

RECENSIÓN DEL LIBRO: GRUNDLAGEN UND GRENZEN DER ANALOGIE IN BONAM PARTEM IM STRAFRECHT

Autor: Juan Pablo Montiel
Editorial Duncker & Humblot-Berlin

Jacobo López Barja de Quiroga

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

El autor comienza señalando la existencia de unanimidad en la doctrina en cuanto a la exclusión de la denominada analogía *in malam partem*; esto es, la que afecta a la fundamentación y la agravación de la pena. En cambio, se admitiría la posibilidad de la creación judicial del derecho por vía analógica respecto de las causas de exclusión de la culpa, las causas de exclusión de la pena y las causas de atenuación de la pena.

En Alemania, este problema cobraba una singular importancia porque el Tribunal Penal Imperial venía admitiendo la posibilidad de la aplicación analógicas a supuestos de necesidad en los que, sin existir un amparo legal concreto, una persona lesionaba la integridad o la vida ajenas. Así se mantuvo hasta la entrada en vigor del Código Penal alemán de 1975.

Durante los primeros cincuenta años del siglo XX fue una valiosa herramienta en manos del Juez, para tratar aquellos hechos típicos que

constituían delito aunque materialmente no fuesen antijurídicos o el autor estuviese exculpado por las circunstancias. Aunque su campo se redujo tras la aprobación del actual Código Penal, el autor considera que no es una “pieza de museo” sino que la actualidad ha puesto de nuevo de relieve la ausencia de normas para supuestos excepcionales como la aplicación de “terceros grados”, en los casos de bombas de relojería o con temporizador, o el derribo de un avión secuestrado por terroristas.

Posteriormente, el autor señalará que las conclusiones y datos del estudio no se ciñen sólo a Alemania, sino que pueden extenderse a aquellos otros territorios en los que la dogmática alemana juegue un papel especial, como lo son Italia, España, Portugal y Latinoamérica.

Pese al interés que el tema puede revestir en las situaciones presentes, no existe en la doctrina un estudio desarrollado sobre la posible aplicación de la analogía a las causas

de exclusión o de atenuación de la pena. Los principales estudios dogmáticos, en general, han arrinconado el estudio de la analogía en el campo penal y esto ha ocurrido, por supuesto, también en el terreno de la aplicación de la norma penal.

El autor se lamenta de la falta de estructura de la argumentación relativa a la analogía *in bonam partem* y ofrece en el libro una teoría general que incorpore el concepto, fundamento y límites de la analogía *in bonam partem*. Renunciando a una enumeración detallada de los casos en los que el Juez a través de la analogía puede crear norma o reglas extralegales, aborda, en primer término, determinar cuál es el concepto, las formas y requisitos de la analogía en favor del reo.

El estudio parte, en primer lugar, de la determinación como principal presupuesto de su posible aplicación la admisión de la existencia de una laguna jurídica (*Rechtslücke*) que se daría cuando un caso careciese de una solución normativa adecuada o tuviese una solución axiológicamente falsa. Como segundo caso, admitida su existencia, sería preciso determinar cuál es el concepto de "laguna". A este respecto, pone de relieve la existencia de falta de acuerdo en la literatura científica, fruto de la imprecisión que se deriva de su conexión con diferentes áreas (según el enfoque axiológico, conceptual, ...etc.) y refleja la necesidad previa de proceder a una correcta diferenciación de los problemas y las circunstancias concurrentes y la existencia como presupuesto inicial de un vacío jurídico por la falta de una norma o precepto jurídico, por un tratamiento axiológico o teleológico inadecuado de un hecho por el sistema jurídico o una laguna normativa por falta de precisión del legislador.

A continuación, se tratan los tipos de analogía *in bonam partem*. En primer término, el estudio se inicia con una introducción a las formas de creación analógicas del derecho penal a favor del acusado. A este respecto, el autor subraya que la analogía como tal, precisa someterse a ciertos parámetros y es, en defini-

tiva, el resultado de un proceso deductivo y no de un ejercicio voluntarista del juez. Debe apoyarse en los propios preceptos jurídicos y en los principios informadores del derecho penal. Pero unos y otros tienen una estructura y naturaleza distinta que determinan los diferentes tipos de analogía. Por un lado, la analogía legal *in bonam partem* (analogía *legis*), que parte de una norma jurídica existente y, en segundo lugar, por otro lado, la analogía institucional y la analogía jurídica, que se fundamentan en los principios informadores que los sustentan y que se diferencian en la distinta estructura que cobran esos principios.

Para el autor, en un primer apartado, la analogía legal supondría un método de creación e integración del Derecho en el que se obtiene una regla jurídico penal a partir de la transmisión de una norma de una causa de exclusión de la pena o de una atenuación de la pena a uno semejante, excepcionalmente, en un caso que cae dentro de una laguna legal. Normalmente, cuando se trata de la analogía *legis*, el parecido de los casos a aplicar es tan fuerte que casi se trata de supuestos iguales.

En un segundo apartado, se definen el concepto, estructura y casos de la analogía institucional. La analogía *legis* fracasa cuando precisamente no existe ninguna similitud entre el caso que está regulado completamente, esto es, en el que se entiende que no existe laguna, y el que está incompletamente regulado o sólo tiene una apariencia dudosa o defectuosa o cuando la similitud interna legal, a pesar del parecido morfológico, no existe, porque la *ratio legis* justifica la extensión de la disposición.

A continuación, se estudia el concepto, estructura y casos de la analogía jurídica *in bonam partem*.

En este caso, la analogía se construye por el Juez Penal a partir de principios que sustentan la totalidad del ordenamiento jurídico o del ordenamiento jurídico penal. El Juez se apoya aquí en las *rationes* o principios del Derecho o del Derecho Penal. Estos principios juegan un papel primordial no solamente en la

legislación. No son sólo los principios inspiradores que iluminan la labor legislativa, sino que, también, juegan un papel primordial en el pensamiento del Juez.

En el segundo capítulo, se aborda la importancia del principio del principio de legalidad como regla limitativa de la potestad jurídica penal del Estado.

El análisis comienza subrayando la tradicional cuádruple prohibición existente en derecho como principal resultado de la vigencia del principio de legalidad, cuyos destinatarios son el Juez, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y que se enuncia, desde antiguo, con el brocardo latino de *lex stricta, lex scripta, lex certa* y *lex previa*. Conexo con esta enunciación se encuentra el principio de certeza que significa que el Juez Penal sólo puede atender como fuente del derecho a la norma escrita. El principal objetivo del principio de legalidad es definir las competencias concretas del Estado: la producción de legislación, la determinación de las fuentes del Derecho penal, la interpretación de la norma penal, la aplicación de la ley penal y la creación y complementación del Derecho Penal.

De esta consideración general, el autor extrae una cuestión que califica de vital: ¿puede el Juez penal oponerse a la legislación? O, planteada bajo otro prisma, ¿Puede el Poder Judicial crear, desarrollar o complementar el Derecho Penal? La respuesta a esta cuestión exige, en primer término, definir los fundamentos del principio de legalidad, empezando por sus raíces en la génesis y afianzamiento del Estado de Derecho y como concepto sustancial a su existencia, pero diferenciado entre el original planteamiento en el constitucionalismo clásico y su nueva enunciación en el neoconstitucionalismo.

Como se ha indicado, el principio de legalidad es un concepto vitalmente ligado a la aparición del modelo de Estado en el que sus poderes, hasta entonces omnipotentes, quedan recortados por Cartas Magnas, que englobarían los primitivos modelos constitucionalistas

y que dan paso, tras la Segunda Guerra Mundial, al fenómeno neoconstitucionalista que describe los procesos dinámicos de derecho constitucional extraídos del desarrollo y consolidación del Estado Social del Derecho.

En el siguiente apartado, se estudian y describen las raíces jurídico-penales. El autor cita dos: en primer lugar, la prevención general, cuyo concepto compone a partir de la definición de “coacción psíquica” de Feuerbach y, en segundo lugar, el principio de culpabilidad. Sin embargo, el autor es crítico en el sentido de estimar que no puede afirmarse de manera taxativa que el miedo a la pena sea exclusivamente el detonante de que alguien ajuste su comportamiento a la norma. Pueden mediar, y de hecho median, otras consideraciones de índole diverso (moral, ético, ...). En segundo lugar, por otra parte, considera que la premisa de que los miembros de la sociedad rehúsan cometer delitos cuando con cierta seguridad, pueden conocer cuáles son las conductas consideradas delitos no es radicalmente cierta. Considera un sofisma que del conocimiento de la prohibición y de la amenaza penal dependa el efecto preventivo de la pena. Por el contrario, estima que cuanto más indeterminada sea la ley, mayor efecto preventivo, pues no se puede conocer con certeza qué conductas generan responsabilidad y pone el ejemplo de una norma que sancionase con multa de 20 días de prisión a quien atentase contra la moral y las buenas costumbres, que podría reprimir desde el asesinato al beso acalorado que una pareja de amantes, en un arrebato amoroso, se dan en una plaza pública.

Respecto de este último, recuerda la objeción doctrinal de que, en realidad, no es nada más que una explicación insatisfactoria del axioma *nulla poena sine praevia lege*, que ocurriría cuando la reprochabilidad exige el conocimiento del injusto pero no de la pena, pero recuerda que la consciencia de la norma se determina no solamente a partir del derecho escrito sino también del no escrito, por lo que la reserva de ley y la exigencia de que los delitos se regulen por ley podrían ser una

explicación insuficiente. Idéntico problema se plantean aquí entre la prohibición de analogía y la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes desfavorables.

El tercer capítulo aborda los límites de la analogía *in bonam partem* que se centra en la conexión vital que, para el autor, existe entre las raíces del principio de legalidad y la analogía en favor del acusado.

El autor estima que, en definitiva, el principio de legalidad tiene por función esencial delimitar y poner coto al *ius puniendi* del Estado, por lo que la enunciación de los límites de la analogía *in bonam partem* deben hacerse depender de esa íntima conexión.

El autor señala dos tipos de límites a la analogía *in bonam partem*. En primer lugar, aquéllos que se derivan de la preeminencia de la idea del Estado de Derecho y toda sus consecuencias ideológicas y los límites que resultan de los propios principios del Derecho Penal, esto es, los límites jurídico penales.

Los primeros presentan una fuerte conexión con los principios democráticos, que configuran la función del legislador como una extensión de la voluntad del pueblo, dentro de la configuración, vital para el Estado de Derecho, de la división de poderes que defiende lo que el autor denomina, genéricamente, neoconstitucionalismo.

Los segundos, por el contrario, se refieren a la vinculación existente entre el Derecho penal y su fuerza preventiva y, por ello, la necesidad dimanante de determinar qué causas de exclusión de la pena son susceptibles de analogía y según qué tipos de analogía para defender las ventajas de la teoría propugnada por el autor de excluir la analogía *in bonam partem* a las causas de exclusión de la pena.

Los límites del Estado de Derecho son consecuencia de la aceptación por la corriente neoconstitucional de que el Ordenamiento Jurídico presenta lagunas y que el Juez puede suplirlas, pero siempre partiendo de la idea o de la presunción de que aquéllas, al menos, en

Derecho Penal, son un fenómeno extraordinario y que la capacidad semi-legislativa del Juez de crear normas es de carácter excepcional.

Por ello, debe partirse, como premisa previa de trabajo, de la aceptación implícita de la existencia en los modernos Estados de Derecho de la presunción *iuris tantum* de que solo, excepcionalmente, las normas (penales) tienen lagunas o son inadecuadas.

Esta asunción, aunque sea de carácter excepcional, es la que ilumina la distinción del nuevo con el viejo constitucionalismo. Los teóricos constitucionalistas del siglo XIX, que habían bebido de la Ilustración y del concepto hipertrófico que se le atribuía a la Razón Humana, creían que el legislador podía crear normas que eran perfectas e inmutables, de suerte que perdurarían en el tiempo y no precisarían de suplirse. Esta idea se ajustaba perfectamente a la teoría de la división de poderes de Montesquieu. El Juez se limitaba a aplicar las normas que aprobaba el Poder Legislativo. La realidad demostró que no siempre era así.

En segundo lugar, el autor defiende que esta posibilidad de creación judicial del Derecho, en el Estado de Derecho, es tolerable, dentro de los planteamientos del neoconstitucionalismo, siempre que se admita que la norma extrajudicial sea consecuencia de una competencia constitucional periférica y que no entre en colisión con el espíritu del legislador.

El tercer punto que defiende el autor es que la competencia del Juez no tiene la misma dimensión ni la misma naturaleza —es distinta, en definitiva— a la que tiene el legislador para crear normas y que esa diferencia es proporcional y paralela a la diferencia que existe entre la norma judicial creada por el Juez, al hacer uso de la analogía *in bonam partem* y la ley en sentido estricto. Por ello, el autor habla de funciones cuasi legislativas en comparación con funciones legislativas y, por ello, defiende que el Juez no puede utilizar esas funciones para crea causas de exclusión de la pena no establecidas expresamente por la norma.

El concepto de limitaciones jurídico penales exige, para el autor, una primera doble distinción. Por un lado, las *Ausnahmevorschriften* (disposiciones excepcionales), en las que rige la prohibición de analogía. El autor se refiere, con este nombre, a aquellas reglas que carecen de la capacidad de aplicarse analógicamente con carácter general, porque están ideadas en función de situaciones excepcionales y, por ello, el legislador desea que sean aplicables, exclusivamente, a un espectro de casos determinados y no a ningún otro, aunque sea similar.

Por otra lado, las denominadas reglas excepcionales (*Ausnahmeregelungen*) que se desvían de la pauta establecida con carácter universal por el legislador para un “universo de casos”, para los que, primigeniamente, ha diseñado ese precepto y a los que asocia una consecuencia jurídica distinta de la anterior. Para evitar su abuso, las reglas excepcionales, sólo son aplicable a los casos genéricos comprendidos en esas normas en concreto.

Finaliza la obra con las conclusiones generales a las que llega el autor, y un índice de fuentes doctrinales y un índice de palabras claves.