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

CONTENIDO

Prólogo 17
Nota previa 19
Abreviaturas 23
Introducción 25

Capítulo I
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I. **La relevancia de la interpretación del principio de legalidad frente a la admisión de la analogía *in bonam partem*** 29
II. **El principio de legalidad en la delimitación de las competencias de los poderes constituidos** 33
III. **Fundamentación del principio de legalidad penal** 36
A. Tesis fundamentadoras del principio de legalidad 36
B. Fundamento político del principio de legalidad: los modelos constitucionalistas y la legitimidad del juez 41
1. *El significado de la legalidad en el constitucionalismo clásico* 41
2. *El significado de la legalidad en el neoconstitucionalismo radical* 48
3. *Crítica al constitucionalismo clásico y al neoconstitucionalismo radical* 53
C. Fundamentos jurídico-penales 59
1. *La prevención general, el principio de culpabilidad y los restantes fundamentos* 59
2. *Crítica a los anclajes jurídico-penales tradicionales del principio de legalidad* 60
IV. **Toma de postura: replanteamiento de la teoría teleológica de la doble fundamentación** 64
A. Planteamiento de la cuestión 64
B. Fundamento del principio de legalidad referido al Estado de derecho 64
1. *Apertura del concepto de legalidad a la combinación de la certeza jurídica y los valores constitucionales* 64
2. *La división de poderes y la legalidad penal* 68
3. *El principio de legalidad y el sistema de fuentes del Derecho penal* 72
C. Fundamento jurídico-penal del principio de legalidad. Aproximación a una interpretación teleológica 74
1. *Introducción* 74
2. *Las finalidades del Derecho penal* 75

3. *Repercusiones de la orientación teleológica del principio de legalidad en la dogmática de la exclusión y atenuación de la responsabilidad penal* 80
a. Planteamiento de la cuestión 80
b. Los criterios de ponderación de los fines jurídico-penales frente a las exigencias del principio de legalidad 83
V. **La analogía *in bonam partem* en el Derecho penal español** 89
A. El art. 4.2 CC y el significado de la expresión «leyes penales» 89
B. La interpretación del artículo 4.3 CP y el sistema vigente de eximentes y atenuantes 91
1. *La tesis restrictiva y la «vía de escape» de la atenuante analógica* 91
2. *Toma de postura: lo inconstitucional de la prohibición absoluta de la analogía favorable al reo en el Derecho penal español* 95
a. *Planteamiento de la cuestión* 95
b. *Anclaje constitucional de la analogía favorable al reo y la inconstitucionalidad parcial del artículo 4º CP* 103

Capítulo II
LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN LA METODOLOGÍA JURÍDICO-PENAL

I. **La relevancia de los aspectos metodológicos para la analogía *in bonam partem*** 113
II. **La analogía *in bonam partem* como método de integración del Derecho penal** 118
A. Interpretación y aplicación del Derecho penal y la distinción entre casos genéricos y particulares 118
B. La integración del Derecho penal y la función de la analogía *in bonam partem* 123
C. Mecanismos de integración de inconsistencias axiológicas en las eximentes: la analogía *in bonam partem* y la aplicación de Derecho extrapenal 129
III. **La analogía *in bonam partem* como medio de creación judicial de eximentes** 131
A. El concepto de creación judicial de Derecho y la obtención de nuevas eximentes mediante la analogía 131
B. Analogía y arbitrariedad en el Derecho penal: excurso 138
IV. **La interpretación de las leyes penales y el significado del tenor literal** 142
A. Estado de la cuestión en la teoría de la interpretación de la ley penal y el papel limitador del tenor literal 142
B. Crítica a la doctrina dominante 148
C. El tenor literal y el significado de la norma 151
D. Identificación del significado de la ley penal: funcionamiento de los cánones interpretativos 158
1. *La ley penal y sus posibles significados* 158
2. *La exclusión del método teleológico en la interpretación de la ley penal: excurso* 162
E. Interpretaciones óptimas, posibles y absurdas o arbitrarias de la ley penal 164

F. ¿Distinción entre analogía, interpretación analógica e interpretación extensiva? 167
G. ¿Qué hay más allá del tenor literal? 176
V. **¿Es la analogía fuente del Derecho?: sobre la distinción entre el procedimiento por analogía y la aplicación de principios** 182
A. Planteamiento de la cuestión 182
B. El material normativo en el razonamiento jurídico por analogía: distinción entre principios y reglas 186
1. *Líneas generales de la discusión en la teoría del Derecho* 186
2. *Toma de postura en relación a la distinción entre reglas y principios* 189
C. Los principios en el Derecho penal 192
1. *Introducción* 192
2. *Principios jurídicos implícitos y explícitos: criterios distintivos* 194
3. *Principios jurídico-penales implícitos* 195
a. Las *rationes legis* como principios que fundamentan los preceptos jurídico-penales 195
b. Los principios de las instituciones jurídico-penales 198
c. Los principios generales del Derecho penal y los principios generales del Derecho 206
d. Origen y reconocimiento de los principios jurídico-penales implícitos 212
VI. **Clases de analogía: analogía *legis*, analogía *institutionis* y analogía *iuris*** 215
A. Introducción 215
B. Presupuestos metodológicos de la analogía favorable al reo 218
1. *Existencia de una laguna axiológica* 218
a. Planteamiento de la cuestión 218
b. Clases de lagunas 220
c. Lagunas axiológicas y meros desacuerdos valorativos 225
d. Identificación de lagunas jurídicas 230
e. Las clases de lagunas que afectan los sistemas de eximentes y atenuantes de responsabilidad penal 233
2. *Ausencia de una prohibición de integrar lagunas axiológicas mediante la analogía favorable al reo* 241
C. Analogía *legis in bonam partem*: características principales 243
1. *Establecimiento de la identidad de razón* 243
2. *Etapa estrictamente creativa en la analogía* legis in bonam partem 248
D. Analogía *institutionis* y analogía *iuris in bonam partem* 249
1. *Introducción* 249
2. *Analogía* institutionis in bonam partem: *concepto* 250
3. Analogía iuris in bonam partem*: concepto* 253
4. *Establecimiento de la razón de identidad y similitud de casos genéricos* 255
5. *Fase creativa en la analogía* institutionis *y en la analogía* iuris in bonam partem 257

6. *Conclusión: admisión de la analogía* institutionis in bonam partem *y exclusión de la analogía* iuris in bonam partem 259
VII. **Naturaleza y alcance normativo de la eximente o atenuante creada por analogía en el Derecho penal** 263

Capítulo III
LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

I. **Planteamiento de la cuestión** 267
A. Introducción 267
B. Evolución doctrinal del tratamiento de la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación 269
1. *Aceptación doctrinal de la analogía* in bonam partem *y las cuestiones problemáticas en cuanto a su legitimidad* 269
2. *Estado actual de la discusión jurídico-penal* 271
C. Fundamentos de la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación 274
II. **Reconocimiento del estado de necesidad justificante supralegal por el RG y el significado de las causas supralegales de justificación** 278
A. Situación legal de las causas de justificación anterior al StGB de 1975 278
B. La aparición del estado de necesidad justificante supralegal en la jurisprudencia del RG 282
C. El sentido originario de la expresión «causas supralegales de justificación» y los sentidos reconocidos en la doctrina actual 290
D. Las causas supralegales de justificación como producto de la analogía *institutionis in bonam partem* 292
1. *Naturaleza del principio que fundamenta la creación de las causas supralegales de justificación* 292
2. *Causas supralegales de justificación y analogía* institutionis in bonam partem 299
III. **Analogía *in bonam partem* y deberes de tolerancia: modelos teóricos que buscan la armonización con el principio de legalidad** 300
A. Introducción 300
B. La creación judicial de deberes de tolerancia como ampliaciones indirectas de la punibilidad, inofensivas para el principio de legalidad (doctrina dominante) 301
C. Las causas de justificación creadas por analogía como causas auténticas de exclusión del injusto penal (Günther) 303
D. Solución del doble recurso a la analogía *in bonam partem* (Kudlich) 309
E. Toma de postura 311
1. *Crítica a las tesis anteriores* 311
2. *Las causas de justificación como habilitaciones sin deberes correlativos* 317
a. Estado de la cuestión: las causas de justificación como derechos subjetivos 317

b. Fundamentación autónoma de los deberes de tolerancia y las causas de justificación como "habilitaciones jurídicas" 320
3. *Consecuencias de la naturaleza de las causas de justificación con relación a la analogía* in bonam partem 329
IV. **Reconocimiento de lagunas axiológicas en las causas de justificación** 335
A. Identificación e integración de lagunas axiológicas en las causas de justificación 335
B. ¿Constituye alguna de las causas de justificación reconocidas en el CP una cláusula general de justificación que excluya el recurso a la analogía favorable al reo? 338
V. **Aplicación de causas de justificación extrapenales: ¿integración del Derecho penal o aplicación de normas que conforman el sistema originario de causas de justificación?** 347
A. Introducción 348
B. Aplicabilidad inmediata *vs.* Aplicabilidad mediata de las causas de justificación extrapenales 350
C. La unidad del ordenamiento jurídico como mera aspiración racionalista 357
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 359
E. La integración del Derecho penal mediante la aplicación de causas de justificación extrapenales y no mediante la analogía *in bonam partem* 364
VI. **¿Analogía *iuris in bonam partem* en las causas de justificación?** 366

Capítulo IV

LA ANALOGÍA EN LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

I. **Planteamiento de la cuestión** 371
A. Introducción 371
B. Aceptación doctrinal de la analogía favorable al reo y las cuestiones problemáticas en cuanto a su legitimidad 373
II. **Fundamentos de la admisión de la analogía *in bonam partem* en la exclusión de la culpabilidad** 378
III. **Inexigibilidad, principios institucionales de la exclusión de la culpabilidad y analogía *in bonam partem*** 382
A. Introducción 382
B. Desenvolvimiento histórico del principio de inexigibilidad en la doctrina alemana y su carácter de causa genérica de exculpación supralegal 384
C. Naturaleza del principio de inexigibilidad 393
D. El principio de la irreprochabilidad de un comportamiento infractor de la norma primaria y su especial papel en la analogía *institutionis in bonam partem* ... 399
IV. **La analogía *in bonam partem* en las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto** 400

A. ¿Es necesario reconocer causas supralegales de inimputabilidad? 400
B. La analogía *in bonam partem* y el error de prohibición 404
1. *Introducción* 404
2. *Reconstrucción supralegal del error de prohibición en el Derecho alemán* 406
a. Situación legal y jurisprudencial del error de prohibición 406
b. Aparición del error de prohibición mediante la analogía favorable al reo 408
3. *Reconstrucción supralegal del error de prohibición en el Derecho italiano* 412
a. Situación legal y jurisprudencial del error de prohibición 412
b. Aparición del error de prohibición mediante la analogía favorable al reo 415
4. *Reconstrucción supralegal del error de prohibición en el Derecho español* 418
a. Situación legal, jurisprudencial y doctrinal previa al reconocimiento legal del error de prohibición 418
b. El papel de la analogía favorable al reo en el reconocimiento del error de prohibición 420
V. **Causas supralegales de exculpación creadas por analogía *in bonam partem*** 424
A. Lagunas axiológicas en el sistema de causas de exculpación y sus modos de integración 424
B. Situaciones análogas al estado de necesidad exculpante: salvamentos dentro de comunidades de peligro 429
1. *La exculpación del salvamento de comunidades de peligro* 429
2. *Exculpación supralegal de los médicos ejecutores de la Orden de eutanasia de 1939 por el Obersten Gerichthof für die britische Zone* 434
a. Hechos y argumentos de la sentencia del Obersten Gerichthof für die britische Zone 434
b. Análisis doctrinal de la sentencia 437
3. *Exculpación supralegal del derribo de aviones frente a supuestos de ataques terroristas* 441
C. La analogía *legis in bonam partem* como mecanismo de exculpación de las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante 445
VI. **Límites a la analogía favorable al reo en las causas de exclusión de la culpabilidad** 446
A. Planteamiento 446
B. Límites a la analogía favorable al reo en las situaciones análogas al estado de necesidad exculpante 448
C. ¿Creación de causas de exculpación mediante la analogía *iuris in bonam partem*? 452

Capítulo V
LA ANALOGÍA EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

I. **Introducción** 457
II. **Algunos supuestos en los que la doctrina y la jurisprudencia han admitido excusas absolutorias supralegales** 463

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 1º de marzo de 2005 463
B. Sentencia del OGH sobre los médicos nazis y el reconocimiento de la causa personal de exclusión de pena supralegal: excurso 467
III. **Fundamentos de la exclusión de la analogía favorable al reo en las excusas absolutorias** 469
A. El carácter excepcional de las excusas absolutorias frente a las exigencias del principio de legalidad 469
B. Repercusiones de la excepcionalidad de las excusas absolutorias respecto a la prohibición de analogía 474
1. *Planteamiento de la cuestión* 474
2. *Supuestos en los que no cabe reconocer la existencia de lagunas axiológicas en las excusas absolutorias* 475
3. *La imposibilidad de integrar lagunas axiológicas mediante la analogía favorable al reo en las excusas absolutorias* 478

Capítulo VI

LA ANALOGÍA EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

I. **Introducción** 485
II. **Legitimación de la creación judicial de circunstancias atenuantes mediante la analogía** 488
III. **Tratamiento de la atenuante analógica en la jurisprudencia del TS** 491
A. Introducción 491
B. "Análoga significación": de la similitud morfológica a la semejanza de sentido intrínseco 494
C. "Análoga significación que las anteriores": de la circunscripción a una circunstancia específica del art. 21 CP a los fundamentos de las atenuantes 497
D. Conclusión y toma de postura sobre la interpretación óptima de la atenuante de análoga significación 501
IV. **¿Supone la aplicación de la atenuante analógica un caso de analogía *in bonam partem*?** 503
A. Introducción 503
B. Casos genéricos regulados por la atenuante analógica 504
C. ¿Se acude a la analogía *in bonam partem* cuando se comparan circunstancias atenuantes? 508
D. ¿Qué clase de laguna podría afectar al art. 21 6º CP? 510
V. **Creación de atenuantes mediante la analogía *in bonam partem*** 512
A. Planteamiento de la cuestión 512
B. Creación de atenuantes mediante la analogía *legis in bonam partem* 513

C. Creación de atenuantes mediante la analogía *institutionis in bonam partem* 516
D. ¿Creación de atenuantes mediante la analogía *iuris in bonam partem*? 523

Conclusiones 525

Bibliografía 533