

# ANALOGÍA FAVORABLE AL REO

## 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
W. EL ART. 4.2 CC Y EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN «LEYES PENALES» .....	89
X. 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 4° 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 .....	113
II. LA ANALOGÍA IN BONAM PARTEM COMO ODO 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 ARITMÉTICA .....	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
H. ¿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 LEC/S, ANALOGÍA /NST/TUT/ON/S Y ANALOGÍA /UR/S .	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: 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 .....	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 II LA ANALOGÍA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN .....	267
A. INTRODUCCIÓN .....	267
B. EVOLUCIÓN DOCTRINAL DEL TRATAMIENTO DE LA ANALOGÍA 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-pena .....	271
C. FUNDAMENTOS DE LA ANALOGÍA IN FLONAA EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN .....	274
II. RECONOCIMIENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE SUPRALEGAL POR EL RG Y EL SIGNIFICADO DE LAS CAUSAS STLPRALEGALES 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 .....	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 IX)BLE RECURSO A LA ANALOGÍA .....	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 1]. CP UNA CLÁUSULA GENERAL DE JUSTIFICACIÓN QUE EXCLUYA EL RECURSO A LA ANALOGÍA FAVORABLE AL REO? .....	338
V. APLICACIÓN DE CAUSAS DE EXTRAPENALES: (INTEGRACIÓN DEL DERECHO PENAL O APLICACIÓN DE NORMAS OUR CONFORMAN EL SISTEMA ORIGINARIO DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN? .....	347
a. Introducción .....	348
b. Aplicabilidad inmediata vs. aplicabilidad mediata de las causas de justificación extra penales .....	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 extra-penales y no mediante la analogía /n runam .....	364
vi. ¿analogía de 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 .....	399
IV. LA ANALOGÍA IN BONAM PARTEM EN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD EN SENTIDO ESTRICTO .....	400

A. ¿ES NECESARIO RECONOCER CAUSAS SUPRALEGAL ES 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
W. 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 /939 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 IBIS IN BONAM PARTEM COMO MECANISMO DE EXCULPACIÓN DE LAS SITUACIONES ANÁLOGAS AL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE .....	445
VI. LIMITES A LA ANALOGÍA FAVORABLE AL REO EN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD .....	446
A. PLANTEAMIENTO .....	446
B. LIMITES 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
11. 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 10 DE MARZO DE 2005 .....	463
8. SENTENCIA DEL OGH SOBRE LOS MÉDICOS NAZIS Y EL RECONOCIMIENTO DE LA CAUSA PERSONAL DE EXCLUSIÓN DE PENAS 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