creado: deberá suponer la retirada completa de la aportación al hecho”⁵⁵. De esta tesis es posible derivar que la creación analógica de una nueva excusa absolutoria en el ámbito de la preparación del delito no sería completamente libre sino que quedaría sujeta a algunos requisitos que hagan la solución del caso dogmáticamente viable.

Sin embargo, no me parece acertado admitir que los efectos liberadores de pena reconocidos por el legislador exclusivamente para la tentativa puedan ser extendidos por analogía al estadio de la preparación. Incluso cuando su admisión es defendida por la línea doctrinal claramente dominante, entiendo que no se considera suficientemente el carácter excepcional de esta disposición. Cuando el legislador ha previsto la impunidad para las tentativas desistidas, lo ha hecho desechando expresamente la posibilidad de que los actos preparatorios merezcan la liberación de pena en caso de desistimiento. La decisión liberadora de pena adoptada por el legislador en el art. 16 CP tiene carácter excepcional y no le es posible al juez extenderla a otros supuestos similares, sin confrontar con la voluntad de la ley⁵⁶.

FARALDO CABANA también rechaza la posibilidad de extender por analogía el desistimiento⁵⁷. Sin embargo, ello no lo hace a partir de entender que el art. 16 2. CP tiene un carácter excepcional y que solamente está destinado a regular con exclusividad las tentativas desistidas. En realidad, sus argumentos apuntan en la dirección marcada por el art. 4 CP que prohibiría absolutamente el recurso a cualquier tipo de analogía en el Derecho penal español. Como quedó demostrado en el primer capítulo, este argumento carece de todo peso.

⁵⁰ Recientemente, estudia las implicaciones de la prohibición de la analogía en el desistimiento de la tentativa, STRENG, *Wilfried KÜPER-FS*, pp. 639 y ss. Este autor analiza la posibilidad de hacer extensiva la regulación del desistimiento a tentativas de delitos cualificados por el resultado. Sin embargo, entiende que aquí no se recurriría a la analogía dado que, según el mismo tenor literal del § 24, se comprenderían también a estas tentativas dentro de este precepto legal.

⁵¹ JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 548; ANGERER, *Rücktritt*, p. 250; *Schönke/Schröder*²⁷-ESER, § 24, n.m. 80; MÜLLER-HERZBERG, § 24, n.m. 216; MIR PUIG, *PG*, nn.mm. 110, pp. 360-361; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 148; CEREZO MIR, *PG*, I, pp. 173-174; HIGUERA GUIMERA, *Las excusas*, pp. 177-178; JIMÉNEZ DÍAZ, en *Comentario*, Art. 16, p. 806.

⁵² Sin embargo, entiende LK/LILIE/ALBRECHT, § 24, n.m. 250, que el § 24 2. StGB abarcaría también a los actos preparatorios, de manera que no sería necesario acudir a la analogía, dado que no habría ninguna laguna que deba ser integrada.

⁵³ ANGERER, *Rücktritt*, p. 250.

⁵⁴ Entiende igualmente SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 148, que el CP de 1995 tampoco alcanza en su art. 16 a los actos preparatorios, dado que conecta todo desistimiento relevante a un inicio de ejecución. En términos similares, aunque caracterizando la situación alemana, LACKNER/KÜHL²⁵, § 24, n.m. 28.

⁵⁵ MIR PUIG, *PG*, n.m. 110, p. 361.

⁵⁶ Volveré al respecto con más profundidad al momento de aportar argumentos en contra de la analogía *in bonam partem* en las excusas absolutorias.

⁵⁷ FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 199, nota 40.

III FUNDAMENTOS DE LA EXCLUSIÓN DE LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

A INTRODUCCIÓN

Tanto en el primer capítulo —al analizar las exigencias del principio de legalidad en las eximentes y atenuantes— como en el desarrollo del presente, he enfatizado que la analogía *in bonam partem* no puede desempeñar ningún papel en las excusas absolutorias. La prohibición de analogía derivada del principio de legalidad debía ser maleable a las finales del Derecho penal, lo cual impedía que la prohibición pueda ser suprimida cuando los fines garantísticos y preventivos del Derecho penal pudiesen verse severamente afectados. Ello justifica que sea inadmisibile crear por analogía nuevos tipos penales, circunstancias agravantes y excusas absolutorias.

La principal razón del mantenimiento de la prohibición de analogía en este terreno tiene que ver, a mi modo de ver, con el carácter excepcional de estas normas jurídicas. Tanto los tipos y las agravantes como las excusas absolutorias tienen en el Derecho penal un carácter excepcional. Precisamente, en lo que sigue intentaré profundizar los argumentos en relación al carácter excepcional de las excusas absolutorias tomando como punto de apoyo los fundamentos políticos y jurídico-penales de esta institución. Además intentaré mostrar las amplias analogías que existen entre estas eximentes y los tipos penales frente a las exigencias del principio de legalidad. En especial, estas analogías serán trazadas a partir de los fines orientadores del Derecho penal y que, trasladados al principio de legalidad, dotan a éste de una perspectiva teleológica.

B EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS FRENTE A LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS SIMILITUDES CON LOS TIPOS PENALES

1. Puede sonar un tanto raro afirmar que existen simetrías relevantes entre los tipos penales y las excusas absolutorias. La principal extrañeza radica en su divergente naturaleza y en los fines que ambas figuras tienen en el Derecho penal. Los tipos penales tienen como principal cometido proteger los bienes jurídicos más importantes a partir de generar desincentivos frente a potenciales atentados contra ellos. En cambio, las excusas absolutorias buscan excluir la responsabilidad penal de una acción típica, antijurídica y culpable atendiendo principalmente a las necesidades de pena. Puede verse así que, mientras que los tipos limitan el ámbito de libertad general de las personas, las excusas absolutorias lo amplían.

Sin embargo, entiendo que estas pronunciadas divergencias no deben hacernos pasar por alto un punto en común que existe entre ambas figuras y que tiene directas consecuencias en las exigencias de legalidad. En concreto, tanto los tipos penales y las agravantes como las excusas absolutorias tendrán dentro del sistema jurídico-penal un carácter *excepcional*⁵⁸. Cabe ahora precisar en qué sentido ambas instituciones jurídicas son *excepcionales*.

2. La naturaleza *excepcional* de los tipos penales no parece ser muy difícil de comprender. Uno de los axiomas que inspira a cualquier ordenamiento jurídico liberal es que el Derecho es una herramienta al servicio del aseguramiento de la libertad y del mejoramiento de las condiciones de su ejercicio. En este sentido, cualquier restricción de la libertad debería ser vista como una medida que excepciona a este axioma inspirador del Derecho⁵⁹. Ello se percibe con mayor claridad cuando se atiende a que el Derecho penal representa la intervención más aguda del Derecho en los intereses de los ciudadanos. Así, toda amenaza de pena y su imposición tendrán un carácter marcadamente excepcional.

⁵⁸ Haciendo una exhaustiva e interesante investigación sobre las normas excepcionales en el Derecho penal, VASSALLI, *Limiti*, pp. 74 y ss.

⁵⁹ Sin embargo, contrario a reconocerle una naturaleza excepcional a los tipos penales, VASSALLI, *Limiti*, pp. 71-72.

La excepcionalidad de las disposiciones restrictivas de libertad tiene consecuencias manifiestas de caras a la legalidad. El sistema penal no podría tolerar que estas disposiciones puedan ser extendidas libremente por el aplicador del Derecho, ni tampoco que le den a éste un margen muy amplio de maniobra. De las tres finalidades que entiendo persigue el Derecho penal, seguramente primará en relación a los tipos penales la correspondiente a la *reducción del ius puniendi*. Justamente, a partir de asegurar que la restricción de la libertad no se extienda a otros supuestos no regulados legalmente, evita la injerencia del Derecho penal en ámbitos de libertad que el legislador no había gravado con la amenaza de pena. De este modo se evita que la restricción de la libertad deje de ser una mera excepción y pase a conformarse en la regla del sistema. A partir de ahí se explica que el legislador se encuentre obligado a redactar taxativamente los tipos penales y prohíba su aplicación a casos análogos, pero no comprendidos dentro de su tenor literal.

Si bien en relación a la creación, interpretación y aplicación de los tipos penales prevalece una orientación al fin jurídico-penal de reducir el *ius puniendi*, conviene hacer algunas concesiones a otras finalidades, de tal modo que se posibilite la conciliación entre las perspectivas garantistas y preventivas del Derecho penal. Justamente, la atención a los fines de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos* y de *ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales* aconseja menguar las exigencias, especialmente, en la confección e interpretación de los tipos penales⁶⁰.

Si el legislador orientara su tarea únicamente al fin de reducir el *ius puniendi* debería recurrir a una legislación excesivamente casuística. Por un lado, ello llevaría a poner en cuestión la misma idea de la legislación, caracterizada por regulación de conductas no “cara a cara”, sino a partir de la abstracción y la generalidad moderada; así cualquier Código penal se vería saturado de disposiciones legales⁶¹. Pero, por otra parte, aumentarían significativamente las posibilidades de que algunos comportamientos que atentan gravemente contra bienes jurídicos no sean castigados⁶². En este caso, el ofrecimiento de incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos y para la reducción de la violencia informal se vería agudamente afectado. Por esta razón, entiendo que se acepta el recurso a ciertos elementos normativos y cláusulas generales en la regulación de las acciones, la introducción de leyes penales en blanco y al establecimiento de un marco penal y no de una pena fija⁶³. Esto último permite ver que en los tipos la cuestión tampoco debe reducirse a la neutralización absoluta de la *sobreinclusión* de casos⁶⁴.

3. La excepcionalidad de las excusas absolutorias no es tan evidente como sucede en el caso de los tipos penales⁶⁵. Si lo que indica la excepcionalidad del tipo es que importa una restricción de la libertad, este argumento no funciona en relación a las excusas absolutorias, dado que aquí, al contrario, se amplían los espacios de libertad del destinatario de la prohibición o del mandato. Sin embargo, algunos autores también han destacado el papel excepcional de las excusas absolutorias —aunque sin derivar consecuencias prácticas de ello— al considerar que se trata de una *“especial excepción personal”* que se concede al autor de un hecho antijurídico y culpable⁶⁶. A mi entender, puede constatarse el carácter excepcional de las excusas absolutorias desde una doble perspectiva: una perspectiva *política* y otra perspectiva de naturaleza *dogmática*.

Desde una perspectiva *política* debe decirse que cuando se produce la incorporación de las excusas absolutorias a la legislación penal no puede decirse, a diferencia de lo que sucede con las

⁶⁰ Esta conexión de la incriminación penal con las diversas finalidades del Derecho penal vendría a evidenciar, a su vez, la naturaleza jurídico-penal de la norma primaria. Abogando por la naturaleza penal de la norma primaria, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 323.

⁶¹ A esta altura parecería lógico pensar, que el sistema penal se encontraría con dos alternativas igualmente discutibles: entre plegarse a una inflación normativa de leyes extremadamente determinadas y reducir así el ámbito de decisión del juez; o bien optar por la existencia de un número menor de leyes —aunque de carácter general— en las que el juez detente un ámbito de mayor libertad en su decisión. Cfr. FERRERES COMELLA, *El principio*, pp. 37-38.

⁶² FERRERES COMELLA, *El principio*, p. 36; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, pp. 128-129; CEREZO MIR, *PC*⁵, I, p. 169.

⁶³ En atención al principio de proporcionalidad, el legislador establece un máximo y un mínimo, con motivo de que *“la medida de la incertidumbre sobre las consecuencias jurídicas de ningún modo es en Derecho penal más pequeña que la del presupuesto jurídico”*, cfr. LAMPE, *Strafphilosophie*, p. 42. De este modo, el legislador también debería estatuir la entidad que tendrá la respuesta punitiva adecuada, pero dejando, lógicamente, un margen de apreciación al juez para determinar la pena correspondiente al caso sometido a enjuiciamiento, cfr. JOST, en *Revue Penale Suisse (1950)*, pp. 358-359. Por esta razón se dice que el axioma *nulla poena sine lege* es la consecuencia *justa* del principio *nullum crimen sine lege*, cfr. LAMPE, *Strafphilosophie*, p. 43.

⁶⁴ Destacando también esta idea, MORESO, en *Doxa (2001)* 24, p. 534.

⁶⁵ Reconociendo a las excusas absolutorias un carácter excepcional, VASSALLI, *Limiti*, p. 85.

⁶⁶ JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 552.

CAPÍTULO 5: LA ANALOGÍA EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

restantes eximentes, que se haya producido una institucionalización acorde con las expectativas sociales⁶⁷. Con anterioridad se veía que cabe la posibilidad de entender que la sociedad no guarda expectativas de que un demente sea interpelado por la norma penal ni que una persona que actúa en un contexto de necesidad deba ser responsabilizada penalmente. Aquí el legislador, cristaliza estas expectativas y reconoce causas de inimputabilidad y causas de justificación.

Por el contrario, la institucionalización jurídico-penal que se produce en las excusas absolutorias tiene un sentido contrario al de los estándares sociales en los que se apoyan las expectativas de conducta. Por ejemplo, creo que respecto al comportamiento de un hermano u otro familiar cercano, la sociedad conserva la expectativa de que el mismo se mantenga fiel a su rol de tal y asuma las atribuciones y los deberes implicados en ese rol⁶⁸. Precisamente, entre las atribuciones no se comprende la posibilidad de atentar contra la propiedad de su ascendiente o descendiente. En cambio, aquí el legislador opta por renunciar a la imposición de una pena (art. 268. 1 CP). En igual sentido, sería posible entender que no convendría cuestionar la vigencia de la expectativa social de que el ciudadano se mantenga firme en su rol de contribuyente y no se desligue de modo relevante de sus obligaciones tributarias. Pese a ello, el legislador dispone la concesión de una excusa absolutoria en ciertos casos (art. 305. 4 CP)⁶⁹.

La pregunta que entonces parece obligada es la referida a las razones que llevan al Derecho penal a no tutelar las expectativas configuradas por los estándares sociales y, sobre todo, con qué legitimidad es que puede el Estado apartarse de ellas. A mi modo de ver no puede pasar inadvertido que el proceso de institucionalización de las expectativas sociales tiene en algunas etapas fuertes tonos *deontológicos*, más que *consecuencialistas*. Entiendo que ello sucede principalmente en la *fase prejurídica* del control social⁷⁰. En este sentido, una estandarización *correcta* de las conductas aprobadas y desaprobadas no es aquella que obtiene resultados sociales más óptimos, sino aquella que se conforma a las expectativas sociales, las cuáles son, en definitiva, las que establecen qué comportamientos merecen la censura *social*. Aquí no se analiza si tolerar o reprobar una determinada conducta tiene consecuencias favorables o desfavorables para toda la sociedad; sólo se considera si el comportamiento es prescripto o prohibido, conforme a los parámetros morales del colectivo social.

Las incidencias sociales de las prescripciones y prohibiciones derivadas de las expectativas se consideran principalmente cuando interviene el Estado por medio del Derecho. Justamente, en las institucionalizaciones que tienen lugar con el Derecho se analizan los costes y beneficios sociales de concretas políticas legislativas. Entiendo que lo habitual es que esta institucionalización que lleva a cabo el Derecho tenga como condición necesaria —aunque no suficiente— a las institucionalizaciones logradas a partir de una perspectiva *deontológica*. En consecuencia, convendría incorporar una visión general de los intereses de la sociedad como conjunto, pero ante todo, el análisis de la incidencia social genérica que tiene la concreta decisión legislativa.

Podría entenderse que el Estado, como administrador legitimado para gestionar los intereses de la comunidad, tiene esa visión de conjunto que le permite percibir las repercusiones que una medida tendrá respecto al resto de los intereses sociales. Desde esta perspectiva, el Estado podría adoptar decisiones legislativas que vayan en contra de las expectativas sociales, cuando sólo así se alcancen resultados sociales más satisfactorios. A todo esto subyace la idea de que un sistema jurídico rígido que no permita apartarse de las expectativas sociales aumentan las posibilidades de que se llegue a soluciones desaconsejables socialmente. Solamente el rechazo de la dimensión deontológica desde esta perspectiva consecuencialista hace posible salvar la respuesta adecuada para estos casos. Vistas las cosas de este modo, estaría justificado apartarse de lo que el decálogo deontológico de la sociedad exige en aras de alcanzar resultados sociales más valiosos. Creo que esta fundamentación genérica de

⁶⁷ Siguiendo una fundamentación política también para excluir la analogía en las excusas absolutorias, aunque en términos diferentes a los seguidos aquí, VASSALLI, *Límiti*, pp. 137 y ss.

⁶⁸ A mi modo de ver, la expectativa de que entre los parientes no se agredieran patrimonialmente podría entreverse en la decisión que toma el legislador alemán al momento de derogar el § 247 II RStGB, una disposición similar a la de la excusa absolutoria del art. 268 CP, en cuanto habría pretendido retornar a las percepciones sociales, cfr. BLOY, *Die dogmatische*, pp. 89-90. De otra opinión, HIGUERA GUIMERA, *Las excusas*, p. 68, “la colectividad no se escandalizaría por la impunidad porque la sociedad, a mi juicio, no exigiría el castigo en los supuestos en que se da una excusa absolutoria. La sociedad no se vería defraudada”

⁶⁹ Reconociendo que pueden producirse institucionalizaciones que discrepen con las expectativas sociales, FRISCH, en *El sistema*, p. 206, “...no se está afirmando que el injusto en sentido amplio no pueda abarcar también otra clase de conductas que discrepen de las expectativas jurídicas...”, pese a lo cual, creo que ello no debe mantenerse en la criminalización de comportamientos, al no concordar con el concepto material de delito.

⁷⁰ Respecto a esta instancia del control social, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 2.

las excusas absolutorias resalta lo que desde largo tiempo enfatiza la doctrina y es que en este terreno dominan claramente las consideraciones de necesidad de pena antes que las del merecimiento de pena⁷¹. Dicho esto último, una regulación legal de los supuestos de levantamiento de pena será *correcta* en la medida en que con ella se hayan maximizado los intereses de la sociedad.

Así, por ejemplo, el castigo a un sujeto que ha hurtado o defraudado a su padre, si bien podría representar la estabilización de una expectativa defraudada, afecta severamente los lazos familiares ya sensibles con la comisión del injusto. Aquí el Estado busca mantener la institución familiar al margen de las consecuencias contraproducentes que se derivarían de ventilar este tipo de cuestiones en un proceso penal y que acabe con la imposición de una pena. El Estado entendería que la familia es una institución que tiene un rol fundamental en el entretejido social y, por esta razón, busca protegerla. Se entendería que los perjuicios sociales de la impunidad serían menores que si la institución familiar fuese profundamente afectada, a pesar de haberse defraudado una expectativa y de que se hubiesen afectado intereses patrimoniales ajenos. Si bien el castigo de estos atentados intra-familiares contra el patrimonio podría ser un medio idóneo para que el Derecho penal alcance la finalidad de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos*, en caso de hacerse un balance general creo que sería posible negar esta suposición. En realidad, creo que el castigo facilitaría el desmenbramiento de una institución que, como es caso de la familia, desempeña una labor destacada en el control social y en el ofrecimiento de incentivos para no atentar contra derechos ajenos.

La relevancia de la dimensión consecuencialista se ve aún más clara cuando se analiza la excusa absolutoria recogida en el art. 305 4. CP, que excluye la pena correspondiente al delito de defraudación tributaria en caso de regularización de la situación tributaria. Aquí el legislador penal se aparta manifiestamente de lo que cualquier ciudadano podría esperar de la conducta de todo contribuyente. Sin embargo, la exclusión del castigo en estos casos toma como razón que la sociedad en su conjunto se vería beneficiada con la regularización de la situación tributaria. El Estado contaría con más fondos para invertir en políticas públicas, por ejemplo⁷².

Debe agregarse también que estas decisiones estatales contrarias a las expectativas sociales y que priorizan metas transindividuales podrían verse como algo excepcional, dado que el ejercicio de la potestad de castigar se legitima en un Estado de Derecho liberal y democrático. En consecuencia, así como la restricción de la libertad mediante la amenaza e imposición de la pena es una medida excepcional respecto a la libertad general, las excusas absolutorias también constituyen una medida de igual carácter, respecto a la coincidencia entre las expectativas sociales y la institucionalización de las mismas. Llevado esto último al nivel de los fines del Derecho penal, la inobservancia del carácter excepcional de las excusas absolutorias importaría un importante obstáculo a la consecución del fin de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos*.

La excepcionalidad que se predica de las excusas absolutorias también puede fundamentarse desde una perspectiva *dogmática*. Desde esta óptica, la consideración de los fundamentos de la moderna teoría del delito permite vislumbrar cómo todas aquellas circunstancias que conforman la faz negativa de la punibilidad sólo aparecen excepcionalmente para excluir el castigo.

Conviene partir de la base de que la configuración del sistema de responsabilidad jurídico-penal se rige por el principio de responsabilidad personal, lo cual importa que los juicios sobre el castigo o la exclusión de éste se configuran tomando como referencia al hecho típico cometido y a la disposición anímica del sujeto. Estas dos ideas no representan otra cosa más que una evolución de la dogmática jurídico-penal hacia un sistema de imputación que se desprende de la culpabilidad por la conducción de la vida y se asienta en los axiomas de la responsabilidad individual y la responsabilidad por el hecho.

⁷¹ BLOY, *Die dogmatische*, pp. 239 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*², p. 552. Ello se derivaría también de las ideas expuestas por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 407-408, pese a enfatizar las dificultades que presenta asentar la distinción de los ámbitos de las normas primarias y las normas secundarias en los criterios de merecimiento y necesidad de pena. Próximo a esta tesis, RUDOLPHI, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 93.

⁷² A mi modo de ver, IGLESIAS RÍOS, *La regularización*, pp. 199 y ss. adopta igualmente una perspectiva consecuencialista respecto a la explicación de esta causa personal de levantamiento de pena, al considerarla como un estímulo tanto para elevar el nivel de la conciencia fiscal en la población, como para facilitar el retorno a la legalidad. Según entiendo, la fundamentación consecuencialista de esta excusa absolutoria no se encuentra para este autor en los beneficios económicos que traería para el Estado dejar impune estos hechos, sino en los beneficios sociales que reporta elevar la conciencia fiscal y facilitar el retorno a la legalidad. Lo fundamental, entonces, no sería si la regularización de la situación tributaria es *debida* o no, según algún código deontológico; lo fundamental sería considerar si con la regularización se logra facilitar el retorno a la legalidad o elevar la conciencia fiscal.

CAPÍTULO 5: LA ANALOGÍA EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Justamente estos axiomas, acompañados del principio de culpabilidad, conforman los cimientos de cualquier teoría de la imputación pretendidamente justa.

Entiendo que este marco conceptual permite concluir que los criterios que ayudan a configurar la exclusión de la antijuridicidad y la culpabilidad toman apoyo principalmente en el hecho cometido y en la disposición anímica del autor, cristalizada en el hecho. En cambio, las excusas absolutorias atienden solamente a la conveniencia social de la aplicación de una pena, y de ahí que entienda que estas causas se estructuran sobre la noción de necesidad de pena⁷³. Lo último significa que la configuración de la exclusión de la punibilidad se aleja del punto de apoyo de la construcción teórica que representa el hecho y la culpabilidad del autor. Vemos así que en un sistema que prioriza la creación de reglas de imputación justas —*más que útiles para la sociedad*— debería considerar siempre como excepcionales aquellas normas cuya existencia obedezca a puras razones consecuencialistas. Solamente podría recurrirse a puros criterios de conveniencia o utilidad para excluir la pena en supuestos verdaderamente excepcionales.

4. En lo que al principio de legalidad respecta, la correspondencia entre el tipo y las causas de exclusión de la punibilidad tiene importantes connotaciones. Una de las razones por las cuales se exigía un muy alto nivel de taxatividad en los tipos y se prohibía su aplicación analógica, era que la restricción de la autonomía individual es de carácter excepcional y, en consecuencia, no debía extenderse de caso en caso⁷⁴. Además el incumplimiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad acabaría afectando el fin de *reducir el ius puniendi*, gracias al establecimiento de garantías que limitan la injerencia del Estado.

Algo similar sucede con las excusas absolutorias, aunque por razones diferentes. El Estado intenta receptor las visiones que tiene la ciudadanía para lograr influir en sus comportamientos, mostrando que cada conducta tiene un coste. No obstante, las excusas absolutorias —que importarían el alejamiento de una fundamentación democrática—, se asumen como una excepción que permite la *ampliación de ámbitos de libertad no condicionados con la amenaza de pena*. Además, consideraría el legislador que los costes que podrían suscitarse respecto a la perspectiva desincentivadora de comportamientos antijurídicos y que buscan reducir la violencia informal, serían sufragados por otros ámbitos de control social.

Con todo, de abogarse por una tendencia expansiva de las excusas absolutorias se devaluarían en determinados ámbitos delictivos los costes impuestos a las conductas que atentan contra los bienes jurídicos. Del mismo modo, sería la situación más propicia a que la sociedad o ciertos ámbitos afectados por el injusto opten por las vías de hecho para estabilizar la expectativa defraudada. En igual sentido, no podría dudarse de la afectación que además supondría para el principio de legalidad en su raíz del Estado de Derecho, en la medida que olvidaría el fundamento democrático que el mismo todavía conserva.

Por todo ello parece razonable pensar que respecto a las causas que excluyen la punibilidad no puede hablarse de una pretensión de evitar la *infrainclusión* de la norma como sucedía con las restantes eximentes. Su motivo radica en considerar como excepcionales tales medidas, al estar destinadas a reglar tan sólo los grupos de casos expresamente establecidos por la concreta excusa absolutoria. Para evitar una *sobreinclusión* de las causas de exclusión de punibilidad deberá ser necesario requerir un nivel alto de taxatividad similar al exigido en la redacción de los tipos penales.

Por iguales razones, este criterio restrictivo debería ser extensible en relación a la prohibición de analogía. Del mismo modo que sucede con los tipos legales, el veto a la analogía mantiene plena vigencia en el ámbito de las excusas absolutorias⁷⁵. En consecuencia, no cabría en ningún caso

⁷³ Cfr. SCCos 1/1956, “Pero también la ratio de las mismas causas es, en general, de mera oportunidad: no concierne, de hecho, en regla, al interés específico (c.d. “interno”) lesionado por el hecho constitutivo de delito. A tal ratio (que tutela el c.d. interés “externo” al delito) no son, por lo tanto, reconducibles hipótesis no previstas por la ley que concede el beneficio”.

⁷⁴ DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale* (1936), p. 610.

⁷⁵ En este sentido, VASSALLI, *Limiti*, pp. 136 y ss.; MANTOVANI, *PG*³, p. 77; EL MISMO, *Principi*², p. 26; DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale* (1936), p. 610-611, quien cree que el carácter excepcional de las circunstancias excluyentes de pena amerita la proscripción de la analogía; en cambio, cree perfectamente posible admitir la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación y de exculpación; CREUS, *PG*³, § 64, p. 62, quien incluso distingue entre «excusas amplias» —a saber, causas de justificación y de exculpación— en las que la analogía sería admisible, mientras que respecto a las que denomina excusas de «pura impunidad» la analogía estaría proscripita; DE QUEIROZ, en *Separado del n° VII de “Archivos do Ministerio de Justiça e Negócios*

postular la posibilidad de aplicar analógicamente las disposiciones excluyentes de pena, sea mediante la analogía *legis*, la analogía *institutionis* o la analogía *iuris in bonam partem*⁷⁶. La exclusión de la analogía *in bonam partem* en las excusas absolutorias se debe a que su carácter excepcional haría imposible considerar que el legislador habría dejado sin regular algunos supuestos, cuya impunidad habría deseado mediante este privilegio liberador de pena. Ello quiere decir que no existiría ninguna laguna axiológica que afecte casos genéricos similares a los excusados de pena. Toda aquella pretensión de extender por la vía de la analogía *in bonam partem* dichas excusas debe rechazarse por infringir las exigencias impuestas por el principio de legalidad.

Debe destacarse igualmente que la vigencia sin restricciones del principio de legalidad en las excusas absolutorias lleva a rechazar cualquier tipo de restricción judicial de su ámbito de vigencia⁷⁷. Del mismo modo que no sería admisible extender por analogía la regulación de esta norma a otros supuestos análogos, tampoco cabría excluir por vía judicial casos que habían sido incluidos claramente por el legislador. Pese a que se ha restado importancia en la doctrina a las restricciones indirectas de la punibilidad que se produciría al limitar el ámbito de las eximentes, desde la perspectiva asumida en este trabajo deben rechazarse tales restricciones, por importar en cualquier caso una ampliación judicial del poder punitivo. De este modo, se infringiría el principio de legalidad al verse frustrada la finalidad de reducir el *ius puniendi*.

C INEXISTENCIA DE LAGUNAS AXIOLÓGICAS EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

En la argumentación seguida hasta aquí se han expuesto las razones por cuáles sería conveniente interpretar las excusas absolutorias como disposiciones jurídicas excepcionales. Dada su excepcionalidad, el aplicador del Derecho debería sujetarse estrictamente a lo dispuesto por el legislador en el Código penal. A partir de ahora intentaré desarrollar las consecuencias que se derivan de concebir a las excusas absolutorias como normas excepcionales y que llevan principalmente a negar la posibilidad de recurrir a la analogía *in bonam partem*.

A lo largo del trabajo he insistido en que uno de los presupuestos fundamentales de la analogía *in bonam partem* es la existencia de lagunas axiológicas que afecten algún caso genérico. Sólo a partir de la existencia de una tal laguna se presentará la necesidad de integrarla mediante el recurso a la analogía. Ello implica que si un caso genérico no se ve afectado por alguna laguna axiológica, no será posible ni necesario acudir a la analogía. En estos casos no sería necesario integrar el Derecho penal.

Semejantes situaciones se presentan especialmente cuando el caso genérico es correctamente resuelto por la ley penal —y, por ende, no existe ninguna contraposición entre la tesis y la hipótesis de relevancia— o bien, cuando la norma que se analiza, por su carácter excepcional, debe ser interpretada en sentido excluyente. En este último caso el desacuerdo que pueda existir entre lo que dispone el legislador y lo que estima correcto el juez, en cuanto a la solución de los casos, no es más que un mero desacuerdo valorativo. Aquí no se habría producido una desatención del legislador que le haría dejar afuera del ámbito de la norma a casos que merecerían ser alcanzados por ella. Por esta razón se habla en estos supuestos de desacuerdos valorativos *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*. Esto último es justamente lo que sucede respecto a las excusas absolutorias.

La decisión del legislador de no considerar aplicable la excusa absoluta de parentesco a las parejas que viven en relación análoga al matrimonio no podría ser rechazada por el juez, salvo que sea

interiores”, p. 21, por tratarse de excepciones a reglas generales, casos en los cuáles la Ley de Introducción al Código Civil brasileño prohibía el recurso a la analogía.

⁷⁶ Admite, sin embargo, el recurso a la analogía en las excusas absolutorias, *Schönke/Schröder*²⁷-ESER, § 1, n.m. 31; GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, p. 94; HIGUERA GUIMERA, *Las excusas*, pp. 118-119; GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 67-68, quien admite que se aplique por analogía *in bonam partem* la excusa absoluta del antiguo art. 563 bis CP referida a la efectivización del cheque al descubierto sin fondos. Este precepto solamente incluía al librador. En cambio GRACIA la extiende a otras personas. Así señala: “la excusa alcanzará a todo sujeto que habiendo realizado el delito, hiciere efectivo el pago él mismo. Se aplicará la excusa por analogía *in bonam partem*, según lo que digo, al tomador que habiéndolo entregado a sabiendas de su falta de cobertura, hiciere efectivo el importe él mismo. Por la misma razón se aplicará la excusa por analogía *in bonam partem* al actuante en lugar de otro que habiendo realizado el delito, hiciere efectivo el importe él mismo...”

⁷⁷ JORDANA DE POZAS, en *Código penal*, art. 268, p. 2938; AAVV, *Código penal*, p. 1045. Lo mismo ha sostenido el TS en sus sentencias del 28 febrero 1927, del 25 enero 1955; 1 marzo 1956 y del 10 febrero 1973; 18 junio 1977.

CAPÍTULO 5: LA ANALOGÍA EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

inconstitucional. El juez no podría considerar que el legislador habría incurrido en un descuido y que de haber tenido presente esta situación, habría considerado relevante la propiedad de la convivencia de hecho a los efectos de la excusa. Justamente, dado que esta norma tiene un carácter excepcional, debe entenderse que el legislador no habría incurrido en ningún descuido que lo llevara a privar del privilegio de la liberación de pena a las parejas de hecho. En realidad, el legislador habría querido conceder el levantamiento de pena exclusivamente para los casos previstos por la ley y habría rechazado implícitamente su extensión a situaciones similares.

Algo similar, por ejemplo, puede señalarse en relación a la excusa absolutoria de regularización de la situación tributaria recogida en el art. 305 4. CP. El legislador estima relevante para liberar de pena la temporalidad de la regularización. En este sentido, la regularización debe tener lugar antes de que la Administración tributaria haya notificado la iniciación de las actuaciones de comprobación o de que otras autoridades interpongan querrela o denuncia contra el infractor, etc. En un caso en el que esta propiedad está ausente pero concurre otra, como podría ser el reintegro de un monto sumamente elevado, no podría extenderse por analogía la disposición excusante. No podría entenderse que el legislador habría dejado fuera de la regulación a estos casos fruto de una desatención. En realidad, el legislador sólo habría considerado relevantes a los efectos de excluir la pena aquellas propiedades contenidas en el art. 305 4. CP y habría considerado irrelevante toda otra propiedad⁷⁸. Por consiguiente, se iría en contra del mismo espíritu de la ley si se intentara extender la excusa a casos distintos de los regulados.

Estos ejemplos ayudan a clarificar que todas aquellas propiedades distintas de las reconocidas expresamente por el legislador serán indefectiblemente irrelevantes en cualquier caso. En estas situaciones, la confrontación entre la tesis de relevancia del legislador y la hipótesis de relevancia del juez no dará lugar a una laguna axiológica que deba integrarse a través de la analogía *in bonam partem*. La no aceptación de la tesis de relevancia por parte del juez, más que constituir un intento de conciliar la solución de los casos con el verdadero espíritu de la legislación, constituye una sublevación frente al Derecho. Las excusas absolutorias deberían ser interpretadas como bicondicionales, de manera que las normas estarían destinadas a regular exclusivamente los casos previstos por el legislador y no otros. Objetar la decisión del legislador no supone reconocer una laguna axiológica sino un desacuerdo valorativo *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*.

Vistas así las cosas, los casos conflictivos planteados en relación a la excusa de parentesco y de regularización de la situación tributaria —al igual que muchos otros que pueden plantearse con motivo de otras excusas absolutorias— no se verían afectados por una laguna axiológica que deba ser integrada por la analogía *in bonam partem*. Solamente se tratarán de desacuerdos valorativos que, como tales, son absolutamente irrelevantes para la integración del Derecho penal. Dado que no puede aceptarse que existan lagunas axiológicas respecto a la regulación de las excusas absolutorias, debe enfatizarse que falta un requisito fundamental para que pueda acudir a la analogía *in bonam partem*.

D LA IMPOSIBILIDAD DE RECURRIR A LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Los resultados a los que se llegaba en el apartado anterior permitían concluir que faltaría uno de los presupuestos fundamentales que deben tener lugar para que pueda recurrirse a la analogía *in bonam partem*. Únicamente puede recurrirse a este mecanismo para integrar el Derecho penal cuando se pueda constatar la existencia de una laguna axiológica, más no cuando estemos sólo frente a un desacuerdo valorativo. A este argumento, conviene, a su vez, sumar otros que fortifiquen la tesis contraria a la analogía *in bonam partem* en las excusas absolutorias. En este sentido, incluso si se negara la postura defendida aquí y se permitiera el recurso a la analogía frente a supuestos de desacuerdos valorativos, existen aún fuertes razones como para rechazar la analogía en el terreno de la exclusión de la punibilidad.

⁷⁸ A mi modo de ver, se pronuncia en un sentido similar, MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal*², pp. 574-575, “la opinión mayoritaria entre la doctrina penalista entendía que, si se quería conseguir el resultado de la impunidad penal en casos de pago posterior espontáneo, resultaba imprescindible la introducción de una específica causa de supresión de la pena”. Se vería así que la concesión del privilegio para estos casos quedaría sólo en manos del legislador y no en las del juez.

Debe destacarse que esta tesis ha sido defendida en numerosas oportunidades por la doctrina del TS. Con anterioridad al actual viraje en relación a la excusa absolutoria de parentesco, el TS mantuvo una tesis claramente opuesta a la analogía *in bonam partem*, en la que se censuraban también las restricciones judiciales del ámbito de aplicación de estas disposiciones legales⁷⁹. En concreto, el TS sostuvo que el “precepto antedicho ha de ser interpretado con carácter restrictivo, por su propia índole y efectos, sin que pueda hacerse extensivo a otros delitos que a los enumerados en aquél, ni a otras personas que las que clara y taxativamente se comprenden en el texto punitivo”⁸⁰. Precizando este punto de vista, agregó el TS en otra sentencia que:

...es doctrina jurisprudencial constante la de que ha de estarse a los términos en que está concebido tal artículo sin extensiones ni recortes que lo desnaturalicen y la de que, hecho presupuesto normativo de la excusa el vínculo matrimonial, ha de tomarse éste tal cual es sin condicionamiento alguno, de donde resulta, de un lado, que la misma no puede aplicarse a los casos de vida marital extraconyugal...⁸¹

Si bien en los últimos tiempos, como se ha podido observar, se han producido cambios significativos en la doctrina del TS en esta materia, no conviene desoír las tesis que mantienen actualmente este mismo tribunal respecto a la excusa absolutoria del art. 305 4 CP. El TS rechazó expresamente la ampliación analógica de la excusa de regularización de la situación tributaria a supuestos en los que la deuda tributaria hubiese prescrito⁸². En estos casos, la defensa entendía que, pese a la falta los requisitos exigidos por el art. 305 4. CP, debía estimarse como relevante a los efectos de la exclusión de la pena la propiedad de la prescripción de la deuda tributaria⁸³. Si bien en esta sentencia se negó toda similitud entre la actitud positiva frente al Fisco contemplada por la ley y aquella observada por la persona que persevera en la ilegalidad (como sería el caso de la prescripción de la deuda), entiendo que subyace una cierta renuencia a la extensión del art. 305 4. CP a casos no regulados expresamente.

A mi modo de ver, esta tesis contraria a la analogía *in bonam partem* defendida por el TS también encuentra soporte en el carácter *excepcional* de las normas que reconocen legalmente excusas absolutorias. La excepcionalidad de estas disposiciones legales conduce no sólo a que no sea posible reconocer lagunas axiológicas. También lleva a que no pueda admitirse la solución de que un desacuerdo valorativo *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente* pueda solventarse a partir de la analogía *in bonam partem*. El ya analizado art. 4. 2 CC veda la aplicación de leyes penales y “*leyes excepcionales*” a supuestos distintos de los previstos expresamente por ellas y, en este sentido, aporta herramientas legales para defender la tesis aquí mantenida.

Con anterioridad se defendió que la interpretación que debía hacerse de la expresión “*leyes penales*” utilizada por el precepto debía comprender solamente a los tipos penales y las circunstancias agravantes. De esta manera, la disposición legal en cuestión proscribía la analogía *in malam partem*. Sin embargo, debe agregarse que la decisión que toma el legislador en relación a la aplicación general de las normas jurídicas conduce igualmente a excluir la analogía en relación a normas de carácter *excepcional*, incluso cuando tenga efectos benéficos para el reo⁸⁴. En consecuencia, al tratarse las excusas absolutorias de disposiciones excepcionales, la posibilidad de admitir la analogía en este terreno queda absolutamente proscripta. Todo lo anterior permite concluir que la disposición contenida en el CC ayuda a derivar consecuencias sumamente importantes de caras a las tesis asumidas en el presente trabajo: la analogía *in malam partem* estaría siempre prohibida, mientras que la analogía *in bonam partem* sólo lo estaría en relación a las disposiciones excepcionales.

Una interpretación similar mantuvo en su tiempo la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, al señalar que

⁷⁹ Destacando esta visión restrictiva de la excusa absolutoria de parentesco en la jurisprudencia anterior del TS, ÍÑIGO CORROZA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Los acuerdos*, p. 357; FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 203; JORDANA DE POZAS, en *Código penal*, art. 268, p. 2938.

⁸⁰ STS núm. 3060/1985, Sala de lo Criminal, de 25 junio. Esta misma tesis fue mantenida por el TS en sentencias anteriores con fecha de 28 febrero 1927, 25 enero 1955, 1 marzo 1956, 10 febrero 1973 y 18 junio 1977; STS, Sala de lo Criminal, de 26 de diciembre 1984; STS, Sala de lo Criminal, de 8 de junio 1983.

⁸¹ STS núm. 3739/1991, Sala de lo Penal, 21 de mayo.

⁸² Sin embargo, BACIGALUPO, en *Curso de Derecho penal económico*, pp. 486-487, se muestra partidario a extender la regulación de esta excusa absolutoria a los delitos de falsedad documental que hayan sido medio de comisión del delito fiscal.

⁸³ STS núm. 2069/2002 (Sala de lo Penal), de 5 diciembre; STS núm. 2476/2001 (Sala de lo Penal), de 26 diciembre.

⁸⁴ MANTOVANI, *PG*, p. 77; EL MISMO, *Principi*², p. 26; DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale (1936)*, p. 610-611; VASSALLI, *Limiti*, p. 85; DE QUEIROZ, en *Separado del nº VII de “Archivos do Ministerio de Justiça e Negócios interiores”*, p. 21.

CAPÍTULO 5: LA ANALOGÍA EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

...las situaciones para las que está prevista por la ley estatal una causa de extinción del delito no pueden ser analógicamente “extendidas”, ni siquiera por las leyes regionales. Se opone, de hecho, a la interpretación analógica de las causas de extinción del delito la segunda parte del art. 14 de las disposiciones preliminares sobre la ley en general. Sobre todo, las causas de extinción, al menos en la regla, no son reconducibles a principios generales, tal que se consienta la aplicación de la analogía iuris...⁸⁵.

Justamente, el art. 14 de las disposiciones generales sobre la aplicación de la ley en general contenida en el CC it. prevé una norma similar a la recogida en el art. 4. 2 CC⁸⁶. Las causas de exclusión del delito se ven alcanzadas por la prohibición de analogía, dado que la *Corte Costituzionale* italiana interpreta que estas causas tienen un carácter excepcional. Esta misma tesis fue mantenida por parte de la doctrina italiana⁸⁷.

En España un sector de la doctrina ha rechazado igualmente el recurso a la analogía *in bonam partem* pero siguiendo una línea argumental, a mi parecer, no del todo satisfactoria. En concreto, FARALDO CABANA entiende que no sería posible admitir causas de levantamiento de pena diferentes de las reconocidas por el legislador⁸⁸. Al respecto advierte que “*la analogía, sea favorable o no al reo, está prohibida porque no constituye una técnica interpretativa, sino que supone la creación de nuevo derecho por parte del Juez o Tribunal, por lo que vulnera el principio de legalidad*”⁸⁹. Como puede observarse, las razones que empujan a la autora a rechazar la analogía *in bonam partem* no tienen que ver con el carácter excepcional de las excusas absolutorias —lo cual creo que es fundamental en esta materia—, sino que se vinculan con el art. 4. 3 CP. Sin embargo, si mi opinión relativa a la inconstitucionalidad del precepto es la correcta, la tesis de FARALDO CABANA debería rechazarse. La autora está en lo cierto cuando rechaza la analogía en las excusas absolutorias, pero entiendo que el camino por el que llega a esta conclusión no es el más conveniente.

Por último, me interesa reflexionar sobre si sería posible morigerar la rigurosidad derivada de mantener en todos los extremos la prohibición de la analogía en el ámbito de las excusas absolutorias. Ciertamente, la analogía no podría servir en ningún caso para excluir completamente la pena frente a situaciones análogas a los casos expresamente regulados por el legislador. Sin embargo, esta tesis podría parecer excesivamente rigurosa frente a supuestos en los que, pese a faltar los requisitos de las excusas, la concurrencia de otras propiedades aconsejarían a atenuar la responsabilidad y no existiera ninguna atenuante para el caso.

Desde luego que aquí la solución deja de estar vinculada a la analogía *in bonam partem* en el terreno de las excusas absolutorias sino que, en realidad, se traslada al de las atenuantes. Así, la solución adecuada de estos casos podrá aspirar como máximo a la creación analógica de una atenuante, pero en ningún caso sería posible tomar como relevante para excluir el castigo propiedades no recogidas legalmente⁹⁰. En conclusión, la ausencia de alguna propiedad de la excusa privaría automáticamente de la posibilidad de extenderla por analogía y deja sólo abierta la posibilidad de atenuar la pena en caso de que concurra alguna propiedad relevante a estos fines⁹¹.

⁸⁵ SCCos 1/1956

⁸⁶ Art. 14: “*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*”

⁸⁷ DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale* (1936), p. 610; MANTOVANI, *PG*³, p. 77; EL MISMO, *Principi*², p. 26.

⁸⁸ FARALDO CABANA, *Las causas*, pp. 201-203.

⁸⁹ FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 203.

⁹⁰ Una solución próxima a ella, aunque proponiendo la aplicación de la atenuante analógica, STS núm. 2476/2001, Sala de lo Penal, de 26 diciembre (especialmente fundamento noveno).

⁹¹ En cambio, rechaza que a las excusas absolutorias incompletas puedan recibir una atenuación por analogía y propone, al contrario, que se debería acudir al Gobierno pidiendo el indulto parcial, HIGUERA GUIMERA, *Las excusas*, p. 117.

CAPÍTULO 6

LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

I INTRODUCCIÓN

La pregunta por los fundamentos de las atenuantes despierta desde siempre un gran interés entre los teóricos del Derecho penal. Sin ir más lejos, su posible encuadre dentro de los esquemas de la teoría del delito¹ o la repercusión que tiene la teoría de los fines de la pena entre estas circunstancias atenuantes² ofrecen atractivos más que evidentes.

Además, es menester agregar a ello que el estudio de estas circunstancias presenta en el Derecho penal español un interés adicional frente a la posibilidad de crear judicialmente nuevas atenuantes. El tratamiento que el legislador parece asignarle a las atenuantes y la aplicación que de éstas hacen los tribunales incluyen nuevos factores que ameritan teorizaciones complementarias. Justamente, se trataría de teorizaciones que acompañan a las que tradicionalmente se hacen en la teoría general del Derecho penal.

Por una parte, la atenuante de análoga significación, que suplementa las restantes circunstancias tipificadas en el art. 21 CP, parece cumplir la función de cláusula general de atenuación de la responsabilidad penal, según entiende la jurisprudencia del TS³ y la doctrina dominante⁴. Ello supondría, cuanto menos, poner en duda el carácter *numerus clausus* que pretendidamente el legislador habría ideado⁵.

Mientras que, por otra parte, todas las circunstancias descritas en el art. 21 CP y especialmente la analógica, darían toda la impresión de morigerar el formalismo impuesto por el art. 4 CP⁶. La citada disposición legal exige una rigurosa aplicación de la ley penal, que se traduciría en la prohibición de cualquier clase de analogía y en la imposición de una interpretación (según denominación clásica) *stricta*. En cambio, la circunstancia 6ª del art. 21 CP es entendida habitualmente como un permiso dado al juez para disminuir la respuesta penal a partir de una menor sujeción a lo dispuesto por el legislador⁷.

Precisamente, el debilitamiento de la sujeción del juez a la ley en el terreno de las circunstancias atenuantes es una opinión compartida por la doctrina⁸ y jurisprudencia⁹ española mayoritaria. No se

¹ WOLTER, en *El sistema integral*, pp. 76-78.

² STRENG, *Strafrechtliche*², n.m. 428, p. 226; SCHÄFER, *Praxis*³, nn.mm. 1, 141, 593, pp. 1, 56, 279; MEIER, *Strafrechtliche*, pp. 35-36; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, pp. 878, 881.

³ En este sentido, STS núm. 677/1999, Sala de lo Penal, de 29 abril; STS núm. 1755/1993, Sala de lo Penal, de 15 septiembre; STS núm. 159/1995, Sala de lo Penal, de 3 febrero; STS núm. 1047/2001, Sala de lo Penal, de 30 mayo; STS núm. 742/2003, Sala de lo Penal, de 22 mayo; STS núm. 504/2003, Sala de lo Penal, de 2 abril.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 62; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 35; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 52-53; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, p. 26.

⁵ Rechazando la tesis del *numerus clausus*, cfr. STS núm. 1121/1997, Sala de lo Penal, de 18 septiembre; STS núm. 1047/2001, Sala de lo Penal, de 30 mayo; STS núm. 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril; STS núm. 1342/1997, Sala de lo Penal, de 3 noviembre.

⁶ OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 33.

⁷ Fortifica la idea de que la atenuante de análoga significación se trataría de un permiso expreso (y excepcional) otorgado por el legislador al juez el hecho de que esta disposición legal aparece en el CP de 1822, en una época en la que primaba el culto al “rigorismo legalista”, cfr. ORTS BERENGUER, *Atenuante*, p. 43; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, p. 19.

⁸ ORTS BERENGUER, *Atenuante*, p. 4; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, pp. 13 y ss. En contra, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 26 y ss.

CAPÍTULO 6: LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

mira con mayores reparos que el juez aplique las atenuantes con mayor laxitud que como podría exigirse en relación a los tipos. Pero la ampliación de la discrecionalidad se acentuaría con la referencia expresa que hace el legislador en el art. 21 6º CP, cuando señala que son atenuantes “*cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*”. Según la opinión dominante¹⁰, el Poder Legislativo con esta norma habría acordado un permiso al juez para que acudiera a la analogía *in bonam partem* al atenuar la pena.

Del mismo modo que se ha venido haciendo con el abordaje de la analogía en los capítulos anteriores, ofreceré un panorama general de la creación judicial de atenuantes que tiene lugar mediante la analogía. Ciertamente esto llevaría a realizar una relectura de los fundamentos de las atenuantes, los cuales condicionarían en gran medida la proyección de la analogía en esta institución. Sin embargo, las aspiraciones de este capítulo son mucho más modestas e intentan solamente analizar las repercusiones que tienen en el recurso a la analogía *in bonam partem* los fundamentos que reconoce la doctrina dominante a las causas de atenuación de responsabilidad penal.

Creo importante aclarar también que, para abordar adecuadamente el rol de la analogía en las atenuantes, he creído adecuado centrar la atención principalmente en la atenuante de análoga significación. Esto no quiere decir, sin embargo, que intente reducir el rol de la analogía en las atenuantes a la aplicación que pueda hacerse de la atenuante analógica. A decir verdad, el tratamiento privilegiado de la atenuante analógica dentro de este capítulo obedece a que el uso jurisprudencial de esta circunstancia trajo al debate el papel que puede desempeñar en el Derecho penal la analogía *in bonam partem*.

Considero que las sentencias del TS en las que se estudia la atenuante 6ª del art. 21 CP constituyen un buen terreno sobre el cual proyectar las pautas metodológicas apuntaladas en el segundo capítulo. De ahí que parezca muy atinado hacer una breve exposición que describa los cambios jurisprudenciales que se han dado en los últimos años y que tienen una notable importancia para la analogía. A partir de esto, puede decirse que la aplicación del modelo metodológico seguido en esta obra es de enorme importancia, cuanto menos, en dos sentidos para la analogía *in bonam partem* en la atenuación de la pena.

En un primer sentido, la confusión de planos atinentes a la interpretación y a la integración del Derecho penal¹¹, lleva a que se hagan pasar simples casos de aplicación de la atenuante, como supuestos de analogía *in bonam partem*. Para ello será de utilidad refrescar alguno de los requisitos de la analogía, en concreto, el tipo de laguna que requiere la analogía para operar. Desde ahora adelante que sólo en limitados casos podría decirse que estamos frente a lagunas axiológicas que deban ser integradas mediante la analogía favorable al reo.

En un segundo sentido, la argumentación seguida por el TS en muchas de sus sentencias es de provecho para vincular con problemas concretos lo señalado sobre los principios institucionales y las clases de analogía. Será posible ver cómo el TS, pese a no concretar en sus sentencias los principios institucionales específicos de las atenuantes, alude abiertamente a los fundamentos de la institución para justificar algunas ampliaciones de las atenuantes. Desde un comienzo esto presenta interesantes matices de caras a la analogía *institutionis in bonam partem*.

II LEGITIMACIÓN Y PRACTICABILIDAD DE LA CREACIÓN JUDICIAL DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES MEDIANTE LA ANALOGÍA

Una exposición clara de los casos en los que la analogía *in bonam partem* permite colmar lagunas axiológicas en las atenuantes queda condicionada también aquí por la distinción entre cuestiones de *legitimidad* y de *practicabilidad*. En anteriores capítulos he intentado diseccionar con especial cuidado las proyecciones que tiene en relación a la analogía *in bonam partem* el modelo de legalidad y metodológico que se sigue en la tesis. Mientras que el principio de legalidad nos indica *hasta dónde* llegan las competencias del juez en la creación judicial del Derecho penal —legítima el recurso a la analogía—, las

⁹ STS núm. 167/2004, Sala de lo Penal, de 13 febrero.

¹⁰ Así, por ejemplo, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 28.

¹¹ Sobre la distinción de los planos de interpretación e integración de la ley penal, ver pp. 86 y ss.

herramientas que suministra el soporte metodológico señala *cuándo* estamos frente a casos en los que la analogía es operativa y cuando, en cambio, ante simples interpretaciones de la ley penal. Ambas perspectivas son singularmente importantes de cara a la posibilidad de crear atenuantes por vía judicial recurriendo a la analogía.

Cuando analizaba en el primer capítulo la manera en que rige el principio de legalidad en todos los supuestos de liberación o disminución de pena, había procurado mostrar las diversas exigencias que este principio establece en cada uno de estos casos. Es evidente que las exigencias impuestas por la legalidad en las atenuantes se verán mucho más relajadas que en relación a la creación de delitos o de agravantes. Sin embargo, también deberá decirse que incluso estas exigencias deberán ser menores que las que rigen en relación a las excusas absolutorias o las causas de exculpación. Ello me lleva a entender que, por ejemplo, los niveles de taxatividad que se requieren en la regulación legislativa de las circunstancias de atenuación de la pena deben ser menores que los que rigen en aquellas causas de exención de responsabilidad penal. Algo similar sucede con la analogía y de ahí que pueda acudir a la analogía *in bonam partem* para atenuar la pena, manteniéndose sólo en pie la prohibición de la analogía cuando se trate de la analogía *iuris in bonam partem*¹².

Esta proyección del principio de legalidad no tendría por qué sonarnos enigmática, más aún cuando no parecen erigirse en la doctrina voces que denuncien los efectos perjudiciales que podría tener para los fines del Derecho penal el relajamiento de las exigencias del principio de legalidad en las atenuantes¹³. En concreto, la armonía entre las finalidades jurídico-penales parecería no verse afectada cuando se cede más que en otros ámbitos frente a la finalidad de *reducir el ius puniendi*. Esto quiere decir que, en el terreno de las atenuantes, podría tolerarse que la actividad judicial y legislativa cediera mayor terreno a la finalidad que tiende a recortar el poder punitivo, sin que con ello se afecten gravemente los fines de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos* y de *ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales*.

De este modo, no tendría sentido prohibir la creación judicial de atenuantes a partir de la analogía, dado que si el juez atenúa la pena inclusive en casos no regulados por la ley, no se obstaculizarían las pretensiones preventivas del Derecho penal¹⁴. Solamente en casos extremos, como acontece con la analogía *iuris in bonam partem*, la prohibición de analogía recobraría su vigencia, porque solamente se estaría dispuesto a ceder hasta ciertos límites frente a las pretensiones de reducir el *ius puniendi*. Igualmente, la propia raíz jurídico-política del principio de legalidad se vería resentida frente a la posibilidad de la analogía *iuris*. Es menester destacar que precisamente en el reconocimiento de nuevas circunstancias atenuantes el TS buscó encontrar un justo equilibrio rechazando ciertas tesis, por más que redundaran en favor de la libertad del imputado¹⁵.

Parece aconsejable tomar como criterio rector los fundamentos de las atenuantes a la hora de identificar las circunstancias que merecen considerarse para atenuar la responsabilidad penal, incluso cuando ellas no se encuentren en la ley. En los casos en los que la ley no haya reconocido la disminución de la respuesta penal, las ideas rectoras que sustentan las atenuantes serán el criterio que le permitirá el juez identificar una laguna axiológica. En lo esencial, podría decirse que existe en la doctrina cierto consenso respecto a que los fundamentos de las atenuantes se encuentran en los conceptos de *disminución del injusto*, *disminución de la culpabilidad* y de la *disminución de las necesidades de castigo*¹⁶, obedeciendo estas últimas principalmente a razones de orden político-criminal^{17/18}. Esto

¹² De otra opinión, rechazando cualquier tipo admisión de atenuantes supralegales por analogía, MANTOVANI, *PG*⁵, p. 77; EL MISMO, *Principi*², p. 26; VASSALLI, *Limiti*, p. 91.

¹³ Así, entiende NOLL, en *ZStW* (1956) 68, p. 197, que no deberían atenderse a los planteamientos que se denuncian en relación el supuesto relajamiento de los marcos penales y la apertura a la arbitrariedad judicial que supondría el reconocimiento de causas supralegales de atenuación. Lo que debería importar es que exista una plena armonía entre la decisión de crear la atenuante judicialmente y los valores que inspiran al legislador.

¹⁴ En este sentido, el levantamiento de la prohibición de analogía funcionaría en iguales términos que en las causas de justificación. En igual sentido, NOLL, en *ZStW* (1956) 68, p. 186.

¹⁵ Cfr. STS núm. 426/2005, Sala de lo Penal, de 6 abril; STS núm. 1620/2003, Sala de lo Penal, de 27 noviembre; STS núm. 677/1999, Sala de lo Penal, de 29 abril; STS núm. 1020/1996, Sala de lo Penal, de 10 febrero; STS núm. 159/1995, Sala de lo Penal, de 3 febrero.

¹⁶ Conviene poner de relieve la enorme importancia que tiene en este sentido la perspectiva preventiva. Por una parte, los criterios de prevención especial han ido ganando terreno como fundamento de la atenuación, buscando la “estabilización de las condiciones de vida”. Igualmente, la prevención integradora permite explicar que se atenúe la pena en casos de confesión, reparación del daño, compensación a la víctima, dilaciones indebidas y de provocación del delito por parte del Estado. Al respecto, SCHÄFER, *Praxis*³, § 593, p. 279.

CAPÍTULO 6: LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

quiere decir que sólo cuando una situación no regulada por la ley presente realmente una disminución del injusto, de la culpabilidad o de la necesidad de pena podrá el juez crear por analogía una atenuante que contemple el caso en cuestión.

Estas tres ideas rectoras que dotan de contenido a la institución de las atenuantes encuentran cristalización en las diversas disposiciones legales del CP. Las circunstancias 1º, 2º y 3º del art. 21 CP encuentran como principal razón atenuante la disminución del injusto penal y de la culpabilidad del autor. Además, cuando el legislador entiende que conviene disminuir la respuesta penal en casos de confesión del delito por parte del autor del hecho o de reparación del daño, lo hace consciente de que razones de orden político-criminal muestran innecesario un castigo sin modificar el marco penal. En estas últimas situaciones la disminución de la necesidad de pena sería evidente. Lo expuesto en relación a estos incisos del art. 21 CP no lleva a sorpresas cuando se afirma que en la atenuante analógica se conjugan estas tres ideas, dado que la analogía debe buscarse con las restantes circunstancias del artículo¹⁹.

Existe también otra cuestión que no puede pasar desapercibida en relación a los fundamentos de la admisión de la analogía en las atenuantes. La gran amplitud de la que gozan estas tres directrices muestra las dificultades que pesan sobre el legislador a la hora de regular todas aquellas circunstancias que merecerían ser tenidas en cuenta para atenuar la pena²⁰. Empleando otros términos, presenta enormes dificultades para el legislador prever todos y cada uno de los casos que presentarían una disminución del injusto, de la culpabilidad y de la necesidad de pena. Por esta razón parece aconsejable reducir las exigencias del mandato de taxatividad en este terreno, requiriéndose sólo el establecimiento de un amplio marco legal dentro del cual se facilita la tarea del juez al individualizar la pena. Ello claramente es así cuando se atiende a la redacción de la circunstancia sexta del art. 21 CP²¹.

Aunque también se hace aconsejable que, en aquellas ocasiones en las que la norma claramente no alcanza a regular un caso pese a su amplitud, pueda el juez acudir a la analogía *in bonam partem* y crear judicialmente otras nuevas atenuantes²². Esto último sucede en relación a la atenuante analógica y los casos de dilaciones indebidas, debido a que la duración excesiva del proceso no es un caso que puede juzgarse similar a ninguno de los reconocidos en el art. 21, pese a la amplitud de la atenuante analógica²³.

Por último me interesa acotar algo sobre la cuestión de la *posibilidad* de acudir a la analogía *in bonam partem* en las atenuantes. Una de las principales tesis que gobiernan este capítulo es que la ausencia de un aparato metodológico solvente indujo a error al TS y a gran parte de la doctrina, al comprender que cada aplicación de la atenuante de análoga significación importaba el recurso a la analogía.

En muchos de los casos en los que se pretende trabajar con la analogía *in bonam partem* faltan los presupuestos metodológicos básicos que hacen posible el recurso a ella. En concreto, podrá verse que la gran mayoría de las situaciones que son resueltas por el TS aplicando la atenuante analógica se encuentran afectadas por lagunas de reconocimiento, pero no por lagunas axiológicas, como exige la analogía *in bonam partem*. Sin embargo, ello no quiere significar que alguno de los casos que atendió el TS no haya sido resuelto mediante la analogía. Se tendrá oportunidad de ver que algunas *pseudo-aplicaciones* del art. 21 6º CP constituyeron verdaderos casos de analogía *institutionis in bonam partem*, del

¹⁷ SCHÄFER, *Praxis*³, n.m. 308, p. 121; MEIER, *Strafrechtliche*, p. 164; ALBERTS, *Gesetzliche*, p. 88; VALLE MUÑIZ, en *ADPCC (1992)* XLV, Fasc. II, pp. 561-562; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 55-56; OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación*, pp. 209-210. Cercano a ello, aunque poniendo acento en la disminución de la culpabilidad y las necesidades preventivas, TRIFFTERER, *AT*², Cap. 20, nn.mm. 47, 49, pp. 513-514. Considerando que los fundamentos se apoyan en una menor necesidad de pena derivada de consideraciones político-criminales o de utilidad social, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 41-43.

¹⁸ STS núm. 167/2004, Sala de lo Penal, de 13 febrero; STS núm. 504/2003, Sala de lo Penal, de 2 abril; STS núm. 1047/1999, Sala de lo Penal, de 27 julio.

¹⁹ ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 55-56; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, pp. 25-26.

²⁰ ALBERTS, *Gesetzliche*, p. 90; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 47, 49.

²¹ Algo similar sucede en el StGB en relación a los "casos menos graves" (ej. § 100 n° 3; § 213; § 316 c n° 2), donde el legislador renunciaría a formular un catálogo cerrado de causas de atenuación de pena, cfr. STRENG, *Strafrechtliche*², n.m. 537, p. 279; MEIER, *Strafrechtliche*, p. 156; SCHÄFER, *Praxis*³, n.m. 402, pp. 163-164; ALBERTS, *Gesetzliche*, p. 90.

²² TRIFFTERER, *AT*², Cap. 20, n.m. 52, pp. 514-515.

²³ Con todo, parecería mostrarse en contra de esta posibilidad, ORTS BERENGUER, *Atenuante*, p. 75, «la expresión ["análoga significación"] además de servir de pauta para la apreciación de nuevas atenuantes, supone una barrera de contención a la facultad que el núm. 10 del art. 9 concede a los juzgadores, pues éstos no podrán considerar como motivos de disminución de la responsabilidad criminal otros, a parte de los marcados, que no sean de "análoga significación" que los anteriores».

mismo modo que aún es posible que el sistema se vea afectado por lagunas axiológicas en relación a las atenuantes reguladas en la Parte especial.

Para poder saber si el juez tiene la *posibilidad* de crear por analogía *in bonam partem* una atenuante habrá que considerar, en primer lugar, si la hipótesis que pretende regularse mediante la norma creada judicialmente se encuentra o no ya prevista en una norma del sistema²⁴. Esto implica hallar el significado de la norma y que la etapa interpretativa se encuentre ya concluida. Por ejemplo, para saber si a las dilaciones indebidas pueden reconocérsele efectos atenuantes mediante la analogía *in bonam partem*, debe saberse si esta situación cabe o no dentro de la atenuante analógica. Si entendemos que cuando la ley dice “de análoga significación que las *anteriores*” se refiere sólo a las anteriores circunstancias tipificadas en el art. 21 CP, las dilaciones indebidas no estarán contempladas por la atenuante analógica. Aquí podrá valorarse la existencia de una laguna axiológica y a partir de ahí trabajar con la analogía. En cambio, si se entiende que deben entrar en la comparación que exige el art. 21 6º todas las restantes atenuantes del CP o los principios fundamentales de la atenuante, las dilaciones indebidas estarían reguladas por la atenuante analógica y no cabría hablar de analogía.

III TRATAMIENTO DE LA ATENUANTE ANALÓGICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS²⁵

La evolución de la jurisprudencia del TS sobre la atenuante analógica podría caracterizarse por un progresivo distanciamiento de la letra de la ley y un (cada vez más) insistente recurso a criterios materiales en la argumentación²⁶. Con el correr de los años las sentencias evidencian un alejamiento del tenor literal de las atenuantes reconocidas por el legislador y pasan a introducir la dimensión de sentido de ellas y de las atenuantes en conjunto. En este último paso, se destaca en la argumentación del TS una clara preeminencia de la *ratio legis* de una concreta atenuante o de los fundamentos de la institución de la atenuación de pena.

La concepción anterior del TS reducía la aplicación de la atenuante analógica excesivamente²⁷ y buena parte de los casos hoy resueltos por esta vía²⁸, eran solucionados acudiendo al indulto²⁹. Esto quiere decir que en el razonamiento exhibido por el TS en sus sentencias podía observarse claramente el prevalencia de la interpretación literal o gramatical, intentando sujetarse a lo dispuesto por el art. 4 CP respecto a la aplicación de la ley³⁰. Con el tiempo fueron prevaleciendo en las sentencias otros criterios que llevaban a variar la interpretación óptima o que, lisa y llanamente, importaban una creación judicial de eximentes por la vía de la analogía.

Lo anterior podría verse como la nota más saliente del tratamiento que recibió la atenuante analógica por el TS desde comienzos de los años 90' hasta nuestros días. Semejante proceso de materialización de los argumentos del tribunal se consolida a partir de un Acuerdo del Pleno de la Sala penal del TS del 21 de mayo de 1999. En este Pleno el TS reconoce efectos atenuantes de

²⁴ Ello implica que solamente podrá acudirse a la analogía *in bonam partem* cuando un caso genérico no esté abarcado por la ley que le reconoce la consecuencia jurídica axiológicamente adecuada. Por esta razón, es manifiestamente equivocada la opinión de NOLL, en *ZStW* (1956) 68, p. 194, cuando entiende que la atenuación que recibe el homicidio a petición de la víctima es una atenuante supralegal, dado que aquí no existe ningún tipo de laguna axiológica y el juez ha reconocido expresamente la atenuante. Se trataría de una atenuante *legal* y no de una *supralegal*.

²⁵ Debido a que no se trata de un estudio específico de la atenuante de análoga significación en el CP y que sólo interesa una breve aproximación a los criterios jurisprudenciales del TS sobre el tema, me he valido de las sentencias pronunciadas por el TS desde 1992 hasta la fecha.

²⁶ Igualmente en este sentido, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 31.

²⁷ Describiendo la rígida interpretación de la atenuante analógica realizada por el TS hasta el año 1890 y que llevaba a una aplicación de la misma prácticamente nula, VIADA Y VILASECA, *Código penal*, pp. 240-246. Criticando igualmente esta restricción de la atenuante analógica realizada por el TS, ORTIZ BERENGUER, *Atenuante*, pp. 59-60.

²⁸ Por ejemplo, STS núm. 5195/1989 (Sala de lo Penal), de 22 junio.

²⁹ Un buen ejemplo de ello lo ofrecieron los casos de dilaciones indebidas, cfr. STS núm. 1180/2001, Sala de lo Penal, de 2 julio; STS núm. 2127/1992, Sala de lo Penal, de 14 octubre. No debe pasar inadvertido que la jurisprudencia del TS respecto al tratamiento de las dilaciones indebidas ha sido notoriamente zigzagueante. Ello explica que en un primer momento sólo llevara a los jueces a pedir el indulto mientras que con posterioridad se entendió que podía dar lugar a la inejecución de la sentencia. Sobre la evolución jurisprudencial del TS en relación a las dilaciones indebidas, cfr. MORENO Y BRAVO, en *BACIGALUPO-Hm*, pp. 559 y ss.

³⁰ Pueden encontrarse buenos ejemplos de esta tesis formalistas en STS núm. 1180/2001, Sala de lo Penal, de 2 julio; STS núm. 865/2005, Sala de lo Penal, de 24 junio.

CAPÍTULO 6: LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

responsabilidad penal a las dilaciones indebidas, a partir de la atenuante analógica. Aquí se exigió que el retraso injustificado no se deba al acusado y que éste lo haya denunciado a tiempo durante el proceso^{31/32}. Se entiende que, frente a casos de excesiva duración del proceso, la atenuación de la pena debería reconocerse a partir de la atenuante analógica, gracias a que la culpabilidad por el hecho estaría compensada parcialmente^{33/34}.

Esta pérdida de rigurosidad en la aplicación de la atenuante analógica ha traído aparejado por la fuerza un mayor desapego a la letra de la ley en las decisiones de los tribunales. Con todo, al TS no ha dejado de preocuparle el establecimiento de límites a la potestad jurisdiccional. Ciertamente, puede inferirse de las opiniones volcadas en las sentencias un marcado interés por mantener la decisión del juez en un estadio intermedio entre la aplicación rigurosa de la atenuante y la libre creación de eximentes³⁵.

No sorprende, en consecuencia, que abunden en la doctrina del TS serios reparos a todo intento de crear nuevas atenuantes incompletas «*extra legem*»³⁶. Se entiende que esto último importaría un desconocimiento de los requisitos básicos de las atenuantes³⁷. Aunque tampoco parece sorprendente que se rechacen las posturas más formales que neutralizan en demasía la operatividad de la atenuante analógica³⁸.

Finalmente, considero que la flexibilización de los criterios jurisprudenciales exigidos en la interpretación de la atenuante analógica puede entenderse desde un doble punto de vista. Según una primera perspectiva, la expresión “*análoga significación*” deja de ser comprendida como el requerimiento de una similitud morfológica para concretarse en una similitud de sentido³⁹. Aunque también, desde un segundo punto de vista, el relativo desapego a la letra de la ley se trasluce con evidencia cuando se interpreta la expresión “*con las anteriores*”. En este caso, entiende el TS que la referencia de la analogía no queda anclada a las anteriores circunstancias atenuantes del art. 21 CP, sino que pasan también a considerarse otras eximentes diseminadas por otras partes del CP. A continuación analizaré cada uno de estos dimensiones⁴⁰.

A “ANÁLOGA SIGNIFICACIÓN”: DE LA SIMILITUD MORFOLÓGICA A LA SEMEJANZA DE SENTIDO INTRÍNSECO

Señalaba con anterioridad que la interpretación que hace el TS de la expresión “*análoga significación*” evidencia una mayor preocupación de este tribunal por remarcar la dimensión de sentido de las atenuantes. Esto llevaría a que lo relevante para entender adecuadamente esta expresión no sea ya la mera similitud morfológica. En realidad, lo que quiere enfatizar el TS es que para juzgar si una situación es análoga o no, tendrá que considerarse la dimensión de sentido de las eximentes concretas.

³¹ MORENO Y BRAVO, en *BACIG.ALUPO-Hm*, p. 559.

³² Según la STS núm. 742/2003, Sala de lo Penal, de 22 mayo, las razones de esta atenuación serían: 1) los Tribunales deben tener la capacidad de reparar la lesión de un derecho fundamental, lo contrario difícilmente sería compatible con el art. 117 CE y con el principio de división de poderes; 2) el derecho a acceder a los Tribunales se vería anulado si éste careciera de facultades para reparar el daño; 3) el legislador no habría dado respuesta expresa a este problema, porque, en realidad, el art. 4.4 CP sólo viene a ser una simple autorización de suspender el proceso.

³³ MORENO Y BRAVO, en *BACIG.ALUPO-Hm*, p. 555.

³⁴ Justamente entiende STRENG, en *JR (2006)* 6, p. 259, que la compensación de la culpabilidad que supone la duración excesiva del proceso debe ser considerada por el juez para atenuar la pena. En este sentido, las dilaciones indebidas tendrían un carácter análogo al de la pena. Sin embargo, entiende este autor que solamente pueden atenuar la pena aquellas dilaciones que sean absolutamente extraordinarias.

³⁵ De ahí que destaquen JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, p. 871, que la determinación de la pena debe considerarse como una labor judicial apegada a la ley y no como la concesión de un arbitrio casi ilimitado. Esta idea es también acentuada en la doctrina española, cfr. ORTS BERENGUER, *Atenuante*, p. 7.

³⁶ STS nº 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril; STS núm. 1180/2001, Sala de lo Penal, de 2 julio; STS núm. 1047/2001, Sala de lo Penal, de 30 mayo; STS núm. 1620/2003, Sala de lo Penal, de 27 noviembre; STS núm. 677/1999, Sala de lo Penal, de 29 abril; STS núm. 1020/1996, Sala de lo Penal, de 10 febrero; STS núm. 159/1995, Sala de lo Penal, de 3 febrero.

³⁷ STS núm. 426/2005, Sala de lo Penal, de 6 abril

³⁸ STS núm. 426/2005, Sala de lo Penal, de 6 abril.

³⁹ STS núm. 677/1999, Sala de lo Penal, de 29 abril; STS núm. 1755/1993, Sala de lo Penal, de 15 septiembre; STS núm. 159/1995, Sala de lo Penal, de 3 febrero, STS núm. 1047/2001, Sala de lo Penal, de 30 mayo.

⁴⁰ Para analizar una detallada exposición de las casuística de la jurisprudencia del TS, cfr. OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 94 y ss.; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 93 y ss.

Utilizando palabras más familiares en la presente obra, se trataría de atender a la *ratio legis* de cada atenuante para su interpretación.

A partir de tomar una semejanza de sentido más material ha sido posible reconocer efectos atenuantes a casos que con anterioridad estaban cerrados a ello. Sirve al respecto traer el ejemplo de las dilaciones indebidas y el de la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios. A estos dos casos cabe agregar otros referidos a la colaboración con la justicia y la confesión de la infracción posterior al inicio del proceso o la reparación del daño extemporánea.

Este paso que da el TS desde una argumentación más formalista a otra más impregnada por el sentido de las atenuantes es puesto de manifiesto en diversas sentencias. Así, en la **STS núm. 677 del 29 abril de 1999** ha señalado que “[l]a analogía a la que se refiere el artículo 21.6 se ha de establecer atendiendo no a la similitud formal, morfológica o descriptiva, sino a la **semejanza de sentido intrínseco**”⁴¹. Algo similar sostiene en otro pronunciamiento, en el que entiende que no puede “exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante su finalidad”⁴². Igualmente, la doctrina ha defendido la necesidad de considerar principalmente la dimensión de sentido intrínseco para establecer la semejanza⁴³.

Precisamente estimo dignos de destacar los problemas que aparecían al pretender establecer la analogía solamente según una similitud morfológica. Como señala la sentencia citada en último término, sujetarse a este criterio supondría hacer prácticamente inoperante la atenuante analógica⁴⁴. Este problema se presentó con frecuencia en los fallos del TS. Quienes se han abocado al estudio de la jurisprudencia en esta materia, han mostrado cómo en muchas oportunidades el TS aplicó la atenuante analógica a casos que, en realidad, no eran regulados por la norma⁴⁵. En el afán de mantenerse rigurosamente apegados a la letra de la ley, terminaron aplicando la circunstancia 6ª a casos que, en verdad, encajaban perfectamente dentro de alguna de las otras circunstancias nominadas en el art. 21 CP.

El reconocimiento de efectos atenuantes a las dilaciones indebidas o a las confesiones, colaboraciones con la justicia y las reparaciones del año extemporáneas sólo se hace posible a partir de buscar *similitudes de sentido*. De este modo era posible admitir efectos atenuantes a casos en los que concurrían los requisitos esenciales o básicos de las restantes atenuantes, no obstante la falta en ellos de los requisitos accidentales. Con anterioridad debían cumplirse todos los requisitos exigidos por el legislador en las otras circunstancias, con lo que se reducía a la mínima expresión la atenuante analógica. Conforme a esta interpretación eran sólo dos las alternativas que quedaban: o se realizaban todos los requisitos de las atenuantes nominadas, y con ello se aplicaban éstas, o faltaba algún requisito y no se aplicaban ni las nominadas ni la analógica. Como puede verse esta interpretación seguida por el TS neutralizaba por completo la atenuante de análoga significación.

Debe agregarse a este análisis que no queda suficientemente claro en la jurisprudencia del TS qué debe entenderse por “*similitud morfológica, formal o descriptiva*” y por “*similitud de sentido intrínseco*”. Esta orfandad de criterios definidores choca con la importancia que atribuye el tribunal a semejante distinción. Según mi parecer, cuando el TS contraponen ambos tipos de similitud, recoge implícitamente dos aspectos que he puesto de relieve al analizar el establecimiento de la relación de identidad en la analogía⁴⁶. En lo esencial, esto tiene que ver con la distinción entre una similitud fáctica u otra de carácter normativa.

Estimo que sería adecuado asignar a la “*similitud morfológica*” el sentido otorgado a la idea de la semejanza fáctica en el establecimiento de la razón de identidad. Aquí interesa saber si el caso genérico

⁴¹ Siguiendo idéntica opinión, STS núm. 1755/1993, Sala de lo Penal, de 15 septiembre; STS núm. 159/1995, Sala de lo Penal, de 3 febrero, STS núm. 1047/2001, Sala de lo Penal, de 30 mayo; STS núm. 742/2003, Sala de lo Penal, de 22 mayo; STS núm. 504/2003, Sala de lo Penal, de 2 abril.

⁴² STS núm. 426/2005, Sala de lo Penal, de 6 abril, ponente SAAVEDRA RUIZ; en sentido similar, STS núm. 1620/2003, Sala de lo Penal, de 27 noviembre; STS núm. 677/1999, Sala de lo Penal, de 29 abril; STS núm. 1020/1996, Sala de lo Penal, de 10 febrero; STS núm. 159/1995, Sala de lo Penal, de 3 febrero.

⁴³ GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 150.

⁴⁴ Así también, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 90-91.

⁴⁵ OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 125 y ss.; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, pp. 78-80; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 68-69.

⁴⁶ Ver pp. 165 y ss.

CAPÍTULO 6: LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

sometido a juicio es *análogo* —estructuralmente hablando— al regulado en alguno de los supuestos del art. 21 CP. Los referentes para entender que un caso genérico es *estructuralmente* similar a otro serán las propiedades de cada uno de ellos. Por ejemplo, el caso genérico de una persona que confiesa el hecho y que colabora con la investigación es análogo al caso genérico regulado por la circunstancia recogida en el inc. 4º del art. 21, pese a tener lugar luego de conocer el proceso judicial iniciado en su contra. Puede verse que ambos casos presentan una estructura similar que viene dada por la concurrencia de algunas propiedades comunes.

Asimismo, encuentro una gran proximidad entre los conceptos de “*semejanza de sentido intrínseco*” y de *semejanza normativa* o *semejanza “a los ojos de la ley”*. Como se ha tenido oportunidad de ver, la semejanza según los ojos de la ley trasciende los meros parecidos morfológicos o estructurales y pretende ver si los casos genéricos son similares según el sentido o la razón de la ley⁴⁷. En esta segunda clase de similitud cabrá tener en cuenta las finalidades perseguidas por la ley. Debe recordarse que la finalidad de la ley puede hallarse en su *ratio legis* y por este motivo habrá de estarse a la *ratio attenuatoria* para alcanzar la similitud de sentido intrínseco. Esto último ha tenido eco en el TS, al señalar que “[l]a aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia, para reconocer efectos atenuatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma «ratio» atenuatoria”⁴⁸. Justamente esta sentencia avala la plausibilidad de la asimilación de la semejanza de sentido intrínseco y de la semejanza a los ojos de la ley.

En resumen, puede verse que la jurisprudencia del TS sobre la atenuante analógica ha ido lentamente desprendiéndose de la letra de la ley para establecer la semejanza entre la atenuante del inc. 6º y las restantes circunstancias. En primer lugar, la exigencia de una similitud morfológica desembocaba prácticamente en la exigencia de la identidad entre los términos de la comparación. Mientras que con posterioridad la tendencia del tribunal estuvo dirigida a considerar las concretas *rationes* atenuatorias y las razones que fundamentan a todas las atenuantes en su conjunto para lograr establecer la semejanza⁴⁹. Esto último potenció el rol de la atenuante de análoga significación, haciendo posible su aplicación a supuestos en los cuales faltaban algunos de los requisitos legales requeridos por las atenuantes nominadas, sin perjuicio de lo cual se conservaba una similitud desde las necesidades atenuatorias que otorgaban las *rationes legis* y los principios institucionales.

B “ANÁLOGA SIGNIFICACIÓN QUE LAS ANTERIORES”: DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN A UNA CIRCUNSTANCIA ESPECÍFICA DEL ART. 21 CP A LOS FUNDAMENTOS DE LAS ATENUANTES Y LAS RESTANTES ATENUANTES DEL CP

Una segunda dimensión en la que puede apreciarse la pérdida de rigidez en la interpretación y aplicación de la atenuante analógica se refiere a la circunstancia que debe tomarse como referencia de la analogía. La atenuante de análoga significación sólo procede a partir de la comparación con otra atenuante, debiendo ser similar o análoga a esta última. En consecuencia, deberá contar con otra circunstancia que regule de modo preciso un caso genérico y que le sirva de referencia para establecer la analogía. De ahí que interese en este apartado observar los cambios jurisprudenciales producidos en relación a las circunstancias que pueden servir de referente.

El art. 21 6º CP expresa “*cualquier otra de análoga significación que las anteriores*”. La doctrina⁵⁰ y la jurisprudencia tradicional⁵¹ interpretaron que la analogía debía buscarse a partir de las restantes circunstancias del art. 21 CP. Esto quiere decir que con la atenuante analógica se buscaba abarcar casos análogos a las eximentes incompletas (incisos 1º, 2º y 3º), a la confesión de la infracción (inc. 4º) y a la reparación del daño (inc. 5º).

⁴⁷ Nota 46.

⁴⁸ STS núm. 1620/2003 (Sala de lo Penal), de 27 noviembre, ponente RAMOS GANCEDO.

⁴⁹ Destacando la importancia de las razones que respaldan las atenuantes en conjunto a la hora de buscar analogías, cfr. ORTIS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 69-70; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante*, pp. 297-298.

⁵⁰ ORTIS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 68-69; GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 150.

⁵¹ Sólo a título de ejemplo, STS núm. 769/2003, Sala de lo Penal, de 31 mayo; STS núm. 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril.

La consecuencia evidente que podía desprenderse de esta postura es que en toda aplicación de la atenuante analógica debía hacerse constar la atenuante que servía de comparación. Desde este punto de vista, interesaba que el juez estableciera con cuál de las restantes cinco circunstancias del art. 21 el caso genérico mantenía la semejanza. La exigencia de establecer la atenuante concreta que sirve de base para la comparación de la analogía ha sido exigida desde siempre por el TS.

Sin embargo, en la última década ha tenido lugar un significativo vuelco en la jurisprudencia dominante del TS. Según esto última, ya no interesa tanto la referencia a una atenuante concreta del art. 21 CP, sino que sería posible entender que la expresión “*anteriores*” permitiría también tomar como referente de la analogía otras atenuantes desperdigadas por el CP⁵². A partir de allí la atenuante analógica se proyectaría sobre el art. 23 y otras atenuantes recogidas en la Parte especial. Ello sería posible a partir de introducir el TS en la argumentación el sentido de las atenuantes, esto es, los principios que las fundamentan como institución.

Resulta especialmente elocuente la sentencia que en este sentido ha pronunciado el TS en el año 2005⁵³. Allí dice:

Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas⁵⁴.

A partir de esta sentencia es posible ver que las atenuantes por analogía no deberían guardar semejanza solamente con las cinco circunstancias restantes del art. 21 CP. Además, la atenuante del inc. 6º puede comprender circunstancias reconocidas en la Parte especial del CP respecto a determinados delitos, como puede suceder, por ejemplo, con los artículos 433, 579, 376 CP.

Lo que parece especialmente significativo es que también puedan incorporarse casos a partir de una semejanza con algún bien jurídico protegido o con los fundamentos de las causas de atenuación de pena. En estos últimos casos nos estamos despegando de modo pronunciado de la letra misma de la ley, para pasar a operar con los fundamentos de los tipos y de las atenuantes.

Por estas mismas razones no resulta extraño que el TS también haya tomado como referente de la atenuante por analogía a la circunstancia de parentesco recogida en el art. 23 CP⁵⁵. Para OTERO GONZÁLEZ⁵⁶, la atenuante analógica puede tomar como base de la analogía a la circunstancia mixta de parentesco en un robo perpetrado por una persona contra quien lo ha acogido en su casa desde pequeño como hijo⁵⁷.

Por último, no pueden omitirse referencias a la gran expansión que sufre la atenuante analógica a partir de entender que la analogía debe conectarse con las ideas informadoras de todas las atenuantes. En todo caso, la apertura de la atenuante analógica a la dimensión de los fundamentos de la institución pretendería ser el nexo de las atenuantes con las exigencias de justicia material⁵⁸. También respecto a esto último no faltan alusiones expresas del TS en sus sentencias. Parece aceptar

⁵² A favor de esta interpretación, DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, pp. 28-30.

⁵³ STS núm. 1137/2005, Sala de lo Penal, de 6 octubre, ponente MARTÍNEZ ARRIETA. En sentido similar, STS núm. 865/2005, Sala de lo Penal, de 24 junio.

⁵⁴ Criticando esta línea jurisprudencial, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 92.

⁵⁵ STS núm. 1365/1998, Sala de lo Penal, de 10 noviembre.

⁵⁶ OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 96.

⁵⁷ Justamente entiende OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 95, que la circunstancia de parentesco tiene análoga significación y fundamento que la atenuante recogida en el art. 21 6º CP.

⁵⁸ STS núm. 1363/2004, Sala de lo Penal, de 29 noviembre; STS núm. 742/2003, Sala de lo Penal, de 22 mayo; STS núm. 655/2003, Sala de lo Penal, de 8 mayo; STS núm. 622/2001, Sala de lo Penal, de 26 noviembre. Entendiéndolo también así en la doctrina, ORTIZ BERENGUER, *Atenuante*, p. 47.

CAPÍTULO 6: LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

este tribunal que los fundamentos de las atenuantes son la disminución del injusto, la disminución de la culpabilidad y otras necesidades de índole político-criminal⁵⁹. Por tanto, la atenuante analógica correlacionará la obligación de atenuar la pena con casos genéricos que presenten una disminución del injusto o de la culpabilidad, o bien, así sea aconsejable desde consideraciones político-criminales. Algunas sentencias han establecido que:

La análoga significación ha de ir referida a la consideración de situaciones que supongan una menor culpabilidad o una disminución del injusto que, sin tener encaje preciso en las atenuaciones del art. 9.10 o 21.6 (CP/95), merezcan un menor reproche penal y, consecuentemente, una menor consecuencia jurídica. Por ello, la análoga significación se refiere a las causas que fundamenten la menor exigencia de responsabilidad penal⁶⁰.

Es menester destacar que una de las consecuencias prácticas más decisivas de entender que la atenuante analógica también podría proyectarse a los fundamentos de la atenuación de responsabilidad es la de poder disminuir la respuesta penal ante dilaciones indebidas⁶¹. Además parece innegable que gracias a la incorporación en la comparación de los principios institucionales ha podido atenuarse la pena al partícipe *extraneus* en un delito especial propio⁶². En particular, el empleo de la circunstancia analógica para atenuar la pena de los *extranei* en los delitos especiales propios resultaba de entrada discutible por la exigencia del inc. 6º del art. 21 de una “análoga significación que las anteriores”⁶³, sobre todo si se entendía por “anteriores” a las nominadas en el art. 21 CP. Lo mismo sucedía en relación a las dilaciones indebidas. Empero, gracias a considerar que la analogía se debería buscar con la idea informadora de las atenuantes se permite atenuar la pena en estas situaciones⁶⁴.

C CONCLUSIÓN Y TOMA DE POSTURA SOBRE LA INTERPRETACIÓN ÓPTIMA DE LA ATENUANTE DE ANÁLOGA SIGNIFICACIÓN

El desenvolvimiento de los criterios asumidos por el TS para conceptualizar la atenuante de análoga significación ofrece aspectos sumamente interesantes para analizar. No sólo me parece importante poner de relieve lo fructífero de adoptar pautas materiales a la hora de establecer la similitud que requiere el art. 21 6º CP, sino también el cambio de interpretación óptima que ofreció el tribunal. Algunos de estos cambios han redundado claramente en favor de mejorar la operatividad de la atenuante en el terreno forense, mientras que algunos otros cambios no han hecho más que enturbiar el panorama conceptual de la circunstancia analógica.

Para empezar, debe recibirse con agrado que se haya adoptado como parámetro para medir el grado *analogicidad* o *no-analogicidad* a la dimensión de sentido de las atenuantes, además de la similitud morfológica. Este cambio neutralizó los obstáculos que antaño hacían prácticamente inaplicable la atenuante analógica, dado que la falta de cualquier requisito estipulado en la ley hacía caer la posibilidad de aplicar la circunstancia sexta del art. 21 CP. El cambio producido en la jurisprudencia permitiría entender que dos circunstancias serán juzgadas análogas cuando compartieran la misma razón atenuante y mantengan cierto parecido estructural.

Hay una segunda cuestión que aparece en esta fluctuante jurisprudencia que, sin embargo, no observo con igual agrado. En relación a lo que debe entenderse por “anteriores” en la atenuante analógica, debe verse como un cambio de interpretación *óptima* el paso de interpretar que comprende a las anteriores circunstancias del art. 21, a las distribuidas en la Parte especial y las que puede aceptar la idea fundamental de las atenuantes. Entiendo que la jurisprudencia anterior del TS adoptaba como *óptima* para la expresión “anteriores” una interpretación de carácter literal o incluso podría decirse que sistemática. Esto quiere decir que, tomando como base el contexto del uso ordinario del término o el

⁵⁹ STS núm. 504/2003, Sala de lo Penal, de 2 abril; STS núm. 426/2005, Sala de lo Penal, de 6 abril; STS núm. 1020/1996, Sala de lo Penal, de 10 febrero; STS núm. 159/1995, Sala de lo Penal, de 3 febrero.

⁶⁰ STS núm. 504/2003, Sala de lo Penal, de 2 abril.

⁶¹ Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante*, pp. 341, 355, quien rechaza el reconocimiento de efectos atenuantes a las dilaciones indebidas al amparo de la atenuante analógica, por considerar que con ello se afecta el principio de legalidad.

⁶² STS núm. 1078/2002, Sala de lo Penal, de 11 junio.

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 62.

⁶⁴ No obstante, es posible observar que el TS rechazó la posibilidad de atenuar la pena en un caso de *poena naturalis*, a causa de no existir ningún tipo de analogía con alguna de las circunstancias del art. 21 CP, cfr. STS núm. 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril. Seguramente, si hubiese adoptado el punto de vista que posteriormente siguió la Sala, habría atenuado la pena a partir de la atenuante tipificada en el inc. 6.

lugar del CP en que está ubicada la atenuante analógica, por “*anteriores*” sólo debían comprenderse las restantes circunstancias contempladas en el art. 21 CP. En cambio, la variación operada en la jurisprudencia puede mostrar cómo la interpretación teleológica o genética del término llega a posicionarse como interpretación *óptima*⁶⁵.

En este último cambio operado en las sentencias del TS sobre la atenuante de análoga significación se produce una expansión exorbitada de su ámbito de vigencia. No alcanzo a observar las ventajas que tiene postular como interpretación *óptima* un entendimiento de la letra de la ley que erige a la atenuante analógica como una auténtica cláusula general de atenuación de la responsabilidad penal. Sobre todo entiendo que esta interpretación que intenta mostrarse como *posible y óptima* enmascara en realidad una interpretación *arbitraria*.

El TS pretende mostrar que se trataría de una interpretación *posible* cuando ésta se circunscribe al contexto de la finalidad de la atenuante analógica o a la finalidad perseguida por el legislador con ella. Sin embargo, dudo seriamente si estamos ante tales interpretaciones y que pudiesen postularse como interpretación *óptima*. Esto último no puede ser cierto porque si el inciso 6º no se restringe al art. 21 CP sino que se proyecta a otras atenuantes, al menos estas otras circunstancias deberían estar ubicadas con *anterioridad* al art. 21.

Sin embargo, es fácil advertir que previamente al art. 21 se ubica solamente la atenuación de pena prevista en el art. 14 3. CP que prevé la aplicación de una pena inferior en uno o en dos grados ante casos de error vencible de prohibición. Precisamente, cuando se atiende a los criterios aportados por el TS en la sentencia núm. 1137 de 6 octubre de 2005, puede verse que no se alude a esta atenuante sino que la extensión a otras eximentes concretas se produce tomando en consideración solamente a las ubicadas en la Parte especial.

En realidad, creo que la consecuencia seguida con esta interpretación —de que el término “*anterior*” abarcaría también las atenuantes del resto del CP y los fundamentos de la institución de la atenuación de pena—, difícilmente puede circunscribirse como el seguimiento de una regla del habla que rige en la comunidad lingüística. En tal sentido, el TS pretendería explicitar con esta interpretación una regla del uso del término “*anteriores*” que, en realidad, es inexistente. De ahí que pueda afirmarse que estamos ante una interpretación *arbitraria*.

Entiendo más bien que la ubicación que asigna el legislador a la atenuante analógica en el articulado del CP abona una interpretación que se aproxima a la tesis sostenida con anterioridad por la Sala Penal del TS. No comparto, por consiguiente, este cambio de interpretación *óptima*. En realidad, entiendo que debe interpretarse que cuando el legislador ha señalado que la analogía debe tener lugar con las anteriores circunstancias está queriendo aludir a las previstas en el art. 21 CP y que son previas a la atenuante analógica⁶⁶. Incluso esta postura encontraría también como aval el hecho de que en el Proyecto de CP de 1980 se eliminaba la expresión “*a las anteriores*” —lo que habría hecho posible extender a todas las atenuantes del CP la atenuante analógica—; propuesta que finalmente no cristalizó en la reforma⁶⁷.

IV ¿SUPONE LA APLICACIÓN DE LA ATENUANTE ANALÓGICA UN CASO DE ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM*?

A INTRODUCCIÓN

⁶⁵ Entendiendo que este cambio jurisprudencial tuvo que ver con la preeminencia de una interpretación teleológica, GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, pp. 156-157.

⁶⁶ Así también, GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, pp. 150, 157; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante*, p. 299; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 46-47, aunque para este autor cabría también de modo excepcional extender el ámbito del art. 21 6º CP hasta los confines del art. 23. Siguiendo iguales criterios que los expuestos por ORTS BERENGUER, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 48-49.

⁶⁷ GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 157; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 97-98.

CAPÍTULO 6: LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

La pregunta con la que se inicia este apartado puede despertar algunas sorpresas. Que el cuestionamiento resulte llamativo obedece al grado de afianzamiento presente en la doctrina española respecto a la aceptación de la atenuante analógica como la única vía autorizada de emplear la analogía *in bonam partem*. Esta línea doctrinal, claramente dominante en España, entiende que el legislador habría autorizado al juez solamente a recurrir a la analogía favorable al reo mediante el art. 21 6º CP⁶⁸. Esto presupondría que cuando el juez sustenta su decisión en el art. 21 6º CP estaría siempre recurriendo a la analogía *in bonam partem* y, a partir de allí, crearía *ex novo* atenuantes que sean de análoga significación con las restantes⁶⁹.

No obstante, constituye éste uno de los errores que con más frecuencia se han cometido en la discusión doctrinal y en la jurisprudencia. La carencia de un soporte metodológico que diseccione debidamente los problemas que involucran a la interpretación y a la analogía constituye el principal responsable de semejante confusión. En realidad, el juez no integra ninguna laguna axiológica mediante la analogía cuando acude a la atenuante analógica. Tan sólo en casos muy marginales podrá señalarse que se habrá integrado el Derecho penal a partir de la analogía *in bonam partem*.

Hasta donde entiendo, la confusión que llevó a ver en toda argumentación con el art. 21 6º CP un caso de analogía obedece a razones principalmente metodológicas. En esencia, al no haberse trazado debidamente el campo conceptual de la analogía, surgen un sinnúmero de inconvenientes. Tampoco se facilita en nada la situación cuando no se zanan debidamente las cuestiones semánticas de las conceptuales o axiológicas que se presentan en las variedades de lagunas. Esta situación conduce al juez a caer en una especie de “*esquizofrenia analógica*”, cuyo principal síntoma sería la perturbación de la percepción de la realidad, que le lleva a ver casos de analogía *in bonam partem* por doquier. Precisamente, para resolver y clarificar algunos de estos inconvenientes retomaré algunas cuestiones vertidas en el capítulo segundo.

B CASOS GENÉRICOS REGULADOS POR LA ATENUANTE ANALÓGICA

Cuando el legislador dispone en el art. 21 6º que son circunstancias atenuantes “*cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*”, introduce en el CP una disposición que genera un sinnúmero de problemas interpretativos a la hora de identificar los casos genéricos regulados por esta norma. Pese a las innumerables bondades que la atenuante analógica tiene en el terreno de la individualización de la pena⁷⁰, no deja de ser problemática la identificación del significado de esta norma y de los casos que son regulados mediante ella. En buena medida ello explica que el origen de las confusiones respecto al verdadero terreno en el cual el juez construye atenuantes por analogía tenga como origen, no sólo cuestiones metodológicas, sino también a la misma redacción del art. 21 6º CP.

Pese a reconocerse esta dificultad con la que se encuentran los intérpretes, no es menos cierto que el simple recurso a esta disposición legal no importa sin más que el juez acuda a la analogía y construya, en consecuencia, una nueva circunstancia de atenuación de pena. Si se analiza detenidamente cuáles son los casos genéricos que regula la atenuante de análoga significación, podrá verse que buena parte de los supuestos que los tribunales tuvieron que resolver a partir de la atenuante de análoga significación están lejos de ser ejemplos de analogía *in bonam partem*. En ninguno de ellos nos encontraríamos frente a casos de lagunas axiológicas que deban ser colmadas gracias a este mecanismo de integración del Derecho penal. Más bien, se trata de casos en los que el legislador ya ha dispuesto que son circunstancias atenuantes, de modo que no haría falta que el juez creara por analogía algún tipo de circunstancia nueva que solucione alguna inconsistencia axiológica.

⁶⁸ En tal sentido, CEREZO MIR, *PG*⁵, I, pp. 173-174;; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, p. 256; CORTÉS BECHIARELLI, en *Comentarios al Código penal (dir. COBO DEL ROSAL)*, p. 100; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal (dir. COBO DEL ROSAL)*, p.159-160, 162; EL MISMO, en *Comentarios al Código penal (RODRÍGUEZ MOURULLO dir.)*, p. 37; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 30; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 17-18; ROMEO MALANDA, en *RDPC (2005)* 16, pp. 196, 203-204; GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, pp. 148-149.

⁶⁹ GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 148; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 30; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, pp. 15-16.

⁷⁰ ORTS BERENGUER, *Atenuante*, pp. 52-53; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 31, 35; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, pp. 26-28; VALLE MUÑIZ, en *ADPCP (1992)* XLV, Fasc. II, p. 612.

A tenor de esto último, puede advertirse que abundan sentencias del TS que aplican la atenuante analógica a casos genéricos semejantes a la confesión de la infracción, reconocida en el art. 21 4º CP. La colaboración activa de una persona detenida no sólo confesando su culpabilidad, sino también entregando la droga y dejando ingresar a los agentes policiales en su domicilio para que lo registren, ha merecido la atenuación de pena⁷¹. En este supuesto está ausente el requisito de la falta de conocimiento del inicio del proceso judicial en su contra. No obstante, la analogía entre este caso y el expresamente recogido en el inc. 4º, sumada la colaboración activa, ha llevado al TS a reconocer la necesidad de atenuar la pena en virtud del art. 21 6º CP.

Más allá de las dudas que presenta cierto sector doctrinal acerca de la posibilidad de admitir la atenuante analógica en relación a las incompletas⁷², el TS ha reconocido que la circunstancia del inc. 6º era aplicable a situaciones de neuropatías y de neurosis⁷³. Igualmente, se reconoció la atenuación de pena cuando una madre llevó a su hijo encarcelado 1.19 gramos de heroína⁷⁴. En estos casos la admisión de efectos atenuantes a partir de la circunstancia 6ª tuvo lugar gracias a la similitud entre los supuestos explicitados por el legislador en el inciso 1º del art. 21 CP. Del mismo modo el TS también consideró aplicable la atenuante de análoga significación en actuaciones producidas bajo el síndrome de abstinencia que afectaban la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de actuar conforme a esa comprensión⁷⁵.

En estas sentencias el TS se había limitado a aplicar la atenuante analógica a casos que se encontraban abarcados por la literalidad de la norma. Esto quiere decir que el TS en ningún momento habría creado analógicamente una atenuante no reconocida por el legislador en el CP. Bien al contrario, se trataría de casos individuales de los casos genéricos que regula el art. 21 6º CP. Empleando otros términos podría señalarse que el juez estaría aplicando la norma a casos que son justamente regulados por la atenuante analógica, es decir, análogos a los incisos 1º, 2º y 4º. Aquí no existiría ninguna laguna axiológica que deba integrar el juez, sino que, justamente al contrario, coinciden el legislador y el juez en la solución jurídica que deben recibir los casos genéricos.

Posiblemente formalizar un poco la argumentación ayudaría a comprender las razones por las que sostengo que los ejemplos que más arriba reseñaba sobre la aplicación de la atenuante analógica no suponían un caso de analogía *in bonam partem*. Más bien, constituían una simple aplicación del art. 21 6º CP a casos individuales solucionados ya por el legislador. Tal formalización podría realizarse en los siguientes términos:

- A= circunstancia 1ª art. 21 CP
- B= circunstancia 2ª art. 21 CP
- C= circunstancia 3ª art. 21 CP
- D= circunstancia 4ª art. 21 CP
- E= circunstancia 5ª art. 21 CP
- x=análoga significación
- Z= atenuar
- O= obligatorio

Conforme a la literalidad de la atenuante por analogía debe tomarse como término de comparación alguna de las circunstancias del art. 21 CP. Por tanto, regula solamente casos genéricos que sean similares a éstas últimas. Si en este punto consideramos la formalización anterior podrá verse

⁷¹ STS núm. 1258/1999, Sala de lo Penal, de 17 septiembre. También reconoce efectos atenuantes a un caso similar en el que el detenido aporta información sobre los restantes imputados, cfr. STS núm. 1047/1999, Sala de lo Penal, de 27 julio. Sin embargo, contrario a la atenuación de pena, OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación*, pp. 219-220.

⁷² Ello explica que sean excepcionales los fallos del TS que admitieran la aplicación de la atenuante analógica en relación a las eximentes incompletas. Puede comprobarse esta situación con tan sólo observar lo que sucede con el estado de necesidad o al miedo insuperable en STS núm. 1342/1997 (Sala de lo Penal), de 3 noviembre; STS núm. 2479/1993 (Sala de lo Penal), de 8 noviembre; STS núm. 481/1997 (Sala de lo Penal), de 15 abril. Incluso algunos casos en los que se admite la atenuante en cuestión son dudosos, al parecer en realidad casos de eximentes incompletas y no de situaciones análogas a ellas.

⁷³ STS núm. 1020/1996, Sala de lo Penal, de 10 febrero.

⁷⁴ STS núm. 1342/1997, Sala de lo Penal, de 3 noviembre. En similar sentido, STS nº 1121/1997, Sala de lo Penal, de 18 septiembre.

⁷⁵ Cfr. STS núm. 823/1996, Sala de lo Penal, de 12 febrero; STS núm. 1375/1993, Sala de lo Penal, de 19 febrero; STS núm. 9343/1992, Sala de lo Penal, 17 de noviembre. En la doctrina, cfr. ARROYO DE LAS HERAS, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, pp. 42-43, 46; GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 80.

CAPÍTULO 6: LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

que la circunstancia 6ª del art. 21 CP comprende los casos xA, xB, xC, xD y xE. Esto quiere decir que esta circunstancia obliga a atenuar la pena cuando se presenten casos genéricos similares a las circunstancias 1ª (A), 2ª (B), 3ª (C), 4ª (D) y 5ª (E). De este modo podrá decirse que la norma de la atenuante analógica es la siguiente:

OZ \equiv xA v xB v xC v xD v xE

Conviene entonces ahora volver a los casos resueltos por el TS aplicando la atenuante del inc. 6º. La atenuación de pena que merece el delincuente que colabora con las autoridades en la investigación del hecho tras conocer el inicio del proceso, constituye un caso individual del caso genérico regulado por la atenuante analógica (xD), dado que es un supuesto análogo a la confesión del delito previsto en el inc. 4 del art. 21 CP.

Un razonamiento similar puede utilizarse en relación a los delitos cometidos por personas afectadas por neurosis, neuropatías o que padecen un síndrome de abstinencia. Estas situaciones ya son solucionadas por el art. 21 6º CP, con lo que tampoco sería necesario acudir a la analogía *in bonam partem*. Serían, en realidad, casos individuales de los casos genéricos xA y xB, respectivamente.

En ninguna de estas situaciones estaría presente un presupuesto imprescindible de la analogía *in bonam partem*: la existencia de una *laguna axiológica*. En ninguno de estos casos estamos frente a inconsistencias axiológicas que ameriten la construcción judicial de una atenuante por medio de la analogía⁷⁶. Ella sólo sería posible si las confesiones de los delincuentes posteriores al inicio del proceso o las neuropatías no tuviesen efectos atenuantes. Aquí podría haber un enfrentamiento entre la valoración del legislador favorable al castigo sin atenuación (tesis de relevancia) y la valoración del juez favorable a la atenuación de la pena (hipótesis de relevancia). Sin embargo, ello no sucede porque la ley reconoce efectos atenuantes a estos casos y el plexo axiológico del legislador y el juez quedarían al unísono.

La argumentación precedente pone al desnudo los equívocos que se derivan de considerar todo recurso a la atenuante de análoga significación como un caso de analogía *in bonam partem*. No obstante, ello no quiere significar sin más que alguno de los casos en los que el TS atenuó la pena no haya tenido lugar gracias a la analogía. Precisamente esto ha sucedido respecto a supuestos que no son alcanzados por el art. 21 6º CP, como sucede con las dilaciones indebidas⁷⁷, la *poena naturales* y la participación de un *extraneus* en un delito especial propio. Pero justamente estos casos serían distintos de los recogidos por la disposición en cuestión dado que no serían instancias de xA, xB, xC, xD o de xE.

C ¿SE ACUDE A LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* CUANDO SE COMPARAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES?

Al analizar el significado de la *interpretación analógica* y cuestionar su existencia y su utilidad, traía normas en las cuales el legislador, movido principalmente por razones de economía legislativa, utilizaba cláusulas que obligaban al intérprete a comparar y a buscar analogías⁷⁸. Mostraba que esto no sólo sucede en la Parte especial del CP⁷⁹, sino que asimismo está presente en la Parte general, en concreto, en el art. 20 2º CP ("*u otras que produzcan efectos análogos*"), art. 23 CP ("*análoga relación de afectividad*") o en el art. 21 6º CP que vengo comentando. Sin embargo, que en la ley aparezcan términos como "*análogo*" o "*análoga*" y que el juez deba comparar al interpretar la norma no importa directamente que se recurra a la analogía. Sólo cabe tener presente la separación de los niveles de la interpretación y la integración del Derecho penal, para negar que se pueda hablar de recurso a la analogía en estos supuestos. Pese a ello, no debe pasar inadvertido que normas con este tipo de estructura precisan de un modo particular de razonamiento en aras de identificar su significado.

⁷⁶ Así también, FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 217.

⁷⁷ Sin embargo, en relación con las dilaciones indebidas, entiende MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante*, pp. 65-66, que no existirían lagunas de ningún tipo.

⁷⁸ Ver pp. 116 y ss.

⁷⁹ Sólo a modo de ejemplo: art. 173 2º, art. 221 1º, art. 297, art. 323, art. 324.

Cuando aparece este tipo de estructuras, es muy común razonar a la hora de interpretar tomando un caso paradigmático y, a partir de ahí, considerar abarcados por la norma casos análogos al paradigma⁸⁰. Cuando se interpreta la atenuante analógica y se busca conocer los casos regulados, la referencia a “otra circunstancia de análoga significación que las anteriores” obliga al intérprete a comparar un caso genérico con el caso genérico regulado en los incisos 1º, 2º, 3º, 4º o 5º del art. 21 CP⁸¹. Los casos genéricos de los incisos del art. 21 CP constituirán el paradigma de la comparación.

Por ejemplo, el intérprete debe comparar el caso genérico de confesión posterior a la toma de conocimiento del inicio del proceso con el caso genérico regulado en el inciso 4º. Si el juez encuentra una analogía o semejanza entre ambos casos, aplicará la atenuante analógica porque el caso estará regulado por la norma (siguiendo la formalización anterior, será un caso genérico xD). Sin embargo, que el juez deba comparar casos y deba buscar analogías entre ambos no significa que esté haciendo analogía⁸², más aún si se considera debidamente que la analogía *in bonam partem* importa en el Derecho penal un medio de integración y no de interpretación. En los supuestos que vengo tratando de la atenuante analógica, utilizamos este razonamiento analógico solamente para hallar el significado de la norma; es decir, para interpretar la disposición legal.

Seguramente, conforme al significado ordinario de los términos, podría decirse que estaríamos ante casos de analogía cuando el juez busca semejanzas con los casos tipificados en el art. 21 CP para identificar los casos genéricos de la atenuante analógica. Justamente este es el sentido de analogía que defiende un importante sector de la hermenéutica y que asigna a la analogía una presencia omnicompresiva⁸³. No obstante, entender el significado de la analogía en estos términos se aparta por completo del sentido técnico que la doctrina claramente dominante reconoce a la analogía⁸⁴, centrando su papel en la integración del Derecho.

En la mayoría de los casos analizados hasta ahora de la aplicación de la atenuante analógica no existe ni el más mínimo rastro de analogía *in bonam partem*⁸⁵. Es decir, no existe aquí ningún recurso a la analogía en el plano de la integración del Derecho penal. Todos estos casos son, en verdad, casos de simple aplicación de la atenuante analógica a los casos que son abarcados por su tenor literal. De ahí que no estemos frente a supuestos en los que la norma se aplica a casos no regulados por la norma o a casos afectados por algún tipo de laguna axiológica.

D ¿QUÉ CLASE DE LAGUNA PODRÍA AFECTAR AL ART. 21 6º CP?

En el capítulo segundo podía verse cómo uno de los presupuestos fundamentales de la analogía *in bonam partem* era la presencia de una laguna axiológica. Este tipo de lagunas, al igual que las lagunas normativas, eran desajustes que se producían una vez interpretadas las normas y que afectaba alguna de las propiedades de los sistemas normativos. Sin embargo, he defendido que los casos en los que el TS fundaba su decisión en el art. 21 6º CP no estaban afectados por lagunas axiológicas. Su motivo estaba en que eran casos regulados de tal modo que no se producía una confrontación entre la regulación que el legislador y el juez estimaban pertinente.

La ausencia de una laguna axiológica que impida entender que estos casos se resuelven mediante la analogía *in bonam partem*, no puede llevarnos a desatender la particularidad de la estructura de la atenuante analógica y que no hace nada sencilla la tarea interpretativa. De ahí se explica que

⁸⁰ Este modo de razonar es muy común entre los convencionalistas del significado que optan por fijar un paradigma que determina el significado, en lugar de fijar una lista de propiedades relevantes. Al respecto, cfr. MOORE, en *Southern California Law Review* (1985) 278, p. 291, nota 25.

⁸¹ Entendiendo que se trata de un supuesto de interpretación analógica, DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, pp. 17-18; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 18-19; ORTOS BERENGUER, *Atenuante*, p. 22.

⁸² Correctamente en este sentido, KÖHLER, *AT*, p. 91.

⁸³ KAUFMANN, Art., *Analogie*, pp. 4-5, 26-28, 37, 51; HASSEMER, *Tatbestand*, pp. 112-113. Incluso se pronuncian en este sentido autores no tan comprometidos con la hermenéutica jurídica, cfr. DANCKERT, *Die Grenzen*, pp. 18-19; SALGUERO, *Argumentación*, pp. 29-30; FALCON Y TELLA, *El argumento*, pp. 56 y ss.; un poco más reducida es la tesis de ATIENZA, *Sobre la analogía*, pp. 34-35; LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista de la Universidad Complutense* (1983) 69, p. 15.

⁸⁴ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 44.

⁸⁵ Lo estiman así también OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 19 y DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, pp. 17-18, aunque a partir de considerarla como un caso de interpretación analógica; sin embargo, a lo largo de sendas obras se vuelve a confundir la interpretación y la analogía.

CAPÍTULO 6: LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

pueda enfrentarse el intérprete frente a lagunas jurídicas que dificultan la comprensión del significado de la norma. No parece ser nada extraño que semejante problema también afecte a la interpretación, más aún cuando con anterioridad insistía —siguiendo el modelo de ALCHOURRÓN y BULYGIN— en que las lagunas jurídicas también pueden condicionar la aplicación y la interpretación de la ley. Justamente esto acontece cuando se habla de lagunas *de reconocimiento* y de lagunas *de conocimiento*⁸⁶.

Al observar la estructura de la atenuante de análoga significación, daría toda la impresión de que el legislador, conciente de lo cambiante de la materia regulada, hubiese ampliado el marco dentro del cual el juez puede resolver los casos que se le presentan⁸⁷. Diría LARENZ⁸⁸ que el legislador habría “dejado una cuestión sin resolver, abandonando su solución a la jurisprudencia judicial y a la Ciencia”⁸⁹. Podría juzgarse dudoso que la solución quede abandonada al juez, pero lo que parece evidente es que aquí el legislador ha ideado un mecanismo que permite dotar a la norma de tal versatilidad que puedan solucionarse los casos de textura abierta. Precisamente, uno de los aspectos que caracteriza a la textura abierta es la indeterminación de los hechos⁹⁰, esto es, la dificultad de prever todos los casos posibles a los que pueda ser aplicada la norma⁹¹. La disposición legal de la atenuante analógica solamente podría regular esta realidad de modo satisfactorio cuando tuviese una estructura flexible que facilitara la actividad del juez.

Estos casos, en los que el legislador parece haber dejado abiertas las condiciones de aplicación de una norma, han recibido el nombre de *lagunas iniciales* o *primarias*⁹². Justamente, se entiende que aquí la regulación legal misma habría traído consigo desde el comienzo una laguna jurídica⁹³. Ello no sólo sucedería con la disposición legal del art. 21 6° CP, sino también con aquellas otras que emplean expresiones como “análogo” o similares. Podrá decirse que este tipo de lagunas se solucionan a partir de la interpretación de la ley, esto es, determinando cuáles son los casos que son análogos a los diferentes incisos del art. 21 CP.

Estas lagunas primarias están lejos de constituir lagunas axiológicas, como exige la analogía *in bonam partem*. El juez no ha solucionado ninguna laguna axiológica cuando atenúa la pena a un caso en el que el imputado ha colaborado intensamente con las autoridades una vez conocido el proceso en su contra. En realidad, aquí el juez habrá tenido que realizar esfuerzos extras para interpretar la ley y saber cuáles son los casos regulados por la norma. Pero se interpreta la norma y se sabe que la atenuante abarca a estas confesiones posteriores al inicio del proceso, por lo que no es posible advertir la confrontación entre la tesis de relevancia del legislador y la del juez. Ambos coincidirían al considerar correcto que se atenúe la pena para estos casos.

Si las lagunas *iniciales* no son lagunas axiológicas, parecería conveniente exponer con cuál de los tipos de lagunas defendidos en esta obra guarda simetrías. Si consideramos la clasificación entre lagunas *de conocimiento*, lagunas *de reconocimiento*, lagunas *normativas* y lagunas *axiológicas*, pueden asimilarse las lagunas *iniciales* o *primarias* a las lagunas *de reconocimiento*. En ambos casos se plantean problemas semánticos derivados de la vaguedad o la ambigüedad de los términos legales o de la textura abierta y que el juez o el intérprete debe resolver. Pero, ello obliga a no pasar por alto que estas lagunas se plantean al momento de identificar el significado de las normas y no cuando se intenta salvar inconsistencias axiológicas. Esto implica que el proceso para colmar las lagunas *iniciales* o las lagunas *de reconocimiento* se circunscribe dentro de la etapa de la interpretación y no en la integración del Derecho penal. Por tanto, no juega ningún papel la analogía *in bonam partem* al resolver estos casos, con lo que no es necesario que el juez construya ninguna circunstancia atenuante nueva.

⁸⁶ Ver pp. 148 y ss.

⁸⁷ Según RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, p. 257, parecería que el legislador en estos casos hubiese establecido la casuística previa a la atenuante analógica solamente a los fines de orientar al intérprete.

⁸⁸ LARENZ, *Metodología*, p. 372.

⁸⁹ En sentido similar, RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 860, p. 543.

⁹⁰ HART, *El concepto*, pp. 160-161.

⁹¹ NINO, *Introducción*, p. 266. Para hacer frente a este problema, el legislador utilizaría intencionalmente conceptos jurídicos indeterminados y abiertos, cfr. RÜTHERS, *Rechtstheorie*², pp. 106-107, n.m. 177.

⁹² RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 860, p. 543; LARENZ, *Metodología*, p. 372; RÖHL, *Allgemeine*², § 77, pp. 616; ENGISCH, *Einführung*, pp. 186-187.

⁹³ ENGISCH, *Einführung*, pp. 187; RÜTHERS, *Rechtstheorie*², n.m. 860, p. 543.

V CREACIÓN DE ATENUANTES MEDIANTE LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM*

A PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

A partir de las consideraciones precedentes pudo verse cómo el campo que le corresponde a la analogía *in bonam partem* en las atenuantes es mucho menor del que suele reconocerse. Una errónea interpretación de la atenuante analógica y una equivocada visión acerca de lo que hace el juez al aplicarla habían exponenciado de un modo exorbitado los casos en los que este mecanismo de integración del Derecho penal supuestamente entraba en juego. Sin embargo, esto no quita que algunos de los casos más renombrados en los que el TS atenuó la pena hayan constituido auténticos casos de analogía *in bonam partem*. En estos supuestos, el TS creó verdaderas causas de atenuación mediante la analogía, pese a que en sus sentencias haya creído estar fundamentando su decisión en la atenuante del art. 21 6º CP. Frente a causas en las que se debatían los efectos atenuantes que podían tener las dilaciones indebidas o la responsabilidad de un partícipe *extraneus* en un delito especial propio, el juez no apoyó su decisión en ninguna norma puesta por el legislador sino que lo hizo en una norma creada por él, recurriendo a la analogía *in bonam partem*.

Con todo, para diseccionar debidamente los planos argumentativos en los que el TS operó, conviene separar el tipo de analogía al que el juez acudió para crear la atenuante que lo habilitaría a disminuir la respuesta penal. Si bien la proyección de la analogía *legis in bonam partem* se ve sensiblemente reducida por la figura de la atenuante analógica, ello no significa que se haga imposible el recurso a ella. Un especial interés tiene el empleo de la analogía *institutionis in bonam partem* dado que el tribunal recurrió inconscientemente a ella para resolver casos muy renombrados en la dogmática de la atenuante analógica. En relación a la posibilidad de que el juez recurra a la analogía *iuris in bonam partem*, se reitera aquí la prohibición de acudir a ella, sin perjuicio de lo cual expondré algunas referencias que aparecen en la jurisprudencia del TS en relación a esta clase de analogía.

B CREACIÓN DE ATENUANTES MEDIANTE LA ANALOGÍA *LEGIS IN BONAM PARTEM*

Seguramente uno de los ámbitos de la analogía *in bonam partem* que se ve más afectado como consecuencia del papel que desempeña la atenuante analógica, es el de la analogía *legis*. La atenuante analógica obliga a razonar acudiendo a las *rationes legis* de las restantes circunstancias del art. 21 CP para poder establecer cuándo un caso es análogo al regulado por alguna de ellas. Ello se presenta con evidencia cuando se asevera que la similitud no debe estar limitada a un parecido meramente morfológico sino también a un parecido de sentido. Solamente la razón subyacente a la atenuante concreta del art. 21 CP ofrece esa dimensión de sentido que requiere la comparación. Por ejemplo, el juez recurre a la *ratio legis* de la circunstancia de la confesión, para poder atenuar la pena en un caso en el que se colabora activamente con la justicia en la investigación de la causa con posterioridad a conocer el inicio del proceso.

Pese a que en este terreno desempeñaban un rol destacado las *rationes legis*, mostraba con anterioridad que la actividad del juez no se desenvolvía en el terreno de la integración del Derecho penal, como requiere la analogía *in bonam partem*, sino en el de la interpretación. Esto se explicaba, resumidamente, por el hecho de que faltaba una laguna axiológica y tan sólo podía estar discutiéndose sobre una laguna de reconocimiento que condiciona el proceso interpretativo y aplicativo del Derecho penal. Por tanto, cuando el TS, a partir del art. 21 6º CP, atenuaba la pena ante la reparación del daño efectuada por el imputado durante la celebración del juicio oral⁹⁴ o debido a que el imputado había obrado bajo el síndrome de abstinencia⁹⁵, no creaba ninguna atenuante por analogía sino que sólo resolvía el caso a partir del material puesto por el legislador previamente.

⁹⁴ Cfr. STS núm. 768/2004, Sala de lo Penal, de 18 junio. Sin embargo, recientemente el TS ha negado la posibilidad atenuar la pena a partir de la atenuante analógica, pese a pretender el imputado reparar el daño o confesar su hecho fuera del término estipulado por la ley, cfr. STS núm. 1279/2005, Sala de lo Penal, de 14 noviembre.

⁹⁵ Nota 73.

CAPÍTULO 6: LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Sin embargo, ello no tiene por qué significar que el juez mediante la analogía *legis in bonam partem* no pueda crear nuevas circunstancias atenuantes. Esto especialmente sucede cuando analizamos las restantes atenuantes que el legislador español reconoce, tanto en la Parte general del CP, como así también en la Parte especial. En el elenco de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal tiene un destacado papel el art. 23 CP que reconoce la circunstancia mixta de parentesco. Esta disposición que, según interpreté con anterioridad, no estaría alcanzada por la atenuante analógica puede servir de molde al juez al momento de crear mediante la analogía *legis* una atenuante. Igualmente, lo mismo puede decirse de algunas atenuantes vinculadas a delitos concretos. Debido a la gran cantidad de causas que disminuyen la respuesta penal y que se ubican en la Parte especial del CP, reduciré aquí el análisis a las atenuantes de los artículos 376 y 579 CP.

El art. 23 CP habilita al juez a atenuar la pena en caso de existir entre el autor y la víctima algún tipo de vínculo familiar o semejante. En este sentido, admite que la pena puede atenuarse cuando el agraviado por el delito haya sido cónyuge del autor del hecho o persona ligada a ésta en forma estable por análoga relación de afectividad. Según interpreta la doctrina, aquí no sólo se acogería a las parejas que estén casadas legalmente, sino también a las parejas de hecho hetero- u homosexuales⁹⁶. Igualmente, el art. 23 CP alcanza a los ascendientes, descendientes o hermano natural o adoptivo del ofensor o de su cónyuge o conviviente. Esto permite ver cuál es el espectro de casos que acapara el artículo en cuestión.

Empero, existen casos que no serían abarcados por esta norma y que podrían dar lugar a una laguna axiológica que fundamentara la creación de una atenuante por analogía *legis in bonam partem*. OTERO GONZÁLEZ considera que un supuesto que queda al margen de la atenuante del art. 23 CP es el de aquella persona acogida en la casa de la víctima desde pequeña⁹⁷. Aunque también puede predicarse algo similar en relación a la amistad que pueda unir al autor con la víctima del delito⁹⁸. A ninguno de estos supuestos los regularía el artículo en cuestión, dado que ninguno de ellos se trata de una relación conyugal o análoga a ella o de un parentesco por afinidad o adoptivo como exige la norma. Ambos casos se verían afectados por una laguna axiológica.

Para un caso de lesiones cometidas por una persona que haya convivido desde su niñez con la víctima o que mantenga con ésta última una amistad, el art. 147 CP prevé una pena de 6 meses a 3 años, sin que concurra ninguna causa que pueda atenuar el marco penal. Si como jueces estimamos la necesidad de atenuar la pena, estaremos ante una laguna axiológica, al confrontar la tesis de relevancia del legislador (castigar las lesiones sin atenuar la pena) y la hipótesis de relevancia (castigo atenuado de las lesiones). En este caso el juez podrá entender que el legislador no tomó como relevante la amistad o el vínculo cuasi-familiar que existía entre el autor y la víctima, y que de hacerlo debería reconocerle efectos atenuantes.

La existencia de una laguna axiológica marcaría la presencia de un primer presupuesto de la analogía *in bonam partem*. El proceso de creación de la atenuante iría seguido por el establecimiento de la razón de identidad entre el caso genérico afectado por la laguna axiológica (lesiones entre amigos) y los casos genéricos regulados adecuadamente por el art. 23 CP. Aquí la *ratio legis* del precepto cumpliría la función de mostrar ambos casos como similares a los ojos de la ley. Finalmente, el art. 23 CP servirá de molde al juez para poder crear mediante la analogía *in bonam partem* una nueva atenuante.

Algo similar puede decirse respecto a la atenuante recogido por el CP en los artículos 376 y 579, los cuáles regulan casos genéricos similares aunque referidos a diferentes delitos: en el caso del art. 376 CP se trata de una atenuante para delitos contra la salud pública, mientras que en el art. 579 CP se prevé la atenuación de la pena en delitos de terrorismo. Según estas disposiciones legales, el juez podrá atenuar la pena cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades para impedir la producción del delito, para obtener pruebas decisivas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

⁹⁶ OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 96-97.

⁹⁷ OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 96.

⁹⁸ Exponiendo esta posibilidad, a partir de lo señalado en la jurisprudencia, GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 158. No obstante, no debe olvidarse que el TS ya en antiguas sentencia negó esta posibilidad, cfr. STS núm. 2821/1988, Sala en lo Penal, de 19 abril; STS núm. 3006/1987, Sala en lo Penal, de 5 mayo.

Frente a la posibilidad de atenuar la pena que estipula el legislador en estos casos surgirían dudas en relación a aquella persona que no haya abandonado voluntariamente las actividades delictivas, sin perjuicio de lo cual haya aportado en el proceso información decisiva para desbaratar una plan terrorista de gran alcance que la agrupación se disponía ya a ejecutar y que se cobraría la vida de centenares de personas. Igualmente podría cuestionarse la situación en la que el imputado no desiste voluntariamente de sus actividades delictivas, pese a lo cual la información aportada en el proceso permite que se detenga a todos los integrantes de una organización responsable de los mayores actos de tráfico de drogas de los últimos años.

Según se desprende de los artículos 376 y 579 CP ambas situaciones no deberían ser consideradas como modificativas de la responsabilidad y, por consiguiente, la pena se aplicaría sin atenuar⁹⁹. Aquí estaríamos frente a una laguna axiológica dado que el legislador no ha tomado como relevante que la información aportada por el imputado permita evitar un atentado de extrema gravedad contra el bien jurídico tutelado. El juez podría entender que el legislador debería haber tomado como relevante esta propiedad, con lo que volvemos a encontrarnos ante un caso en que se enfrentan la tesis y la hipótesis de relevancia. La existencia de esta laguna axiológica permitiría al juez crear por analogía una nueva circunstancia atenuante que atienda a estos eventos.

C CREACIÓN DE ATENUANTES MEDIANTE LA ANALOGÍA *INSTITUTIONIS IN BONAM PARTEM*

Muy posiblemente pueda decirse que una de las concreciones jurisprudenciales más claras de la analogía *institutionis in bonam partem* haya tenido lugar en relación a las atenuantes. Esto especialmente puede decirse en relación a los efectos atenuantes que el TS reconoció a las dilaciones indebidas y a la participación de un *extraneus* en un delito especial propio. Pese a que en estos casos el TS disminuía la pena por entender que era aplicable la atenuante analógica, creo que debe entenderse que aquí el tribunal no se limitó a aplicar una norma del CP sino que fundamentó su decisión en una norma creada judicialmente mediante la analogía *institutionis in bonam partem*. Además, no puede pasar inadvertido que aquí el TS trabaja en su argumentación con los fundamentos de la atenuación, vista ésta como una institución jurídico-penal.

Igualmente existen otros casos, como los de la pena natural, a los que el TS negó efectos atenuantes a partir del art. 21 6º CP¹⁰⁰, sin perjuicio de lo cual entiendo que frente a estas situaciones puede modificarse la pena a partir de la analogía *institutionis in bonam partem*. Debe destacarse que cuando el tribunal rechazó la atenuación de la pena, lo hizo a partir de considerar que la atenuante analógica no abarcaba estos casos, dado que no guarda ninguna analogía con las restantes circunstancias del art. 21 CP¹⁰¹. Sin embargo, el rechazo no se debía que estimara político-criminalmente errado atenuar la pena en estos casos. Ello pone en evidencia que mi pretensión de atenuar la pena respecto a la *poena naturalis* no se enfrentaría a la visión del TS e incluso presentaría claras simetrías.

En varias ocasiones el TS no ocultó la ausencia de un requisito esencial de la atenuante analógica en relación a los casos de *poena naturalis*, pero estos requisitos tampoco se daba especialmente respecto a las dilaciones indebidas y a la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios. Este requisito era que los casos sean análogos a los regulados en las restantes

⁹⁹ Sostengo que en este caso la pena se aplicaría sin atenuar, dado que entiendo que no sería aplicable ni la atenuante de confesión (art. 21 4º CP), ni la atenuante de reparación del daño (art. 21 5º CP), ni la atenuante analógica. La razón de ello está en que, en caso de concurso entre eximentes o entre atenuantes, la falta de requisitos exigidos para una de estas circunstancias recogidas en la Parte especial no podría llevar a la aplicación de las circunstancias previstas en la Parte general. Pese a que la discusión sobre el concurso de circunstancias eximentes de responsabilidad penal sólo se centró en los casos de concurso de causas de justificación, entiendo que alguno de los principios que aparecen allí pueden trasladarse al concurso de atenuantes. En relación a las atenuantes de la Parte especial que vengo tratando, regiría el principio de especialidad que cerraría el paso a las atenuantes de la Parte general. Para una idea orientativa de cómo podría abordarse el concurso de atenuantes, cfr. ROXIN, *AT*, I, § 14, nn.mm. 46 y ss., pp. 619-621; WARDA, en *MAURACH-FS*, pp. 153 y ss.

¹⁰⁰ Entiendo entretanto que sería aplicable la atenuante analógica ante hipótesis de *poena naturalis*, MORENO Y BRAVO, en *BACIGALUPO-Hm*, p. 555.

¹⁰¹ STS núm. 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril.

CAPÍTULO 6: LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

circunstancias del art. 21 CP; esto es, análogos a las eximentes incompletas (inc. 1º), a las graves adiciones a las drogas y al alcohol (inc. 2º), al arrebatu u obcecación (inc. 3º), a la confesión (inc. 4º) o a la reparación del daño (inc. 5º). Ni las dilaciones indebidas, ni la participación del *extraneus* son análogos a las anteriores circunstancias¹⁰², por más que alguna corriente jurisprudencial minoritaria haya intentado verlo de otra manera¹⁰³. Pero tampoco puede advertirse que supuestos de *poena naturalis* sean también regulados por la atenuante analógica¹⁰⁴ y ni por ninguna otra atenuante del sistema.

A partir de aquí puede decirse que el legislador no habría considerado como una propiedad relevante, a los efectos de morigerar la responsabilidad penal, la excesiva duración del proceso, el carácter de *extraneus* del partícipe o la pena natural¹⁰⁵. Existe entonces una laguna axiológica, dado que el no tomar el legislador como relevante a los efectos de la atenuación la excesiva duración del proceso, la cualidad de *extraneus* del partícipe o las consecuencias sufridas por el delincuente en ocasión del delito, correspondería mantener la pena inmodificable. En cambio, el juez entendería que estas propiedades deben juzgarse como relevantes y que, de hacerlo, debería llevarlo a atenuar la responsabilidad penal. Justamente esta confrontación entre lo que el legislador y el juez estiman relevante a los efectos de la atenuación de pena hace posible hablar de una laguna axiológica que debe ser colmada por la analogía *institutionis in bonam partem*.

En relación a estas tres constelaciones de casos, las razones que llevarían a considerar la existencia de una laguna axiológica son diversas. De ahí que resulte más conveniente analizar por separado los motivos de la reducción de la responsabilidad del partícipe *extraneus* o la de quien ve afectados sus derechos en su proceso excesivamente largo o como consecuencia de su delito.

Con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo art. 65 3º CP, el TS entendía que en los casos de participación del *extraneus* en un delito especial propio debía tenerse presente que en el partícipe no concurría la condición requerida por el tipo (ser funcionario, por ejemplo). En caso de no atenuarse la pena se confundiría en los delitos especiales la participación con la autoría en sentido propio^{106/107}. Frente a un delito de defraudación tributaria, aceptar la unidad del título de imputación llevaría a que la infracción del deber tributario del *intraeus* le sea también imputable al *extraneus* que ha colaborado con él¹⁰⁸. Por tanto, la conducta de este *extraneus* debería castigarse, aunque lo que sería reprochable es que este castigo sea el mismo que recibiría el autor, puesto que el partícipe no infringe personalmente el deber específico de tributar¹⁰⁹. Aquí quedaría reducido el contenido del ilícito y la culpabilidad, de modo que el principio de proporcionalidad dejaría como única salida la atenuación de la pena¹¹⁰. Hasta la entrada en vigor de la reforma introducida por la L.O. 15/2003 ninguna disposición legal reconocía efectos atenuantes a la participación del *extraneus*, por lo que puede decirse que existía una laguna axiológica que el juez colmó a partir del uso de la analogía *in bonam partem*¹¹¹.

La *poena naturalis* y a las dilaciones indebidas mantienen entre sí una íntima relación. Podría verse a la duración excesiva del proceso como una especie de la pena natural, dado que las cargas que supondrían las dilaciones indebidas para el imputado compensarían parcialmente su culpabilidad y tendrían un carácter de cuasi-pena^{112/113}. Precisamente, la jurisprudencia del TS tomó la

¹⁰² Manteniendo esta opinión respecto a las dilaciones indebidas, STS núm. 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril. Igualmente en relación a la responsabilidad del *extraneus* en los delitos especiales propios, STS núm. 1078/2002, Sala de lo Penal, de 11 junio; STS núm. 2052/2001, Sala de lo Penal, de 7 noviembre.

¹⁰³ Parece sugerir ello, STS núm. 806/2002 (Sala de lo Penal), de 30 abril.

¹⁰⁴ STS núm. 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril.

¹⁰⁵ Distinta es la situación en Alemania en relación a la *poena naturalis*, puesto que el § 60 StGB permite al juez excluir la pena (en caso de no superar el año de duración) cuando las consecuencias del hecho cometido por el autor sean de tal gravedad para éste que la imposición de la pena sería innecesaria. Incluso algunos autores entienden que mediante esta disposición podría también darse cabida a las dilaciones indebidas por entenderlas como una especie de pena natural, cfr. STRENG, en JR (2006) 6, p. 259.

¹⁰⁶ STS núm. 1078/2002, Sala de lo Penal, de 11 junio; STS núm. 2052/2001, Sala de lo Penal, de 7 noviembre; STS núm. 1493/1999, Sala de lo Penal, de 21 diciembre; STS núm. 20/2001, Sala de lo Penal, de 28 marzo.

¹⁰⁷ Rechazando, sin embargo, la atenuación de pena para el partícipe *extraneus*, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, pp. 98 y ss.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo*, p. 54.

¹⁰⁹ STS núm. 164/1997, Sala de lo Penal, de 12 de febrero.

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo*, pp. 57 y ss.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo*, p. 74.

¹¹² STRENG, en JR (2006) 6, p. 259, SCHÄFER, *Praxis*³, n.m. 438, p. 180; MEIER, *Strafrechtliche*, p. 183; Schönke/Schröder-STREE, § 60, n.m. 5; OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación*, pp. 215-216.

¹¹³ Sin embargo, considera que las dilaciones indebidas no deberían compensar la culpabilidad y, por ende, no deberían constituir una circunstancia atenuante, STRATENWERTH, *AT*, II, § 7, n.m. 96, p. 262; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 129.

compensación de la culpabilidad y la satisfacción del principio de proporcionalidad como criterios de la atenuación de la pena en las dilaciones indebidas^{114/115}. En general, la atenuación de pena por la excesiva duración del proceso tuvo lugar en la jurisprudencia del TS a partir de la aplicación de la atenuante analógica. Admitía que estábamos aquí frente a una de aplicación excepcional de esta atenuante, debido a que no se trataba de un supuesto análogo a los previstos en el art. 21 CP, como exige su inciso 6º¹¹⁶. Sin embargo, puede verse que el camino elegido por el TS, de atenuar la pena a partir de una aplicación excepcional del art. 21 6º CP, no constituye otra cosa que una fachada, detrás de la cual se esconde una creación analógica.

Con todo, la proyección de la *poena naturalis* en la atenuación de la responsabilidad penal no queda reducida a las dilaciones indebidas. Existen igualmente otros casos en los que los perjuicios que sufre el delincuente como consecuencia de su hecho tienen un gran significado¹¹⁷. Valga sino imaginar a quien, como consecuencia de su conducción imprudente, pierde en un accidente automovilístico a su familia¹¹⁸ o aquel traficante de drogas al que se le revientan varias cápsulas con cocaína que había ingerido, obligando la infección a extirparle la zona final del intestino grueso¹¹⁹. Igualmente cabe imaginar una situación similar cuando una persona quiere asesinar a su vecino incendiando su casa, pero el intenso viento desvía las llamas, que acaban llegando a su casa y lo dejan sin hogar¹²⁰.

En estos casos los perjuicios que sufre el delincuente con posterioridad a su hecho podrían considerarse, en opinión del TS, como un “castigo inicialmente metajurídico (que) reducen la culpabilidad sancionable y la dimensión de la pena necesaria», afirmando que esos hechos posteriores al delito menguan o compensan la culpabilidad inicial y operan como un «castigo extrapenal...»¹²¹. Me parece que aquí se está frente a una laguna axiológica en la medida que el legislador debería haber considerado como relevante a la *poena naturalis* al momento de elaborar las circunstancias atenuantes¹²². Dado que ello no sucede, el juez debería acudir a la analogía *in bonam partem* y así integrar el Derecho penal.

Frente a estos supuestos, el juez debería seguir como ideas rectoras para atenuar la pena a la *disminución del injusto* o de la *culpabilidad* o bien otras *razones de índole político-criminal*. Estas ideas aconsejarían reducir la dureza de la pena¹²³. La concurrencia de alguna de estas tres situaciones debería llevar a la conclusión de que el *merecimiento* y la *necesidad de pena* no son tan altas, de manera que la dureza de la respuesta penal debería morigerarse.

Ahora bien, entiendo que el medio de integración del Derecho penal que ha empleado el TS en los supuestos de dilaciones indebidas y de la responsabilidad del partícipe *extraneus* coincide con la analogía *institutionis in bonam partem*. Lo mismo puede decirse en relación al mecanismo que permite reducir la pena frente a situaciones de pena natural. Ante esta constelación de supuestos, el juez constata la existencia de una laguna axiológica y a partir de ahí la norma que crea el juez surge de un razonamiento por analogía apoyado en principios institucionales de la atenuación de pena. Quiero decir con lo anterior que solamente podemos establecer la semejanza entre todos los casos regulados por la institución y el afectado por la laguna axiológica gracias a los principios de las atenuantes.

¹¹⁴ Considera que la atenuación obedecería principalmente a razones esencialmente derivadas de consideraciones preventivo generales, MEIER, *Strafrechtliche*, p. 183.

¹¹⁵ STS núm. 1363/2004, Sala de lo Penal, de 29 noviembre; STS núm. 742/2003, Sala de lo Penal, de 22 mayo; STS núm. 655/2003, Sala de lo Penal, de 8 mayo; STS núm. 622/2001, Sala de lo Penal, de 26 noviembre.

¹¹⁶ STS núm. 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril.

¹¹⁷ Con razón, entiende *Schönke/Schröder-STREE*, § 60, n.m. 4, que en relación a la pena natural no deben sólo contabilizarse las consecuencias que el hecho tenga respecto a la integridad física del delincuente o de sus allegados, sino también las consecuencias de tipo material.

¹¹⁸ *Schönke/Schröder-STREE*, § 60, n.m. 3.

¹¹⁹ El TS se ha pronunciado sobre la *poena naturalis* en un supuesto de tráfico de drogas, aunque negando la atenuación de pena, cfr. STS núm. 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril.

¹²⁰ Seguramente en todos estos casos habrá que considerar el grado de probabilidad que *ex ante* existía de que tengan lugar estos perjuicios. Solamente deberán ser entendidos como pena natural aquellos sucesos lesivos que no hayan sido previstos por el delincuente. Justamente, un criterio similar sigue la STS núm. 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril, la cual niega los efectos atenuantes a los padecimientos que debe sufrir un traficante de drogas como consecuencia de la rupturas de una cápsula con cocaína en su intestino, porque esta consecuencia deberían haber sido prevista por el autor. Respectos a algunos criterios que permiten distinguir entre casos previsibles de otros imprevisibles, cfr. STRENG, en *JR (2006)* 6, pp. 260 y ss.; *Schönke/Schröder-STREE*, § 60, n.m. 6.

¹²¹ STS núm. 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril.

¹²² Considerando, no obstante, que no la pena natural no es relevante en la individualización de la pena, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*, p. 131.

¹²³ STS núm. 167/2004, Sala de lo Penal, de 13 febrero; STS núm. 504/2003, Sala de lo Penal, de 2 abril; STS núm. 1047/1999, Sala de lo Penal, de 27 julio.

CAPÍTULO 6: LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Asimismo, éstos aportarán el molde de la norma creada por el juez. Puede verse así que la analogía *institutionis* es el tipo de analogía que colma estas lagunas axiológicas.

Pese a que la jurisprudencia del TS no ha explicitado cuáles son en concreto los principios que fundamentan la institución de la atenuación de responsabilidad penal, la referencia explícita que hace a la disminución del injusto, de la culpabilidad y de la necesidad de pena sugiere que los principios institucionales de la atenuación giren alrededor de estas tres ideas. El TS ha insistido en la aplicación de la atenuante analógica cuando recurre a los fundamentos de las atenuantes para justificar esto. No obstante, se coloca trabajando en el terreno de analogía *institutionis in bonam partem* en lugar de aplicar una norma puesta por el legislador (art. 21 6º). En este sentido ha dicho el TS que,

Las circunstancias de atenuación del art. 21, antes del art. 9 del Código penal de 1973 responden, como se ha dicho, a una menor imputabilidad del sujeto; a una disminución del injusto y, por lo tanto, menor necesidad de pena; o a requerimientos de política criminal, como la reparación a la víctima o la colaboración con la administración de justicia. Las situaciones que la realidad fáctica puede evidenciar y que no pueden ser integrados en una de las circunstancias del art. 21 guardando sin embargo, una análoga significación con los fundamentos de las circunstancias de atenuación del art. 21, en sus números 1 a 5, pueden ser subsumidos en el número 6 atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto¹²⁴.

El anterior extracto de la sentencia pone en evidencia que la argumentación del TS se identifica con la analogía *institutionis in bonam partem* pese a no concretar cuáles son los principios que respaldan a la institución jurídico-penal. La falta de concreción de estos principios institucionales no oculta que el juez ha acudido a los principios que fundamentan la atenuación de pena para establecer la razón de identidad y para crear la norma a partir de las razones de la institución.

La expresa referencia que hace el TS a la idea de la atenuación de responsabilidad penal como una unidad de sentido, acerca la actividad judicial a lo que se entiende por analogía *institutionis in bonam partem*. En estos casos la analogía toma como referencia no una norma aislada del CP —como sucede en el caso de la analogía *legis*—, sino que toma como punto de partida todas las normas que conforman la institución de la atenuación de pena. A partir de estas normas considera los principios institucionales como matriz de la norma que creará para atenuar estos casos. De este modo, los principios institucionales —que en el caso de las atenuantes tomarán como pivote la disminución del merecimiento y la necesidad de pena— asumen un papel crucial en la fundamentación empleada por el TS¹²⁵.

D ¿CREACIÓN DE ATENUANTES MEDIANTE LA ANALOGÍA *IURIS IN BONAM PARTEM*?

Tanto en el primer capítulo como en el segundo enfatice que las competencias del juez estaban circunscriptas a la integración del Derecho penal mediante la analogía *legis in bonam partem* y la analogía *institutionis in bonam partem*. Ello implica que, conforme a los diseños teleológicos de la legalidad, la prohibición de analogía alcanza también a la analogía *iuris in bonam partem*.

Puesto que la creación judicial debe ser algo excepcional en el Derecho penal, incluso cuando se trata de disminuir o excluir la respuesta penal, sólo en contextos determinados puede tener lugar la analogía. La estructura de la analogía *iuris* aleja al juez de la ley de un modo exagerado y el trabajo con principios de un alto grado de abstracción puede llegar a confrontar con los fundamentos políticos y jurídico-penales del principio de legalidad. Estos actos de creación judicial ponen en entredicho al sostén democrático del Derecho penal y trastocan la relación entre los fines del Derecho penal. Pero incluso a esta crítica se le sumaban otras de carácter metodológico y que cuestionaban la compatibilidad de la analogía *iuris* con la verdadera esencia del razonamiento analógico, el cual se caracteriza por trabajar con principios de escasa abstracción.

En este apartado no pretendo replantear esta opinión respecto a la analogía *iuris in bonam partem* sino que me interesa mostrar como la jurisprudencia del TS también se ha pronunciado al respecto a la

¹²⁴ STS núm. 504/2003, Sala de lo Penal, de 2 abril. De más está decir que aquí también el TS se mantiene en el error de considerar estos supuestos abarcados por la atenuante analógica.

¹²⁵ Rechazando abiertamente la posibilidad de recurrir a los fundamentos de la atenuación de pena para reconocer efectos atenuantes a casos no expresamente previstos, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante*, pp. 321-322.

hora de analizar la atenuante analógica. La **STS del 3 febrero de 1995** indica que para una corriente doctrinal la analogía o similitud que exige la atenuante de análoga significación podría propiciarse a través de los fundamentos del ordenamiento jurídico o del Derecho natural¹²⁶. Esto quiere decir que, según la opinión vertida en esta sentencia, los principios generales del Derecho y los principios de Justicia o del Derecho natural podrían tener algún tipo de rol en relación al establecimiento de la razón de identidad requerida para la analogía. Justamente estos principios fundamentarían al ordenamiento jurídico.

Conviene igualmente exponer aquí que, pese a que en estos casos el TS buscó interpretar la atenuante analógica razonando con estos principios de gran abstracción, una lectura a partir del aparato metodológico seguido aquí muestra que, en realidad, se opera en el nivel de la integración del Derecho penal. Esto último explica que en estas situaciones se discutía sobre la posibilidad de atenuar la pena a partir de la analogía *iuris in bonam partem*. Se percibe con gran claridad una asimilación entre la argumentación seguida por el TS y la requerida para la analogía *iuris in bonam partem* cuando la sentencia alude a la importancia de los principios del ordenamiento jurídico o del Derecho natural para establecer la similitud entre los casos regulados y los afectados por una laguna axiológica.

Sin embargo, que estas ideas hayan salido a la luz en la concreta sentencia no comporta que pueda crearse por analogía *iuris* una circunstancia atenuante. En realidad, debe destacarse que el TS, más allá de su progresivo alejamiento de la letra de la ley, ha abordado con cierta mesura el tratamiento de las circunstancias atenuantes. Con esta actitud ha querido evitar que se frustren buena parte de los efectos preventivos a partir del reconocimiento judicial de toda clase de circunstancia atenuante¹²⁷. Esta actitud del TS ayuda a aventurar que, en caso de pronunciarse directamente sobre la analogía *iuris in bonam partem* en las atenuantes, debería optar por su rechazo, ya que tendría que considerar la analogía *iuris* como una extralimitación del juez que iría en contra del pensamiento que subyace a su jurisprudencia¹²⁸.

¹²⁶ STS núm. 159/1995, Sala de lo Penal, de 3 febrero.

¹²⁷ Considerando también inaceptable acudir a los principios informadores del ordenamiento jurídico y del Derecho natural, ORTS BERENGUER, *Atenuante*, p. 79.

¹²⁸ En cambio, se mostraría favorable a admitir la analogía *iuris in bonam partem*, GOYENA HUERTA, *Las atenuantes*, en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, p. 150.

CONCLUSIONES

1. La analogía *in bonam partem* es una herramienta argumentativa de la que se sirve el juez para salvar los problemas que demanda la justicia del caso y que tendería a verse frustrada en muchos casos con una aplicación rigurosa de la ley. Más aun, si se trata de una vía que tiene como meta ampliar las libertades individuales, parece evidente que ni siquiera las finalidades jurídico-penales puedan ser un escollo para su fundamentación. Sin embargo, el recurso a la analogía debe ser moderado, dado que un ejercicio abusivo por parte de los jueces y un reconocimiento desmedido de la jurisprudencia como fuente del Derecho penal, puede degenerar en graves consecuencias. En este sentido, aparecerían problemas insalvables de índole constitucional y jurídico-penal. Por tal motivo, la interpretación del principio de legalidad jugará un papel fundamental para determinar los fundamentos y los límites con los que debe estudiarse la analogía *in bonam partem*.

2. Un adecuado abordaje del principio de legalidad debe partir de reconocer las dos raíces que hacen a su esencia misma, estos es, los fundamentos que tienen que ver con los postulados del Estado de Derecho (o, si se quiere, la raíz política) y con los fines del Derecho penal. Con esta última orientación, se alcanza una dimensión que parece irrenunciable en cualquier institución jurídico-penal: la teleológica. Pero ambos fundamentos del principio de legalidad no deben entenderse como dos aspectos separados que no tienen nada que ver entre sí, sino que, en realidad, deben entenderse como la distinción de dos aspectos del mismo fenómeno. Cabe atender que la legalidad es una cuestión que no es atinente con exclusividad al Derecho penal, sino que concierne también al Derecho privado, al Derecho tributario y al Derecho administrativo, entre otros. En este sentido, la legalidad debe ser vista como un axioma de todo el Derecho, pero que el rigor de sus exigencias deberá graduarse conforme a cada rama del Derecho y a sus respectivas finalidades.

3. El fundamento político del principio de legalidad se vinculó con un modelo que venía a coincidir en sus líneas maestras con el constitucionalismo clásico, característico del Derecho penal ilustrado. La idea de un juez autómatamente fuertemente subyugado al imperio de la ley era la consecuencia de la rígida división de poderes y, a su vez, la causa de la proscripción de la analogía. Sin embargo, dicho modelo resulta absolutamente obsoleto para explicar nuestro andamiaje constitucional actual, del mismo modo que este modelo judicial de la subsunción no fue más que una (escandalosamente) errónea interpretación de los pensadores clásicos. En tal sentido, parece importante una explicación del postulado político del principio de legalidad a partir de un modelo neoconstitucionalista moderado.

De igual modo, la raíz relativa al Derecho penal debe renunciar a las explicaciones clásicas de interpretar al principio de legalidad desde la prevención general. Además de partir en su argumentación de premisas incorrectas, pretende orientar teleológicamente la legalidad pero a partir de los fines de la pena y no del Derecho penal. Por tanto, existe la necesidad de perfilar nuestra interpretación hacia los fines consistentes en *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos, ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales y reducir el ius puniendi*.

4. Una interpretación teleológica del principio de legalidad en estos términos habrá de mostrarnos significativas incidencias en relación a los fundamentos y a los límites de la analogía en el Derecho penal. Si bien no cabe dudar de la prohibición absoluta de la analogía en relación a los tipos y las demás disposiciones fundamentadoras de la punibilidad, la situación es ciertamente distinta en relación a las eximentes. En las causas de justificación, la analogía habrá de ser perfectamente admisible, del mismo modo que en relación con las causas de exclusión de la culpabilidad y las atenuantes. En estas tres instituciones podrá acudir a la analogía *legis* y a la analogía *institutionis*, buscando esta última implementar la analogía a partir de los principios que respaldan la justificación, la exclusión de culpabilidad y la atenuación de responsabilidad penal. Sin embargo, en las excusas absolutorias no es posible pasar por alto su carácter excepcional y, en

consecuencia, la analogía no podría tener lugar bajo ningún concepto. Es menester asimismo agregar que la analogía *iuris* no podría ser admitida en ninguna de las instituciones jurídico-penales sin producirse con ello un atentado contra el principio de legalidad.

5. Sin lugar a dudas, una argumentación de este tipo que aboga por la admisión limitada de la analogía *in bonam partem* no podría tener pleno encaje en un sistema como el español que prohíbe expresamente su empleo en el Derecho penal. El art. 4. 3 CP sólo reconoce el indulto como vía de escape a casos de excesiva rigurosidad de la ley, con lo que cierra las puertas a la analogía favorable al reo. Sin perjuicio de ello, la situación no es insalvable, en virtud de que las disposiciones de derechos fundamentales contenidas en la CE y la jurisprudencia del TC evidencian una constitucionalidad dudosa de dicha norma. Abogo, por consiguiente, por la defensa de la inconstitucionalidad del art. 4. 3 CP al no conciliarse ni con la Norma fundamental ni con los criterios jurisprudenciales del TC. Además, dicho artículo no es más que una genuina muestra de una idea de legalidad que hoy en día no es asumible.

6. La analogía ha tenido desde siempre una presencia polifacética en el razonamiento jurídico, de ahí que se la vinculara con cuestiones de diversa naturaleza: los conceptos vagos, la interpretación, la naturaleza de la cosa y la integración del Derecho. En la presente obra, se limita el alcance conceptual de la analogía, a los fines de ganar en precisión y claridad, y de este modo poder diseccionar los problemas de los que se ocupa la analogía, la interpretación, etc. Por este motivo, se toma partido por un concepto restringido de analogía, que reduzca su papel a la integración del Derecho penal. Con ello se explicita que la analogía no se involucra con cuestiones del significado de las normas. Al contrario, la analogía opera cuando las normas de un sistema ya se han interpretado y luego de poner estas normas en conexión se observa que existe un vacío legal (laguna normativa) o una inconsistencia axiológica (laguna axiológica).

7. La etapa de la identificación del significado de las normas queda reducida, según el esquema aquí esbozado, a la tarea interpretativa del juez. En esta etapa no puede desconocerse que la gran dificultad que presenta la tarea interpretativa obedece, entre otras cosas, a la imposibilidad de hallar un único significado a las normas jurídicas. Por esta razón, conviene distinguir entre *interpretaciones posibles*, *interpretaciones óptimas* e *interpretaciones absurdas o arbitrarias*. Las *interpretaciones posibles* son aquellas aceptadas por la comunidad jurídica, mientras que las *interpretaciones óptimas* son aquellas interpretaciones que, entre las interpretaciones posibles, son tomadas como las mejores explicaciones del significado de la norma. En cambio, las *interpretaciones absurdas o arbitrarias* son aquellas que no son aceptadas por la comunidad jurídica.

A su vez, las interpretaciones arbitrarias o absurdas se distinguen de la analogía, puesto que ambas figuras se mueven en ámbitos conceptuales diversos. En las interpretaciones arbitrarias el operador jurídico pretende identificar el significado de la norma jurídica, pero en realidad está pretendiendo identificar como posible una interpretación que la comunidad jurídica no estaría dispuesta a admitir. Esto quiere decir que cuando hablamos de interpretación arbitraria o absurda seguimos operando en el terreno del significado de las normas. En cambio, cuando se trabaja con la analogía los problemas de significado ya están resueltos y el operador jurídico extiende la regulación jurídica de una norma *ya interpretada* a un supuesto que se sabe que no es abarcado por esta disposición legal.

8. Una de las características que define a la analogía en general es la existencia de una laguna jurídica. En lo que concierne a la analogía *in bonam partem*, la particular estructura del sistema jurídico-penal y su papel reducido a la integración del Derecho penal, lleva a habilitar su recurso sólo en relación a determinados tipos de lagunas. Las denominadas lagunas de reconocimiento y de conocimiento no pueden ser solucionada mediante la analogía *in bonam partem*, porque no nos ubicamos en la faz de integración del Derecho penal. Tampoco tiene ninguna función la analogía *in bonam partem* en relación a las lagunas normativas, porque el sistema de normas jurídico-penales es pleno y no deja ningún caso genérico sin regular. En realidad, la analogía *in bonam partem* solamente procura colmar lagunas axiológicas.

9. Tiene una gran importancia distinguir, a su vez, entre las lagunas axiológicas y los desacuerdos valorativos *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*. En las lagunas axiológicas se produce una confrontación entre la tesis de relevancia del legislador y la hipótesis de relevancia del juez. Aquí el juez entiende que el legislador no ha tomado como relevante una propiedad y que, de

CONCLUSIONES

haberlo hecho, habría dado al caso genérico afectado por la laguna axiológica un tratamiento jurídico distinto. Aquí se habría producido un descuido del legislador y por esta razón el juez corregiría este error. En cambio, en los desacuerdos valorativos *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente* el legislador ha sido consciente de la posibilidad de que se presenten otros casos que pudiesen tener otras propiedades, pero renuncia implícitamente a considerar relevante cualquier otra propiedad distinta de las plasmadas en la ley.

10. Las reglas y los principios son materiales jurídicos fundamentales para la analogía. En concreto, el recurso a las reglas o a los principios ayuda a marcar, en definitiva, una de las diferencias que existe entre la analogía *legis* y la analogía *iuris*.

En la analogía *legis in bonam partem* el juez extiende la regulación de una norma o regla a un caso genérico que es similar al regulado por esta norma. En esta clase de analogía desempeña un papel relevante no sólo la estructura de la propia norma que sirve de comparación, sino también su *ratio legis*. Estas *rationes legis* constituyen los principios implícitos que fundamentan la exigente concreta que pretende extenderse por analogía.

Los materiales con los que se trabaja en la analogía *iuris in bonam partem* son los principios generales del Derecho penal y los principios generales del Derecho. Estos principios jurídicos permitirían construir el núcleo de semejanza del razonamiento por analogía y también servirían de molde de la exigente o atenuante que creará en definitiva el juez. Sin perjuicio de lo anterior, conviene rechazar la analogía *iuris in bonam partem*, no sólo por razones de legitimidad sino también por las mismas dudas que existen sobre su estatuto epistémico.

Entre las clases de analogía *in bonam partem* tiene la analogía *institutionis* un papel sumamente destacado. Esta clase de analogía *in bonam partem* se caracteriza por trabajar con principios de abstracción intermedia que sirven de fundamento a las instituciones jurídico-penales. La analogía *institutionis in bonam partem* ha tenido una relevante presencia en el avance de la ciencia del Derecho penal, en especial en lo que concierne a la conformación del sistema de causas de justificación y de causas de exclusión de la culpabilidad.

11. El sitio en el cual la analogía *in bonam partem* ha tenido un lugar estelar es en la dogmática de las causas de justificación. Su primera cristalización tiene lugar con el reconocimiento jurisprudencial de la doctrina de la diferenciación del estado de necesidad y con ello, del estado de necesidad justificante supralegal. Justamente, con motivo de la interrupción de un embarazo el RG reconoció el estado de necesidad justificante supralegal, recurriendo al principio de la ponderación de intereses. En el fondo, entiendo que esta creación judicial tuvo lugar mediante la analogía *institutionis in bonam partem*.

12. Uno de los problemas más debatidos en torno a la creación de causas supralegales de justificación es el de la restricción de las facultades de defensa que se produciría. Así, la aparición supralegal de deberes de tolerancia importaría una analogía *in malam partem*. Al respecto, se opta en este trabajo por apartarse de la doctrina dominante que busca solucionar estos breves restringiendo la vigencia del principio de legalidad y considerando que las ampliaciones indirectas de la punibilidad no son contrarias a este principio. En contra de ello, creo que la única salida posible es reconocerle al juez la posibilidad de crear también por analogía una causa de justificación que justifique el incumplimiento de los deberes de tolerancia derivados supralegalmente.

13. Conviene interpretar la configuración del sistema de causas de justificación de tal manera que sea posible encontrar lagunas axiológicas, al contrario de lo que sostiene parte de la doctrina. Para un sector doctrinal el estado de necesidad o el ejercicio legítimo de un derecho serían causas de justificación tan amplias que cerrarían el sistema. Según esta última tesis, se entiende que los sistemas de causas de justificación no presentarían lagunas que deban ser integradas por analogía *in bonam partem*. Al contrario, defiende que igualmente pueden hallarse lagunas axiológicas en las causas de justificación.

14. El sistema de causas de justificación que está obligado a aplicar originariamente el juez penal se integra exclusivamente por aquellas causas recogidas en normas jurídico-penales. En realidad, cuando el juez penal aplica una causa de justificación reconocida en el Derecho civil no está aplicando una norma del sistema jurídico-penal originario, sino que está recurriendo a otra rama del Derecho

para integrar el Derecho penal. Este método de integración del Derecho penal no es la analogía *in bonam partem* sino la *aplicación de Derecho extrapenal*.

15. En el terreno de la exclusión de la culpabilidad la analogía *in bonam partem* ha tenido una presencia innegable, principalmente a partir del desarrollo de los conceptos normativos de la culpabilidad. Aquí la discusión en torno a la naturaleza del principio de inexigibilidad y a su papel en la actividad judicial generó una discusión sumamente fructífera de cara a la analogía. En realidad, cuando se alude al principio de inexigibilidad se está hablando en el fondo de un principio institucional que, como tal, fundamenta la institución de la exclusión de la culpabilidad. En este trabajo se prefiere para aludir a este principio institucional el nombre de *principio de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria*.

16. Según la estructura actual de las normas que regulan las causas de inimputabilidad no resulta posible considerar que existen causas supralegales de inimputabilidad. Su principal razón está en que se emplean cláusulas tan generales que no queda espacio para considerar supuestos de exclusión de la capacidad de culpabilidad que, pese a no estar recogidos por las normas del sistema, deberían estarlo. En definitiva, la razón estaría en que no existen lagunas axiológicas.

17. La analogía *in bonam partem* también ha sido un método que ha permitido salvar serias deficiencias axiológicas en el sistema de causas de exclusión de la culpabilidad, en especial, en relación al error de prohibición. Analizando la situación legal y jurisprudencial española, italiana y alemana puede apreciarse que la analogía permitió excluir el castigo a partir de la creación judicial de una norma que regula el error de prohibición. En Italia ello se produjo a partir de la analogía *institutionis in bonam partem*, al igual que en Alemania. Mientras tanto, en España la creación del error de prohibición supralegal excluyente de la culpabilidad se produjo mediante la analogía *legis in bonam partem*.

18. En el terreno de la exculpación supralegal la prohibición de analogía no se excluye por completo. Al contrario, solamente quedará excepcionada esta prohibición cuando estemos ante comunidades de peligro. Solamente cuando se realicen los requisitos configuradores de la comunidad de peligro estará el juez habilitado para crear por analogía una causa de exculpación supralegal, análoga al estado de necesidad exculpante.

19. La prohibición de la analogía se mantiene, sin embargo, cuando estamos en el terreno de las excusas absolutorias. Aquí debe tenerse presente que el juez opera con normas de carácter excepcional, que han sido puestas por el legislador con la finalidad de excluir la punibilidad exclusivamente en los supuestos regulados. El legislador no habría estado de acuerdo con una extensión analógica de las disposiciones legales a casos distintos de los regulados. Aquí no se podrá reconocer la existencia de una laguna axiológica sino a lo sumo un desacuerdo valorativo *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*.

20. La atenuación de pena constituye uno de los ámbitos en los que actualmente la analogía *in bonam partem* ha tenido una presencia más fuerte. El uso que se ha hecho de la atenuante analógica en la jurisprudencia del TS ha evidenciado un alejamiento manifiesto de la letra de la ley. Sin embargo, se ha incurrido en el error de considerar como casos de creación por analogía, supuestos en los que se trataba de una simple aplicación de la atenuante analógica. En realidad, la analogía *in bonam partem* sólo fue ejercitada en limitados casos.

21. La analogía *in bonam partem* permitió en la atenuación de pena salvar el problema axiológico que tenía lugar como consecuencia de considerar irrelevante a los efectos de atenuación la excesiva duración del proceso, la pena natural y al partícipe *extraneus* en un delito especial propio. Precisamente, se pudo atenuar la pena a partir de la analogía *institutionis in bonam partem*.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, "Código penal". *Interpretación jurisprudencial y legislación complementaria* (coord. GARBERT), art. 268, Barcelona, 1999.
- ACHENBACH, Hans. "Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht?", en JR (1975), pp. 492-496.
- AGUADO CORREA, Teresa. "Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal". *Manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*, Granada, 2004.
- AGUILÓ REGLA, Joseph. "Teoría general de las fuentes del Derecho. (y del orden jurídico)", Barcelona, 2000.
- ALBERTS, Harald. "Gesetzliche Strafmilderungsgründe und richterliche Strafrahmenwahl", Tesis doctoral (no publicada), Kiel, 1985.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. "El derecho penal en la intervención de la política populista" (trad. ROBLES PLANAS), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pp. 471-487.
- "Das Geheimnis der «ratio legis» aus der Sicht eines erstinstanzlichen Strafrichters", en *Die Bedeutung der «Ratio legis»*, Basel/Genf/München, 2001, pp. 69-77.
- ALEXY, Robert. "Teoría de los Derechos fundamentales" (trad. GARZÓN VALDÉS), Madrid, 1993.
- "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático" (trad. GARCÍA FIGUEROA), en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 31-47.
- ALONSO, Juan Pablo. "Interpretación de las normas y derecho penal", Buenos Aires, 2006.
- ALCHOURRÓN/BULYGIN, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", 4ª reimpresión, Buenos Aires, 2002.
- AMELUNG, Knut. "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (comp. SCHÜNEMANN/ introd., trad. y notas SILVA SÁNCHEZ), Madrid, 1991, pp. 94-105.
- ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo. "Tratado de responsabilidad civil", 3º ed., Madrid, 1993.
- ANGERER, Veronika. "Rücktritt im Vorbereitungsstadium", Berlin, 2004.
- ANTOLISEI, Francesco. "Manuale di Diritto penale". *Parte generale*, 14 ed., Milano, 1997.
- ARANGO, Rodolfo. "¿Hay respuestas correctas en el derecho?", Bogotá, 1999.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. "Las eximentes incompletas del núm. 1.º del art. 21 CP", en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995* (corr. MUÑOZ CUESTA), Navarra, 1997, pp. 23-78.
- ARROYO ZAPATERO, Luis. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en REDC 8 (1983), pp. 9-46.
- ASHWORTH, Andrew. "Principles of Criminal Law", 4º ed., Oxford, 2003.
- ATIENZA/RUIZ MANERO. "Las piezas del Derecho". *Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996.
- "La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica", en *Doxa* 24 (2001), pp. 115-130.
- "Ílícitos atípicos", Madrid, 2000.
- ATIENZA, Manuel "Sobre la analogía en el Derecho". *Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986.

- "A propósito de la argumentación jurídica", en *Doxa 21* (1998), pp. 33-50.
- ATRIA, Fernando. "Sobre las lagunas", en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, Madrid, 2005, pp. 15-27.
- "Creación y aplicación del Derecho: entre formalismo y escepticismo", en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, Madrid, 2005, pp. 45-71.
- "On Law and Legal Reasoning", Oxford, 2002.
- BACIGALUPO, Enrique. "La «rigurosa aplicación de la ley penal»", en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, 1999, pp. 115-134.
- "El principio de legalidad como tarea inconclusa", en *EL MISMO, Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, 1999, pp. 41-72.
- "La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal", en *Anuario de Derechos Humanos*, 2, Madrid, Marzo 1983, pp. 11-29.
- "Manual de derecho penal", Santa Fe de Bogotá, 1998.
- "El delito fiscal", en *Curso de Derecho penal económico* (BACIGALUPO dir.), 2ª ed., Barcelona/Madrid, 2005.
- "Hacia el nuevo Derecho penal", Buenos Aires, 2006.
- "Principios del Derecho penal". *Parte general*, 5ª ed., Madrid, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, "Manual de Derecho penal". *Parte Especial, Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid, 1993.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco. "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito", en *Libro homenaje a Claus ROXIN* (coord. SILVA SÁNCHEZ), Barcelona, 1996, pp. 357-385.
- "Estado de necesidad y legítima defensa", Barcelona, 1994.
- BARBERIS, Mauro. "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral" (trad. SASTRE ARIZA), en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 259-278.
- BAUCELLS I LLADÓS, Joan. "La delincuencia por convicción", Valencia, 2000.
- BAUMANN/WEBER/MITSCH, "Strafrecht". *Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 11ª ed., Bielefeld, 2003.
- BAYÓN, Juan Carlos. "Derechos, democracia y Constitución", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 211-238.
- BECCARIA, Cesare. "De los delitos y de las penas" (trad. DE LAS CASAS y notas DELVAL), Madrid, 1993.
- BELADIEZ ROJO, Margarita. "Los principios jurídicos", Madrid, 1994.
- BELFIORE, Elio. "Ignorantia iuris: le esperienze giurisprudenziali italiana e tedesca a confronto", en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale* (FLANDACA dir.), Padova, 1997, pp. 55-65.
- BENLLOCH PETIT, Guillermo. "Delitos contra la administración de justicia", en *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial* (dir. SILVA SÁNCHEZ), Barcelona, 2006, pp. 331-356.
- BENTHAM, Jeremy. "Tratados sobre la organización judicial y la codificación" (trad. ANDUACA ESPINOSA), Madrid, 1843.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS. "Curso de Derecho penal". *Parte general*, Barcelona, 2004.
- BERGENROTH, Alfred. "Der übergesetzliche Putativnotstand", Breslau-Neukirch, 1933.
- BIAGGINI, Giovanni. "«Ratio legis» und richterliche Rechtsfortbildung", en *Die Bedeutung der «Ratio legis»*, Basel/Genf/München, 2001, pp. 51-68.
- BINDING, Karl. "Handbuch des Strafrechts", I, Leipzig, 1885.
- "Die Normen und ihre Übertretung". *Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Band 2 (Schuld und Vorsatz), Hälfte 1*, 2ª ed., Leipzig, 1914.
- BLASCO GASCÓ, Francisco. "Elementos de la obligación", en *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos* (VALPUESTA FERNÁNDEZ coord.), 3ª ed., Valencia, 1998.
- BLOY, René. "Die Rolle der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe in der Dogmatik und im Gutachten", en *JuS* 5 (1993), pp. L 33-L36.
- "Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe", Berlin, 1976.
- BOCKELMANN, Paul. "Notwehr gegen verschuldete Angriffe", en *HONIG-F5*, Göttingen, 1970, pp. 19-31.

BIBLIOGRAFÍA

- BOCKELMANN/VOLK, "Strafrecht". *Allgemeiner Teil*, 4ª ed., München, 1987.
- BOTTKE, Wilfried. "Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre von strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten", Ebelsbach, 1979.
- BOUZAT/CANTARO/NAVARRO, "El fundamento jurídico de un derecho de necesidad", en *Discusiones* 7 (2007), pp. 113-154.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. "El delito de defraudación a la seguridad social", Valencia, 2000.
- BRANDOM, Robert. "Begründen und Begreifen". *Eine Einführung in die Inferentialismus*. (trad. GILMER), Frankfurt am Main, 2001.
- "Expressive Vernunft". *Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung* (trad. GILMER/VETTER), Frankfurt am Main, 2000.
- BREWER, Scott. "Exemplary reasoning: Semantics, Pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy", en *Harvard Law Review*, 1996, pp. 925-1028.
- BROGLIO, Rolf Paul. "Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform", Bonn, 1928.
- BULYGIN, Eugenio. "Sentencia judicial y creación de Derecho", en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, pp. 355-369.
- "Los jueces, ¿crean derecho?", en *Isonomía* 18 (2003), pp. 7- 25.
- "Creación y aplicación del Derecho", en AAVV, *Las lagunas en el Derecho*, Madrid, 2005, pp. 29-44.
- "En defensa de El Dorado". *Respuesta a Fernando Atria*, en AAVV, *Las lagunas en el Derecho*, Madrid, 2005, pp. 73-85.
- "Dogmática jurídica y sistematización del Derecho", en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, pp. 465-484.
- BUNG, Jochen. "Theorie der Interpretation: Davidson", en *Neue Theorien des Rechts* (ed. BUCKEL/CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO), Stuttgart, 2006, pp. 291-303.
- CALSAMIGLIA, "Ensayo sobre Dworkin", en DWORKIN, *Los derechos en serio*, 2ª ed., Madrid, 1989.
- CALVO GARCÍA, Manuel. "Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica", Madrid, 1994.
- CANCIO MELIA, Manuel. "¿Derecho penal del enemigo?", en JAKOBS/CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.
- CARBONELL, Miguel. "Nuevos tiempos para el constitucionalismo", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 9-12.
- CARRIÓ, Genaro. "Notas sobre derecho y lenguaje", 4ª edición, Buenos Aires, 1998.
- CASTIÑEIRA PALOU, María T. "Precisión del lenguaje y principio de legalidad", en *Terminología y derecho: complejidad de la comunicación multilingüística* (CABRÉ/BACH/MARTÍ ed.), Barcelona, 2006, pp. 69-78.
- CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho penal español". I, *Introducción*, 5ª ed., Madrid, 1996.
- "Problemas fundamentales del Derecho penal", Madrid, 1982.
- *Notas a Welzel*, en WELZEL, *El nuevo sistema de Derecho penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (trad. y notas CEREZO MIR), Barcelona, 1964.
- CHRISTENSEN, Ralph, "Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung", en *Die Sprache des Rechts* (dir. LERCH), Tomo 2, Berlin/New York, 2005, pp. 1-103.
- CHRISTENSEN/SOKOLOWSKY, "Neo-Pragmatismus: Brandom", en *Neue Theorien des Rechts* (ed. BUCKEL/CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO), Stuttgart, 2006, pp. 239-261.
- CHRISTIE, Nils, "Los conflictos como pertenencia" (trad. BOVINO/GUARIGLIA), en AAVV, *De los delitos y de las víctimas*, 1992 (1ª reimp. 2001), Buenos Aires, pp. 157-182.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN. "Derecho penal". Parte General, 5ª edición, Valencia, 1999.
- en *Comentarios al Código penal* (dir. COBO DEL ROSAL), Tomo I, Art. 1, Madrid, 1999, pp. 23-67.
- COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico" (trad. CARBONELL), en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 75-98.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, "*Comentario al art. 4 CP*", en *A.A.V.V., Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, Derechos fundamentales, Artículos 1 a 137 (dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), Madrid, 1997, pp. 341-352.
- CÓRDOBA RODA, Juan. "*Las excipientes incompletas en el Código penal*", Oviedo, 1966.
- "*El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*", Barcelona, 1962.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. "*Comentario al art. 4*", en *Comentarios al Código penal*, (dir. COBO DEL ROSAL), Madrid, 1999, pp. 93-126.
- CORTÉS DE ARABIA, Ana M. "*Causas de justificación*", en *AAVV, Derecho penal, Parte general, Libro de estudio*, Córdoba, 2002, pp. 411-472.
- CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 17, 27° Auflage, München, 2006, pp. 360-371.
- CRAMER/HEINE-LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff., 27° Auflage, München, 2006, pp. 576-636.
- CREUS, Carlos. "*Derecho penal*". Parte general, 3° ed., Buenos Aires, 1992.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "*El Derecho penal español*". Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito, 3° ed., Madrid, 2002.
- CUETO RÚA, Julio. "*La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación*", en *Doxa* 21-II (1998), pp. 111-119.
- CZYBULKA, Detfler. "*Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung: unter Berücksichtigung ihrer Organisation sowie der Entstehungsgeschichte zum Grundgesetz*", Heidelberg, 1989.
- DAHLEN, Franz. "*Analogie und extensive Interpretation im Strafrecht*", Köln, Tesis doctoral (no publicada), 1929.
- DANCKERT, Peter. "*Die Grenzen zwischen der extensiven Auslegung und der Analogie im Strafrecht*", Tesis doctoral (no publicada), Köln, 1967.
- DANNECKER, Gerhard. "*Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts*", en *OTTO-FS*, Köln/Berlin/München, 2007, pp. 25-40.
- DEDES, Christos. "*Sobre el origen del principio «nullum crimen nulla poena sine lege»*", en *RDPC* 9 (2002), pp. 141-146.
- DELITALA, Giacomo. "*Analogía in bonam partem*", en *Rivista Italiana di Diritto penale* (1936), pp. 605-612.
- DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. "*Direito penal*". Parte geral, Tomo I, *Questões fundamentais a doutrina geral do crime* 2ª ed., 2007.
- DE LUCAS, Javier. "*El concepto de solidaridad y su uso en ciencias sociales*", en *El concepto de solidaridad*, México, 1993, p.
- DE QUEIROZ, Narcelio, "*Analogía em «bonam partem» e a lei de introdução ao Código civil*", en *Separado del nº VII de «Arquivos do Ministério de Justiça e Negócios interiores»*, Río de Janeiro, 1944.
- DE SILVA, Carlos. "*La jurisprudencia, interpretación y creación de derecho*", en *Insonomía* 5 (1996), pp.7-23.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. "*El principio de legalidad penal*", Valencia, 2004.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo. "*Atenuantes por analogía*". *Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casística*, Valencia, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. "*Derecho de daños*", Madrid, 1999.
- DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, "*Sistema de Derecho civil*". Volumen 1, 11ª ed., Madrid, 2003.
- "*Instituciones de Derecho civil*". Introducción, Parte general y Derecho de la persona. Disciplina de los contratos y de las obligaciones. Contratos en particular, quasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual. Volumen I, Madrid, 1995.
- DÍEZ RIPOLLES, José L.. "*La racionalidad de las leyes penales*", Madrid, 2003.

BIBLIOGRAFÍA

- "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis de la Escuela de Frankfurt* (coord. ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN), Cuenca, 2003, pp. 147-172.
- "La categoría de la antijuridicidad", en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal* (coord. LUZÓN PEÑA/MIR PUIG), Pamplona, 1995, pp. 87-170.
- "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal", en *Doxa* 24 (2001), pp. 5-93.
- DROST, Heinrich. "Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten", en *GA* 77 (1933), pp. 175-183.
- DWORKIN, Ronald. "Los casos difíciles", en *EL MISMO, Los derechos en serio* (trad. GUASTAVINO), Barcelona, 2002, pp. 146-208.
- "El modelo de las normas (I)", en *EL MISMO, Los derechos en serio* (trad. GUASTAVINO), Barcelona, 2002, pp. 59-101.
- "El modelo de las normas (II)", en *EL MISMO, Los derechos en serio* (trad. GUASTAVINO), Barcelona, 2002, pp. 102-145.
- EHLERS, Dirk. "Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat", en *AAVV, Allgemeines Verwaltungsrecht* (dir. ERICHSEN), 10ª ed., Berlin/New York, 1995.
- EICK, Walter. "Die Analogie im Strafrecht", Tesis doctoral (no publicada), Giessen, 1912.
- ENGISCH, Karl. "Einführung in das juristische Denken", 10ª ed., Stuttgart, 2005.
- ENOCH, David. "A right to violate one's duty", en *Law and Philosophy* 21 (2002), pp. 355-384.
- ERB, Volker. "Die Schutzfunktion von Art. 103 II GG bei Rechtfertigungsgründen". Zur Reichweite des Grundsatzes „*nullum crimen sine lege*“ unter besonderer Berücksichtigung der „*Mauerschützen-Fälle*“ und der „*sozialethischen Einschränkung*“ des *Notwehrrechts*, en *ZStW* 108 (1996) 108, pp. 266-299.
- en *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, § 34, Band 1, München, 2003, pp. 1346-1416.
- "Notwehr als Menschenrecht". *Zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im „Fall Daschner“*, en *NSfZ* 11 (2005), pp. 593-602.
- ESER, Albin, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 1, 27ª Auflage, München, 2006, pp. 23-56.
- en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 24, 27ª Auflage, München, 2006, pp. 450-482.
- "Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime", en *Rechtfertigung und Entschuldigung* (coord. ESER/FLETCHER), Band I, Freiburg, 1987, pp.1-65.
- ESSER, Josef. "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado" (trad. VALANTI FIOLE), Barcelona, 1961.
- FALCON TELLA, María José, "El argumento analógico en derecho", Madrid, 1991.
- FARALDO CABANA, Patricia. "Las causas de levantamiento de pena", Valencia, 2000.
- FELIP I SABORIT, David. "Error iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal", Barcelona, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y razón". *Teoría del garantismo penal* (trad. IBAÑEZ/ RUIZ MIGUEL/ BAYÓN MOHINO/TERRADILLOS BASOCO/CANTANERO BANDRÉS), Madrid, 1995.
- "Pasado y futuro del Estado de Derecho" (trad. ALLEGUE), en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 13-29.
- FERRANTE, Marcelo. "Necesitados, intolerantes, homicidas y malos samaritanos", en *Discusiones* 7 (2007), pp. 57-77.
- FERRERES COMELLAS, Víctor. "El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia" (una perspectiva constitucional), Madrid, 2002.
- FEUERBACH, Anselm Ritter. "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts", 12ª ed., Giessen, 1847.
- FIANDACA, Giovanni. "Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato", en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale* (FIANDACA dir.), Padova, 1997, pp. 1-18.
- FLETCHER, George. "Conceptos básicos del Derecho penal" (trad. y notas MUÑOZ CONDE), Valencia, 1997.
- FLORES MENDOZA, Fátima. "La objeción de conciencia en derecho penal", Granada, 2001.

- FLORES PÉREZ, Alfredo. "La analogía", en *Vinculación del juez a la ley* (JIMÉNEZ VILLAREJO dir.), Madrid, Junio 1995, pp. 59-98.
- FORNASARI, Gabriela. "Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca", en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale* (FLANDACA dir.), Padova, 1997, pp. 21-54.
- FRANK, Reinhard. "Sobre la estructura del concepto de culpabilidad" (trad. ABASO/LÖW), Buenos Aires, 2004.
- FREUDENTHAL, Berthold. "Culpabilidad y reproche en el Derecho penal" (trad. GUZMÁN DALBORA), Buenos Aires, 2003.
- FREUND, Georg. "Strafrecht". *Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Heidelberg, 1998.
- FRISCH, Wolfgang. "Delito y sistema de delito" (trad. ROBLES PLANAS), en *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal* (WOLTER/FREUND ed.; IUSCRIM Barcelona, ed. española), Madrid, 2004, pp. 193-280.
- FUCHS, Helmut. "Österreichisches Strafrecht". *Allgemeiner Teil*, 6º ed., Wien, 2004.
- GÁMEZ MEJÍAS, Manuel. "El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las Constituciones parlamentarias", Madrid, 2004.
- GARCÍA-CARPINTERO, Manuel. "Las palabras, las ideas y las cosas". *Una presentación de la filosofía del lenguaje*, Barcelona, 1996.
- GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo. "La democracia y el lugar de la ley", en GARCÍA DE ENTRERRÍA/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Madrid, 1997, pp. 17-62.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 159-186.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Introducción al estudio del Derecho", 15ª ed., México, 1968.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio. "La punibilidad en el Derecho penal", Navarra, 1997.
- GARGARELLA, Roberto. "Las teorías de la justicia después de Rawls". *Un breve manual de filosofía política*, Barcelona-Buenos Aires-México, 1999.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. "La teoría general del garantismo: rasgos principales", en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (CARBONELL/SALAZAR ed.), Madrid, 2005, pp. 21-39.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio", en *Doxa* 4 (1987), pp. 87-108.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Concepto y método de la ciencia del Derecho penal", Madrid, 1999.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos M. "Derecho financiero". Tomo I, 9ª ed. (actualizada por NAVARRINE/ ASOREY), Buenos Aires, 2003.
- GOLDSCHMIDT, James. "La concepción normativa de la culpabilidad" (trad. DE GOLDSCHMIDT/NÚÑEZ), Buenos Aires, 2002.
- GOYENA HUERTA, Jaime. "Circunstancia atenuante de grave adición a sustancias tóxicas, estupefacientes, psicotrópicas, alcohólicas u otras que produzcan efectos análogos", en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995* (corr. MUÑOZ CUESTA), Navarra, 1997, pp. 79-113.
- "Las atenuantes por analogía", en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995* (corr. MUÑOZ CUESTA), Navarra, 1997, pp. 147-161.
- GRACIA MARTÍN, Luis. "Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales". *El delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas*, Barcelona, 1986.
- "El actuar en lugar de otro en derecho penal". *Teoría general. Tomo I*, Zaragoza, 1985.
- GRIBBOHM, Günter. "Der praktische Fall". *Strafrechtsklausur: Die eifrigen Verfolger*, en *JuS* 4 (1966), pp. 155-160.
- en *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch* (dir. JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY), 11º ed., § 1, Band 1 (§§ 1-31), Berlin, 2003, pp. 65-122.
- GROB, Bernd. "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften", Berlin, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- GRÜNHUT, Max. "Grenzen des übergesetzlichen Notstands", en *ZStW* 51 (1931), pp. 455-469.
- GUASTINI, Riccardo. "La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano" (trad. LUJAMBIO), en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 49-73.
- "Estudios sobre la interpretación jurídica" (trad. GASTÓN/CARBONELL), 5º ed., México, 2003.
- "Distinguiendo". *Estudios de teoría y metateoría del derecho* (trad. FERRER I BELTRÁN), Barcelona, 1999.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig. "Strafrettswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss". *Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln/Berlin/München, 1983.
- "La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal" (trad. LUZÓN PEÑA), en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal* (coord. LUZÓN PEÑA/MIR PUIG), Pamplona, 1995, pp. 45-66.
- "Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem", en *Rechtfertigung und Entschuldigung* (coord. ESER/FLETCHER), Band I, Freiburg, 1987, pp. 363-410.
- GUTMANN, Amy. "Democracia deliberativa y regla de la mayoría: réplica a Waldron", en *Democracia deliberativa y Derechos humanos* (KOH/SLYE compiladores), Barcelona, 2004, pp. 269-277.
- HAGE, Jaap C. "Reasoning with rules". *An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, Dordrecht, 1997.
- HART, Herbert. "El Concepto de Derecho" (tr. CARRIÓ) 2ª edición, Buenos Aires, 1998.
- "Postscriptum" (trad. HOLGUÍN), en HART/DWORKIN/RODRÍGUEZ, *La decisión judicial*, Bogotá, 1998, pp. 89-141.
- HELLMANN, Uwe. "Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht", Köln/Berlin/Bonn/München, 1987.
- HENKEL, Heinrich. "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip", en MEZGER-FS, Berlin, 1954, pp. 249-308.
- HASSEMER, Winfried. "¿Palabras justas para un Derecho justo?". *Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho Penal* (trad. ZAFRA), en *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos humanos* 35 (1996), pp. 143-169.
- "Fundamentos del Derecho penal" (trad. MUÑOZ CONDE/ARROYO ZAPATERO), Barcelona, 1984.
- "Tatbestand und Typus". *Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1968.
- "Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht". *Thesen und Kommentare, en Rechtfertigung und Entschuldigung* (coord. ESER/FLETCHER), Band I, Freiburg, 1987, pp. 175-227.
HERZBERG, Rolf Dietrich, en *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, § 24, Band 1, München, 2003, pp. 917-993.
- "Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch", en LACKNER-FS, Berlin/New York, 1987.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. "Interpretación, subyunción y aplicación del Derecho". Madrid/Barcelona, 1999.
- HERZOG, Felix, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch* (dir. KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN), 2º ed., § 32, Tomo 1, Baden-Baden, 2005, pp. 1145-1185.
- HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. "Las excusas absolutorias", Madrid, 1993.
- HILGENDORF, Eric. "Argumentation in der Jurisprudenz". *Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Berlin, 1991.
- V. HIPPEL, Robert. "Deutsches Strafrecht". *Zweiter Band. Das Verbrechen. Allgemeine Lehre*, Berlin, 1930.
- HIRSCH, Hans J. "Causas de justificación y prohibición de la analogía" (trad. SOLA RECHE), en EL MISMO, *Derecho penal, Obras completas*, Tomo II, Buenos Aires, 1991, pp. 313- 333.
- en *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch* (dir. JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY), 11º ed., Vorbemerkung zu den §§ 32 ff, Tomo 2 (§§ 32-60), Berlin, 2003, pp. 101-252.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. "Fundamental Legal Conceptions", London, 1966.
- HRUSCHKA, Joachim. "Extrasytematische Rechtfertigungsgründe", en DREHER-FS, Berlin/New York, 1977, pp. 189-210.

-“*Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*”. *Systematic entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2 ed., Berlin/New York, 1988.

- HURTADO POZO, José. “*Principio de legalidad e interpretación: prostitución y el Tribunal Federal Suizo*”, en *BACIGALUPO-HM, II*, Madrid, 2004, pp. 993-1006.
- V. IHERING, Rudolf. “*La lucha por el derecho*” (tras. POSADA), Madrid, 1985.
- IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel. “*La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*” (Un análisis de la «autodenuncia». Art. 305-4 CP), Valencia, 2003.
- IGLESIAS VILA, Marisa. “*El problema de la discreción judicial*”. Una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid, 1999.
- ÍNIGO CORROZA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, “*Los acuerdos de la Sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*”, Barcelona, 2007.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. “*Principios constitucionales y Derecho penal moderno*”. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional, Buenos Aires, 1999.
- JÄGER, Christian. “*Grund und Grenzen des Gesetzmäßigkeitsprinzips im Strafprozessrecht*”, en *GA 9* (2006), pp. 615-628.
- “*Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*”, Heidelberg, 2006.
- JAKOBS, Günther. “*Strafrecht*”. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2º ed., Berlin/New York, 1991.
- “*Sociedad, norma y persona en una teoría de una Derecho penal funcional*”(trad. CANCIO MELLÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ), Madrid, 1996.
- JAHN, Matthias. “*Das Strafrecht des Staatsnotstandes*”. Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und ihr Verhältnis zu Eingriff und Intervention im Verfassungs- und Völkerrecht der Gegenwart, Frankfurt am Main, 2004.
- JANSEN, Max. “*Pflichtenkollisionen im Strafrecht*”, Breslau, 1930.
- JEROUSCHEK, Günther. “*Nach dem 11. September 2001: Strafrechtliche Überlegungen zum Abschluss eines von Terroristen entführten Flugzeugs*”, en *SCHREIBER-Fs*, Heidelberg, 2003, pp. 185-198.
- JESCHECK/WEIGEND, “*Lehrbuch des Strafrechts*”. Allgemeiner Teil, 5º ed., Berlín, 1996.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. “*Tratado de Derecho Penal*”. Concepto del Derecho Penal y de la criminología. Historia y legislación penal comparada., Buenos Aires, 1964, Tomos 1 (4º edición actualizada), 2 (5º ed. actualizada).
- “*La ley y el delito*”. Principios de Derecho penal, 3ª ed., Buenos Aires, 1990.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José, en *Comentarios al Código penal (dir. COBO DEL ROSAL)*, Tomo I, Art. 16, Madrid, 1999, pp. 779-811.
- JOBST, Heinz. “*Der Streit um die Zumutbarkeit im Strafrecht*”, Würzburg, 1935.
- JOECKS, Wolfgang, en *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, § 17, Band 1, München, 2003, pp. 677-700.
- JORDANA DE POZAS, Luis, en *Código penal, Doctrina y jurisprudencia (dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO)*, art. 268, Tomo II, Madrid, 1997, pp. 2935-2939.
- JOST, Arthur. “*Zum Analogieverbot im Strafrecht*”, en *Revue Penale Suisse*, 1950, pp. 358 y ss.
- KAHN, Paul. “*Democracia y filosofía: una réplica a Stotzky y Waldron*”, en *Democracia deliberativa y Derechos humanos (KOH/SLYE compilados)*, Barcelona, 2004, pp. 293-299.
- KAUFMANN, Armin. “*Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht*”, en *EL MISMO, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln/Berlin/Bonn/München, 35-45.
- KAUFMANN, Arthur. “*Analogie und „Natur der Sache“*”. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2 ed., Heidelberg, 1982.
- KELSEN, Hans. “*Teoría pura del Derecho*” (trad. VERNENGO), 10ª ed., 1998, México.
- KINDHÄUSER, Urs. “*Strafrecht*”. Allgemeiner Teil, Baden-Baden, 2005.
- KITZINGER, Friedrich. “*Übergesetzlicher Notstand und sein Ende*”, en *JW 7* (1933), pp. 405-408.

BIBLIOGRAFÍA

- KLATT, Matthias. *“Theorie der Wortlautgrenze“*. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden, 2004.
- *“Die Wortlautgrenze“*, en *Die Sprache des Rechts (dir. LERCH)*, Tomo 2, Berlin/New York, 2005, pp. 343-368.
- KOHLER, Josef. *“Not kennt kein Gebot“*. Die Theorie des Notrechtes und die Ereignisse unserer Zeit, Berlin/Leipzig, 1915.
- KÖHLER, August. *“Der Notstand im künftigen Strafrecht“*, Erlangen, 1926.
- KÖHLER, Michael. *“Strafrecht“*. Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg, 1997.
- KRATZSCH, Dietrich. *“Das (Rechts-)Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts — BGH, NJW 1975, 62“*, en *JuS* 7 (1975), pp. 435-441.
- KREY, Volker, (comentario a sentencia), en *JuS* 6 (1970), pp. 290-293.
- *“Deutsches Strafrecht“*. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen, Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld, 2º ed., Stuttgart, 2004.
- *“Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht“*. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots, Berlin, 1977.
- KUDLICH, Hans. *“Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten“*, Berlin, 2004.
- *“An den Grenzen des Strafrechts“*. Rationale und verfassungsorientierte Strafgesetzgebung, dargestellt am Beispiel des strafrechtlichen Schutzes gegen Doping, en *JA* 2 (2007).
- *“Die strafrahmenorientierte Auslegung im System der strafrechtlichen Rechtsfindung“*, en *ZStW* 115 (2003), pp. 1-25.
- *“Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht“*, en *JZ* 3 (2003), pp. 127-133.
- *“Strafrecht“*. Allgemeiner Teil, 2º ed., München, 2006.
- KUDLICH/CHRISTENSEN, *“Wortlautgrenze: Spekulativ oder pragmatisch?“*. Zugleich Besprechung von Matthias Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation (2004), en *ARSP* 93 (2007), pp. 128-142.
- *“Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie der Juristen“*, en *ARSP* 88 (2002), pp. 230-246.
- *“Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten“*, en *JA* 1 (2004), pp. 74-83.
- *“Zum Relevanzhorizont strafgerichtlicher Entscheidungsbegründungen“*, en *GA* (2002), pp. 337-350.
- KUDLICH/CHRISTENSEN/SOKOLOWSKI, *“Zauberpilze und Cybernauten — oder: Macht Sprache aus Pilze Pflanzen? Überlegungen zu BGH 1 StR 384/06 v. 25.10.2006 aus rechtslinguistischer Sicht, en Politik, [Neue] Medien und die Sprache des Rechts (dir. MÜLLER)*, Berlin, 2007, pp. 119-133.
- KÜHL, Kristian. *“Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht“*, Baden-Baden, 2001.
- *“Strafrecht“*, Allgemeiner Teil, 5º ed., München, 2005.
- KUHLEN, Lothar. *“Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen“*, Heidelberg, 2006.
- *“Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot“*, en *OTTO-FS*, Köln/Berlin/München, 2007, pp. 89-105.
- KÜPER, Wilfried. *“Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtkollision und übergesetzliche Entschuldigung“*, en *JuS* 9 (1971), pp. 474-477.
- LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *“Elementos de Derecho civil“*. Introducción, 2ª ed., Volumen primero, Madrid, 2000.
- *“Elementos de Derecho civil II“*. Derecho de obligaciones. Volumen primero, Madrid, 1999.
- LACKNER/KÜHL, *“Strafgesetzbuch“*. Kommentar, 25º ed., München, 2004.
- LAMPE, Ernst-Joachim, *“Strafphilosophie“*. Studien zur Strafgerechtigkeit, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999.
- LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁNQUEZ, *“Derecho penal español“*. Parte general, 5ª ed., Madrid, 1996.
- LANGER, Winrich. *“Gesetzlichkeitsprinzip und Strafmilderungsgründe“*, en *DÜNNEBIER-FS (dir. HANACK/RIEß/WENDISCH)*, Berlin/New York, 1982.

- LAPORTA, Francisco. "Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley", en *Doxa* 22 (1999), pp. 321-330.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel. "Discurso sobre las penas" (introducción de SERRANO BUTRAGUEÑO), Granada, 1997.
- LARENZ, Karl. "Metodología de la Ciencia del Derecho" (trad. RODRÍGUEZ MOLINERO), 2ª ed., Barcelona, 1980.
- LARRAURI, Elena. "Causas de justificación: criterios de identificación", en HASSEMER/LARRAURI, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 49-119.
- LASARTE, Carlos. "Principios del Derecho civil". Tomo II. *Derecho de Obligaciones*, 9ª ed., Madrid/Barcelona, 2004.
- LASCANO (H), Carlos J. "La ley penal", en AAVV, *Derecho penal, Parte general, Libro de estudio*, Córdoba, 2002, pp. 143-186.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. "El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales", en *Revista de la Universidad Complutense* 69 (1983), Madrid, pp. 15-36.
- LENCKNER, Theodor. "Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz «nullum crimen sine lege»", en *JuS* 6 (1968), pp. 249-257, 304-310.
- "The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification", en *Rechtfertigung und Entschuldigung* (coord. ESER/FLETCHER), Band I, Freiburg, 1987, pp. 494-522.
- "Der rechtfertigende Notstand". *Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)*, Tübingen, 1965.
- LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 32, 27º Auflage, München, 2006, pp. 636-669.
- en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 33, 27º Auflage, München, 2006, pp. 669-673.
- en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 34, 27º Auflage, München, 2006, pp. 673-700.
- LIEPMANN, Moritz. "Strafrecht. Allgemeiner Teil" (Literaturbericht), en *ZStW* 43 (1922), pp. 706-722.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", en *Doxa* 25 (2002), pp. 414-440.
- "Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica", en *Doxa* 22 (1999), pp. 170-193.
- LILIE/ALBRECHT, en *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch* (dir. JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY), 11º ed., § 24, Tomo 1 (§§ 1-31), Berlin, 2003, pp. 253-385.
- V. LISZT/SCHMIDT, "Lehrbuch des deutschen Strafrechts", 25º ed., Berlin/Leipzig, 1927.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ. "Códigos penales españoles". *Recopilación y concordancia*, Madrid, 1988.
- LÜCKE, Jörg. "Der allgemeine Schuldanschlussungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem", en *JR* 2 (1975), pp. 55-58.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho penal". *Parte general*, I, 6º ed., Barcelona, 2002.
- "Causas de atipicidad y causas de justificación", en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal* (coord. LUZÓN PEÑA/MIR PUIG), Pamplona, 1995, pp. 21-43.
- MADRID CONESA, Fulgencio. "La legalidad del delito", Valencia, 1983.
- MANGAKIS, Georgis A. "Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit", en *ZStW* 75 (1963), pp. 499-540.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. "La atenuante analógica de dilaciones indebidas". *Analogía e interpretación. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, 2007.
- MANNA, Adelmo. "Il 'diritto giurisprudenziale' nel sistema penale: il caso dell'infermità di mente", en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale* (FLANDACA dir.), Padova, 1997, pp. 67-84.
- MANTOVANI, Ferrando. "Diritto penale". *Parte generale*, 5ª ed., Padova, 2007.
- "Principi di Diritto penale", 2ª ed., Padova, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *"Derecho penal económico y de la impresa"*. Parte especial, 2ª ed., Valencia, 2005.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *"La imputabilidad penal"*. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos, Valencia, 2005.
- MARX, Hermann. *"Grundprinzipien des Rechts und übergesetzlicher Notstand"*, Augsburg, 1933.
- MAURACH, Reinhart. *"Kritik der Notstandslehre"*, Berlin, 1935.
- MAURACH/ZIPF, *"Strafrecht"*. Allgemeiner Teil. Teilband I. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch, 8º ed., 1987.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *"Strafrecht"*. Allgemeiner Teil. Teilband II. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch, 7º ed., Heidelberg, 1989.
- MAYER, Hellmuth. *"Strafrecht"*. Allgemeiner Teil, Stuttgart/Köln, 1953.
- MAYER, Max Ernst. *"Derecho penal"*. Parte general (trad. POLITOFF LIFSCHITZ), Buenos Aires, 2007.
- MEIER, Bernd-Dieter. *"Strafrechtliche Sanktionen"*. Heidelberg, 2001.
- MELENDO PARDOS, Mariano. *"El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad"*. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas, Granada, 2002.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *"El Derecho penal en la sociedad del riesgo"*, Madrid, 2001.
- MERINO MERCHÁN/PÉREZ-UGENA COROMINA/ VERA SANTOS, *"Lecciones de Derecho constitucional"*, Madrid, 1995.
- MESTRE DELGADO, Esteban. *"La exigente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal"*, Madrid, 2001.
- MEYER-LADEWIG, Jens. *"Der Satz nulla poena sine lege in dogmatischer Sicht"*, en *MdR* 4 (1962), pp. 262-264.
- MEZGER, Edmund. *"Tratado de Derecho penal"*, 2º ed. (trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ), Tomo I, Madrid, 1946.
- MIR PUIG, Santiago. *"Derecho penal"*. Parte general. 7ª edición, Barcelona, 2004.
 - *"El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho"*, Barcelona, 1994.
 - *"Introducción a las bases del Derecho penal"*. Concepto y método, Barcelona, 1982.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *"El estado de necesidad como ley general"*. (Aproximación a un sistema de causas de justificación), en *RDPC* 1 (2000), pp. 199-260.
 - *"Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal"*, en *Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, 2006, pp. 373-392.
 - *"Antijuridicidad penal y sistema del delito"*, Bogotá, 2003.
- MOMSEN, Carsten. *"Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten"*, Baden-Baden, 2006.
- MONTESQUIEU, Charles. *"Del espíritu de las leyes"* (trad. BLÁQUEZ/DE VEGA), 2º ed., Madrid, 1993.
- MONTIEL, Juan Pablo. *"La problemática de la analogía en el Derecho penal"*, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología* 3 (2000), Córdoba, pp. 197-212.
 - *"Peripecias político-criminales de la expansión del Derecho penal"*, en *Derecho penal contemporáneo* 17 (2006), pp. 115-170.
- MOORE, Michael S. *"A Natural Law Theory of Interpretation"*, en *Southern California Law Review* 278 (1985), pp. 277-398.
- MOOS, Reinhard. *"Die allgemeine übergesetzliche Entschuldigung der Unzumutbarkeit in Deutschland und Österreich"*, en *ZStW* 116 (2004), pp. 891-914.
- MORENO Y BRAVO, Emilio. *"El principio de culpabilidad. Dilaciones indebidas en el proceso penal y su incidencia en la determinación de la pena"*, en *Dogmática y ley penal*, BACIGALUPO-HM, (coord. BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR), I, Madrid, 2004, pp. 549-566.
- MORESO, José Juan. *"Principio de legalidad y causas de justificación"* (Sobre el alcance de la taxatividad), en *Doxa* 24 (2001), pp. 525-545.
 - *"El positivismo jurídico y la aplicación del derecho"* (inédito).

- "*Conflictos entre principios constitucionales*", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 99-121.
- "*La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*", Madrid, 1998.
- "*Lógica, argumentación e interpretación del Derecho*", Barcelona, 2006.
- "*A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas*", en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, Madrid, 2005, pp. 185-203.
- MORESO/VILAJOSANA, "*Introducción a la teoría del derecho*", Barcelona/Madrid, 2004.
- MÜLLER/CHRISTENSEN, "*Juristische Methodik*", Band I, Grundlagen, Öffentliches Recht, 9ª ed., Berlin, 2004.
- V. MÜNCH, Ingo. "*Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*", en *AAVV, Allgemeines Verwaltungsrecht* (dir. ERICHSEN/MARTENS), 8ª ed., Berlín, 1988.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, "*Derecho penal*". Parte general, 6ª ed., Valencia, 2004.
- MUÑOZ CUESTA, Javier. "*Estados pasionales*", en *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995* (corr. MUÑOZ CUESTA), Navarra, 1997, pp. 115-124.
- NAUCKE, Wolfgang, "*Strafrecht*". Eine Einführung, 10ª ed., Wiesbaden, 2002.
- "*La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia del positivismo relativista y politizado*" (trad. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000.
- "*Interpretation and Analogy in Criminal Law*", en *Brigham Young Law Review* (1986), pp. 535-551.
- NAVARRO, Pablo. "*Casos difíciles, lagunas en el Derecho y discreción judicial*", en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, Madrid, 2005, pp. 87-101.
- NEUMANN, Ulfrid, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch* (dir. KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN), 2ª ed., § 17, Tomo 1, Baden-Baden, 2005, pp. 572-610.
- NIETO, Alejandro. "*El arbitrio judicial*", Barcelona, 2000.
- NINO, Carlos Santiago. "*Introducción al análisis del Derecho*", 10ª ed., Barcelona, 2001.
- NOLL, Peter. "*Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten*", Basel, 1955.
- "*Tatbestand und Rechtsmilderkeit*". *Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, en *ZStW* 77 (1965), pp. 1-36.
- "*Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht*", en *ZStW* 68 (1956), pp. 181-197.
- OBREGÓN GARCÍA, Antonio. "*La atenuación de la pena*". Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas, Madrid, 1998.
- OGOREK, Regina. "*Die erstaunliche Karriere des ‚Subsumtionsmodells‘ oder wozu braucht der Jurist Geschichte*", en *LÜDERSSEN-FS*, Baden-Baden, 2002, pp. 127-140.
- ORTS BERENGUER, Enrique. "*Atenuante de análoga significación*". Estudio del art. 9. 10º del Código penal. Valencia, 1978.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar. "*La circunstancia atenuante análoga en el Código penal de 1995*", Valencia, 2003.
- ORTEGO COSTALES, José. "*El principio «nullum crimen, nulla poena sine lege» exigencia jurídica y no exigencia política*", en *Revista de la Facultad de Derecho* (1941), Madrid, pp. 52-67.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. "*Análisis económico del derecho y política criminal*", en *RDPC*, 2 (2004), pp. 31-73.
- "*La excusa del positivismo*". *La presunta superación del «positivismo» y el «formalismo» por la dogmática penal contemporánea*, Pamplona, 2007.
- OTTO, Harro. "*Grundkurs Strafrecht*". Allgemeine Strafrechtslehre, 7ª ed., Berlin, 2004.
- OZARIN, Lucy. "*Moral insanity: A Brief History*", en *Psychiatric News* 10 vol. 36 (2001), p. 21. (<http://pn.psychiatryonline.org/cgi/content/full/36/10/21>).
- PACHECO, Joaquín Francisco. "*El Código penal concordado y comentado*", Tomo I, 4ª ed., Madrid, 1870.
- PAEFFGEN, Hans-Ullrich, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch* (dir. KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN), 2ª ed., Vorbemerkungen zu den §§ 32 bis 35, Tomo 1, Baden-Baden, 2005, pp. 980-1142.

BIBLIOGRAFÍA

- PAWLIK, Michael. *“Der rechtfertigende Notstand”. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlin/New York, 2002.
- *“§ 14 Abs. 3 des Luftverkehrsgesetzes – ein Tatbruch”*, en JZ 21 (2004), pp. 1045- 1055.
- PECZENIK, Aleksander. *“On Law and Reason”*, Dordrecht-Boston-London, 1994.
- PERRON, Walter. *“Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht”. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssystem*, Baden-Baden, 1988.
- *“Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán”* (trad. PAREDES CASTAÑÓN), en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal* (coord. LUZÓN PEÑA/MIR PUIG), Pamplona, 1995, pp. 67-86.
- PETERS, Karl. *“Überzeugungstäter und Gewissenstäter”*, en Hellmuth MAYER-FS, Berlin, 1966, pp. 257-280.
- *“Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen”*, en JR (1949), pp. 496-500.
- *“Die Tötung von Menschen in Notsituationen”*, en JR (1950), pp. 742-746.
- POSNER, Richard. *“Reasoning by Analogy”*, en *Cornell Law Review*, March (2006), pp. 761-774.
- PORTALIS, Jean Etienne Marie. *“Discurso preliminar al Código civil francés”* (trad. CREMADES y GUTIÉRREZ-MASÓN), Madrid, 1997.
- POZUELO PÉREZ, Laura. *“El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva”*, Valencia, 2003.
- POZZOLO, Susanna. *“Un constitucionalismo ambiguo”*(trad. CARBONELL), en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 187-210.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *“La filosofía penal de la Ilustración”*, México, 2003.
- *“Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 123-158.
- *“Ideología e interpretación jurídica”*, Madrid, 1987.
- *“Del mito de la decadencia de la ley. La Ley en el Estado Constitucional”*, en EL MISMO, *Ley, principios, derechos*, pp. 4-45.
- *“Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”*, en EL MISMO, *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998, pp. 69-116.
- *“Diez argumentos a propósito de los principios”*, en EL MISMO, *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998, pp. 47-68.
- PUIG BRUTAU, José. *“Fundamentos de Derecho civil”*. Tomo preliminar, 2ª ed., Barcelona, 1989.
- PULITANÒ, Domenico, en CRESPI/STELLA/ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, Art. 5, pp. 32-38.
- en CRESPI/STELLA/ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, Art. 47, pp. 187-191.
- PUPPE, Ingeborg. *“La justificación de la intervención médica curativa”* (trad. FELIP I SABORIT), en *InDret* 1 (2007) (www.indret.com)
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *“Derecho penal español”*. Parte especial, 5ª ed., Barcelona, 2008.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES), 3ª ed., art. 268, Navarra, 2004, pp. 1334-1336.
- RATHCKE, Einhard. *“Das Güterabwägungsprinzip in der Lehre von Ausschluß der Rechtswidrigkeit”*, Emsdetten, 1935.
- REDONDO, Cristina. *“Teorías del Derecho e indeterminación normativa”*, en *Doxa* 20 (1997), pp. 177-196.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *“Delitos contra el patrimonio (I)”*, en *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial* (dir. SILVA SÁNCHEZ), Barcelona, 2006, pp. 181-207.
- RODRÍGUEZ, César. *“Teoría del derecho y decisión judicial”*. En torno al debate entre H. L. A. Hart y R. Dworkin, en *La decisión judicial*, 1998, Colombia, pp.15-88.
- RODRÍGUEZ, Jorge. *“La imagen actual de las lagunas en el Derecho”*, en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, Madrid, 2005, pp. 127-157.
- *“Lógica de los sistemas normativos”*, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ DEVEESA/SERRANO GÓMEZ, *“Derecho penal”*. Parte general, 17º ed., Madrid, 1994.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Artículos 1, 2, 3 y 4", en *Comentarios al Código penal* (dir. COBO DEL ROSAL), Madrid, 1999, pp. 127-163.
- "Comentario al art. 4 CP", en *Comentarios al Código penal* (RODRÍGUEZ MOURULLO dir.), Madrid, 1997.
- RÖHL, Klaus F. "Allgemeine Rechtslehre". *Ein Lehrbuch*, 2º ed., Köln/Berlin/Bonn/München, 2001.
- ROMEO MALANDA, Sergio. "Las eximentes por analogía en el Código penal español de 1995". *Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º época, 16 (2005), pp. 169-205.
- ROSS, Alf. "Sobre el derecho y la justicia" (trad. CARRIÓ), Buenos Aires, 1994.
- ROXIN, Claus. "Strafrecht". *Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 4º Auflage, München, 2006.
- "Strafrecht". *Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003.
- "Política criminal y sistema de derecho penal" (trad. MUÑOZ CONDE), 2ª edición, Buenos Aires, 2002.
- "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal", en *Cuadernos del Departamento de Derecho penal y Criminología* 2 (1998), Córdoba, pp. 239-263.
- "Nullum crimen, nulla poena sine lege" (trad. MUÑOZ CONDE/LUZÓN PEÑA), en *EL MISMO, Iniciación al Derecho penal de hoy*, Sevilla, 1981.
- "Die notstandsähnliche Lage — ein Strafrechtsausschlussgrund?", en *OEHLEF-FS*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1985, pp. 181-196.
- "Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht", en *JuS* 10 (1964), pp. 373-381.
- "Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen", en *Rechtfertigung und Entschuldigung* (coord. ESER/FLETCHER), Band I, Freiburg, 1987, pp. 229-262.
- "An der Grenze von Begehung und Unterlassung", en *ENGISCH-FS*, Frankfurt am Main, 1969, pp. 380-405.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. "Rechtfertigungsgründe im Strafrecht". *Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung*, en *ARMIN KAUFMANN-GS*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 371-397.
- "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (comp. SCHÜNEMANN/ introd., trad. y notas SILVA SÁNCHEZ), Madrid, 1991, pp. 81-93.
- en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (coord. RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON), 6ª ed., § 24, Band 1, Leipzig, 1999, pp. 35-63.
- RUITER, Dick W. P. "Legal Institutions", Law and Philosophy Library, vol. 55, Dordrecht, 2001.
- RUIZ MANERO, Juan. "Principios jurídicos", en *El derecho y la justicia* (ed. GARZÓN VALDÉS/LAPORTA), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, 1996, pp. 149-159.
- "Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas", en *AAVV, Las lagunas en el Derecho*, Madrid, 2005, pp. 103-126.
- RUNTE, Rainer. "Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre". *Moderne Strafrechtsdogmatik zwischen Rechtsstaatsprinzip und Kriminalpolitik*, Frankfurt am Main, 1991.
- RÜPING, Heinrich. "Die Gnade im Rechtsstaat", en *SCHAFFSTEIN-FS*, Göttingen, 1975, pp. 31-44.
- RÜTHERS, Bernd. "Rechtstheorie", 2º ed., München, 2005.
- SAINZ CANTERO, José Antonio. "La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal", Granada, 1965.
- SALGUERO, Manuel. "Argumentación jurídica por analogía", Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga. "Los principios en el derecho y la dogmática penal", Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. "Interpretación penal en una dogmática abierta", en *ADPCP* LVIII (2005), pp. 29-55.
- SASTRE ARIZA, Santiago. "La ciencia jurídica ante el Neoconstitucionalismo", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, pp. 239-258.
- SAUER, Guillermo. "Derecho Penal". *Parte general* (trad. DEL ROSAL/CEREZO), Barcelona, 1956.
- SABINE, George. "Historia de la Teoría política" (trad. HIERRO), 3ª ed., México, 1994.

BIBLIOGRAFÍA

- SAX, Walter. *“Das strafrechtliche Analogieverbot“*. Eine methodische Untersuchung über die Grenze der Auslegung im geltenden deutschen Strafrecht, Göttingen, 1953.
- SCANLON, T. M. *“Lo que nos debemos unos a otros”*. ¿Qué significa ser moral? (trad. WEIKERT GARCÍA), Barcelona, 2003.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich. *“Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldaußschließungsgrund”*, Leipzig, 1933.
- SCHÄFER, Gerhard. *“Praxis der Strafzumessung”*, 3º ed., München, 2001.
- SCHAUER, Frederick. *“Las reglas en juego”*. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana (trad. ORUNESU/RODRÍGUEZ), Madrid, 2004.
- SCHILD, Wolfgang, en *Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch* (dir. KINDHÄUSER/NEUMANN/ PAEFFGEN), 2º ed., § 20, Tomo 1, Baden-Baden, 2005, pp. 648-717.
- SCHLEHOFER, Horst, en *Münchener Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch*, Vorbemerkung zu den §§ 32 ff., Band I, München, 2003, pp. 1163-1248.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *“Strafrecht“*. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 20º ed., Tübingen, 1975.
- *“Strafrecht“*. Allgemeiner Teil. Studienbuch, Tübingen, 1982.
- SCHMIDT, Eberhard. *“Das Reichsgericht und der «übergesetzliche Notstand»”*, en *ZStW* 49 (1929), pp. 350-411.
- *“Anmerkung zum Urteil des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone von 5.3.1949”*, en *SJZ* (1949), pp. 559-570.
- SCHMITZ, Roland, en *Münchener Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch*, § 1, Band 1, München, 2003, pp. 37-64.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, en *Leipziger Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch* (dir. JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY), 11º ed., § 17, Tomo 1 (§§ 1-31), Berlin, 2003, pp. 105-125.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *“Nulla poena sine lege?”*. Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, Berlin-New York, 1978.
- *“¿Qué significado ha tenido la prohibición de retroactividad (Art. 103. párr. 2 CA) en la reforma penal de la antigua RDA? ¿Podían eximirse de la persecución penal los autores que contaban con el monopolio del legislador más allá del cambio de régimen, estando ellos asegurados jurídicamente en aquel entonces?”* (trad. MONTEIL FERNÁNDEZ) (inédito).
- SCHUHR, Jan C. *“Rechtsdogmatik als Wissenschaft”*. Rechtliche Theorien und Modelle, Berlin, 2006.
- SEELMANN, Kurt. *“Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen”*, Heidelberg/Hamburg, 1978.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *“Aproximación al Derecho penal contemporáneo”*, Barcelona, 1992.
- *“La expansión del Derecho penal”*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales., 2º ed., revisada y ampliada, Madrid, 2001.
- *“¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?”*. Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Congreso Internacional, Facultad de Derecho UNED*, 2001, pp. 559-575.
- *“Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación»”*, en *Poder Judicial* 45 (1997), pp. 183-202.
- *“Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”*, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 1007-1028.
- *“El nuevo escenario del delito fiscal en España”*, Barcelona, 2005.
- *“Retos científicos y retos político-criminales de la ciencia del Derecho penal”*, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (coord. ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN), Cuenca, 2003, pp. 25-40.
- *“Hermanos, pero no «primos». Los delitos patrimoniales y el alcance de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código penal”*. Una crítica a la doctrina del Tribunal Supremo, en *Diario La Ley* 5318 (2001), pp. 1-4.
- *“El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales”*, Barcelona, 1997.
- *“Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”*, en *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal* (WOLTER/FREUND ed.; IUSCRIM Barcelona, ed. española), Madrid, 2004, pp. 15-29.
- *“Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las «leyes en blanco»”*, en *Revista Jurídica de Catalunya* 1 (1994), pp. 87-112.
- *“Zur sogenannten teleologischen Auslegung”*, en *JAKOBS-FS*, 2007, pp. 645-661.
- *“Zur Verhältnismäßigkeitsproblem im entschuldigenden Notstand”*, en *HRSCHKA-FS*, Berlin, pp.681-696.

- SIMON, Eric. "Gesetzesauslegung im Strafrecht". Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Berlin, 2005.
- SINN, Arndt. "Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftverkehrsicherheitsgesetz-rechtmässig?", en *NSiZ* 11 (2004), pp. 585-593.
- SPENDEL, Günther, en *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch* (dir. JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY), 11º ed., § 32, Tomo 2 (§§ 32-60), Berlin, 2003, pp. 1-169.
- STRATENWERTH, Günther. "¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?" (trad. SANCINETTI), Bogotá, 1996.
- "Schweizerisches Strafrecht". Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahme, Bern, 1989.
- STRATENWERTH/KUHLEN, "Strafrecht". Allgemeiner Teil. Die Straftat, 5ª ed., Köln/Berlin/München, 2004.
- STREE, Walter, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 60, 27º Auflage, München, 2006, pp. 930-932.
- STRENG, Franz. "Strafrechtliche Sanktionen". Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 2º ed., Stuttgart, 2002.
- (comentario a sentencia), en *JR* 6 (2006), pp. 256-261.
- en *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, § 20, Band 1, München, 2003, pp. 740-813.
- "Rücktritt vom erfolgqualifizierten Versuch". Die aufzugebende „Tat“ i. S. v. § 24 Abs. 1 StGB und das Analogieverbot, en *Wilfried KÜPER-Fs*, Heidelberg, 2007, pp. 629-644.
- SUNSTEIN, Cass R. "On analogical reasoning", en *Harvard Law Review* (1992-1993), pp. 741-791.
- SUPPERT, Hartmut. "Studien zur Notwehr und «notwehrähnlichen Lage»", Bonn, 1973.
- SÜB, Franck. "El trato actual del mandato de determinación" (trad. FELIP I SABORIT), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pp. 223-244.
- TERÁN LOMAS, Roberto. "Derecho Penal". Parte General, Buenos Aires, 1980.
- TRIFFTERER, Otto. "Österreichisches Strafrecht". Allgemeiner Teil, 2º ed., Wien, 1994.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan. "La eficacia justificante de los derechos". Análisis de la exigente de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20. 7 CP) desde una perspectiva constitucional, Valencia, 2003.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel. "Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español", en *ADPCP* Tomo XLV, Fascículo II (1992), pp. 561-612.
- VASSALLI, Guiliano. "Limiti del divieto d'analogia in materia penale" (Norme ordinarie e norme eccezionali), Milano, 1942.
- VIADA Y VILASECA, Salvador. "Código penal reformado de 1870". Con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876. Tomo I, Madrid, 1890.
- VILE, M. J. C. "Constitutionalism and the separation of powers", 2ª ed., Indianapolis, 1998.
- VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995* (coord. VIVES ANTÓN), art. 268, Tomo II, Valencia, 1996, pp. 1318-1320.
- VOLK, Klaus. "Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus", en *ZStW* 97 (1985), pp. 871 y ss.
- VOLLMER, Dietrich. "Auslegung und „Auslegungsregeln“", Berlin, 1990.
- WACHINGER, Michael "Der übersetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgericht", en *FRANK-Fs*, I, Tübingen, 1930, pp. 469-518.
- WALDRON, Jeremy. "The Dignity of Legislation", Cambridge, 1999.
- WARDA, Günter. "Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen", en *MAURACH-Fs*, Karlsruhe, 1972, pp.143-171.
- WATZKA, Volker. "Die Zumutbarkeit normgemässigen Verhältnis im strafrechtlichen Notstand", Tesis doctoral (no publicada), Freiburg, 1967.
- WELZEL, Hans. "Das deutsche Strafrecht", 11. Auflage, Berlin, 1969.

BIBLIOGRAFÍA

- "Anmerkung zum OGH Strafsenat, Urteil von 5.3.1949", en *MdR* (1949), pp. 370-376.
- WESSELS/BEULKE, "Strafrecht". *Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 34° ed., Heidelberg, 2004.
- WITTIG, Peter. "Der überggesetzliche Schulausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht", en *JZ* (1969), pp. 546-548.
- WOHLERS, Wolfgang. "Gesetzeswortlaut und «ratio legis» im Strafrecht", en *Die Bedeutung der «Ratio legis»*, Basel/Genf/München, 2001, pp. 79-91.
- WOLTER, Jürgen. "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma". Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena (trad. RAGUÉS I VALLÉS), en *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal* (WOLTER/FREUND ed.; IUSCRIM Barcelona, ed. española), Madrid, 2004, pp. 31-89.
- WÜRZBURGER, Julius. "Das Recht des strafrechtlichen Notstandes vor und nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches", Breslau, 1903.
- YACOBUCCI, Guillermo. "El sentido de los principios penal", Buenos Aires, 2002.
- ZACZYK, Rainer, en *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch* (dir. KINDHÄUSER/NEUMANN/ PAEFFGEN), 2° ed., § 24, Tomo 1, Baden-Baden, 2005, pp. 775-826.
- ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, "Derecho penal". *Parte general*, Buenos Aires, 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. "El derecho dúctil". *Ley, derechos y justicia* (trad. GASCÓN), Madrid, 1995.
- "Historia y constitución" (trad. y prólogo CARBONELL), Madrid, 2005.
- ZARZA MENSAQUE, Alberto. "El Congreso y el Poder Ejecutivo: equilibrio o subordinación", en *Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 2, N° 1 (1994).
- ZERNIK, Bruno. "Begriff und Voraussetzungen der extensiven Auslegung und der Analogie", Tesis doctoral (no publicada), Greifwald, 1895.
- ZITELMANN, Ernst. "Las lagunas del Derecho" (trad. POSADA), en *AAVV, La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949, pp. 289-322.