

## Regulaciones de excepción y prohibición de analogía

Juan Pablo Montiel

CRIMINT

### *Abstract*

*El artículo trae al ámbito jurídico-penal la tradicional discusión de la metodología jurídica sobre la conexión entre la prohibición de analogía y las regulaciones excepcionales. En primer lugar, se cuestiona la idea fuertemente asentada en la metodología jurídica tradicional, según la cuál las regulaciones de excepción no pueden ser extendidas por analogía en ningún caso. En segundo lugar, se esboza un concepto de “regulación excepcional en el Derecho penal”, tomando como referente el sistema de eximentes y su desarrollo histórico en la dogmática.*

*Der Aufsatz befasst sich mit der traditionellen rechtsmethodologischen Auseinandersetzung um die Verbindung zwischen das Analogieverbot und die Ausnahmeregelungen in das Strafrecht. Dabei wird zunächst die in der traditionellen Methodenlehre schon lange vertretene Idee infrage gestellt, dass der Ausnahmeregelungen analogisch nicht angewendet bzw. erweitert werden dürften. Im zweiten Schritt wird der Begriff „strafrechtliche Ausnahmeregelung“ bezogen auf das Gesamtsystem von Straffreistellungsgründen und dessen historischer Entwicklung näher analysiert.*

*This paper brings into the Criminal Law Theory the traditional discussion from the Legal Theory about the relationship between the prohibition of analogy and the exceptional norms. First is called into question the common idea in the traditional continental Legal Theory about the impossibility of an analogical application of exceptional norms. Second is sketched a concept of “Exceptional Norms in Criminal Law”, in consideration of whole defences and their historical development.*

*Titel:* Ausnahmeregelungen und Analogieverbot

*Title:* Exceptional Norms and Prohibition of Analogy

*Palabras claves:* regulaciones de excepción, analogía, interpretación, principio de legalidad, institución jurídico-penal, lagunas, eximentes, imputación jurídico-penal.

*Stichwörter:* Ausnahmeregelungen, Analogie, Auslegung, Gesetzlichkeitsprinzip, strafrechtliche Institutionen, Lücken, Straffreistellungsgründe, strafrechtliche Zurechnung.

*Keywords:* exceptional norms, analogy, interpretation, principle of legality, Criminal Law's Institutions, gaps, defenses, imputation in Criminal Law.

*Sumario*

1. **Introducción y planteamiento de la cuestión**
2. **Aproximación al concepto de «regulaciones excepcionales» y sus principales consecuencias. Repercusiones en el Derecho penal**
3. **Regulaciones excepcionales en el Derecho penal.**
4. **Las eximentes y atenuantes como regulaciones excepcionales**
  - 4.1. **La noción de «excepcionalidad» en la evolución histórica de la dogmática de la exclusión y atenuación de la pena**
  - 4.2. **Excepcionalidad según el criterio institucional**
    - a) **Un indicio: la posición doctrinal y jurisprudencial frente a las eximentes y atenuantes supralegales**
    - b) **Base teórica de la graduación de la excepcionalidad**
    - c) **Grados de excepcionalidad y exclusión de la responsabilidad penal**
    - d) **Gradualidad de la excepcionalidad y prohibición de analogía**
5. **Excepcionalidad según el criterio sistemático**
6. **Reflexiones finales**
7. **Bibliografía citada**
8. **Tabla de jurisprudencia citada**

## ***1. Introducción y planteamiento de la cuestión***

En la presente contribución me interesa analizar dos ideas que en los últimos cincuenta años han tenido en la discusión jurídico-penal de habla hispana y alemana un desarrollo insuficiente o bien directamente nulo.

La primera de ellas tiene que ver con *el carácter excepcional de las regulaciones jurídico-penales*, especialmente de las eximentes y atenuantes. Esta idea puede hallarse especialmente en la literatura alemana de la segunda mitad del S. XIX y las dos primeras décadas del S. XX, aunque sin un especial desarrollo ni un abordaje sistemático. Más tarde (y paradójicamente) con la consolidación de la dogmática de las causas de justificación y de las causas de exculpación, esta primera idea fue perdiendo fuerza y sólo se conserva en la actualidad de un modo implícito.

La segunda de las ideas que me propongo desarrollar versa sobre la *relación entre el concepto de norma o regulación excepcional y la prohibición de analogía*. Esta relación es desarrollada en el ámbito de la teoría del método en las ciencias jurídicas (tanto de habla castellana como alemana), especialmente cuando se aborda el funcionamiento del argumento *a contrario* y la analogía. No obstante, en la discusión jurídico-penal de habla hispana y germana esta idea no ha sido en absoluto trabajada y tan sólo ha sido explotada por parte de la doctrina italiana.

Con este panorama de fondo el artículo pivotea alrededor de estas dos ideas, en el entendimiento de que desde esta perspectiva es posible arrojar luz sobre los innumerables interrogantes vinculados al ámbito de aplicación de la prohibición de analogía. Con este cometido se desarrolla aquí el concepto de regulaciones excepcionales y las consecuencias que ello trae para la integración del Derecho penal. Además, echando mano al desarrollo histórico de la dogmática de la exención y atenuación de la responsabilidad, se identificarán las regulaciones excepcionales que desempeñan un papel importante en el juicio de atribución de responsabilidad penal. Finalmente, sobre la base de esta última idea se ofrecerán dos criterios diversos para identificar la excepcionalidad y su nivel, como así también para limitar el uso de la analogía en el Derecho penal.

## ***2. Aproximación al concepto de «regulaciones excepcionales» y sus principales consecuencias. Repercusiones en el Derecho penal***

La relación entre la prohibición de analogía y las regulaciones excepcionales es aquí sacada a colación con motivo de lo dispuesto por el art. 4 n° 2 CC español. Allí el legislador dispone que la analogía se encuentra prohibida respecto a las leyes penales y a las *leyes excepcionales*. Esta normativa no resulta algo extraño en nuestra cultura jurídica, puesto que otras legislaciones reconocen una regulación similar (v.gr. art. 14 CC italiano; art. 11 CC portugués), del mismo modo que en la metodología jurídica tradicional se reconoce esta relación.

La doctrina claramente dominante en Italia<sup>1</sup> y en España<sup>2</sup> interpreta que por «leyes penales» debe entenderse «leyes incriminatorias», esto es, normas que perjudican al reo, como los tipos penales y las agravantes. Sin embargo, todavía existen dudas acerca de cómo debe interpretarse la expresión «leyes excepcionales»<sup>3</sup>. ¿Se está aludiendo acaso a normas que también gravan significativamente la libertad, como las normas tributarias o del Derecho administrativo sancionador? ¿Cabe acaso la posibilidad de considerar que el Derecho penal cuenta con otras normas excepcionales, distintas de los tipos y las agravantes? Esta última cuestión ha sido explorada por parte de la doctrina italiana para incluir dentro de la prohibición de analogía algunos casos de analogía *in bonam partem*<sup>5</sup>.

Ahora bien, ¿qué deberíamos entender por leyes o regulaciones *excepcionales*? Como señala Larenz<sup>6</sup>, estamos aquí ante supuestos en los cuales el legislador ha elegido regular de una determinada manera un «universo de casos» específico y advierte, sin embargo, que dentro de ese «universo de casos» es necesario reconocer consecuencias jurídicas específicas para supuestos concretos. De este modo vemos, que las regulaciones excepcionales presupondrían dos elementos: 1º) la existencia de una consecuencia jurídica general para un grupo más o menos amplio de regulaciones; 2º) el apartamiento de esa consecuencia jurídica general por considerarlo el legislador necesario, por razones de oportunidad y practicabilidad, de los destinatarios, de la gravedad de la sanción, etc.

---

<sup>1</sup> Entre otros, ANTOLISEL, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 14ª ed., 1997, pp. 97 y s.; GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ª ed., 2003, pp. 101 y s.; DELITALA, «Analogía in bonam partem», *Rivista Italiana di Diritto penale*, 1936, pp. 607 y ss.; VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale (Norme ordinarie e norme eccezionali)*, 1942, p. 33 y ss.

<sup>2</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, 2004, pp. 57 y s.; SALGUERO, *Argumentación jurídica por analogía*, 2002, p. 215; LEGAZ Y LACAMBRA, «El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales», *Revista de la Universidad Complutense* (69), 1983, p. 33; FALCÓN Y TELLA, *El argumento analógico en Derecho*, 1991, p. 113; LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de Derecho civil. Introducción*, t. 1, 2ª ed., 2000, p. 259; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo preliminar*, 2ª ed., 1989, p. 329. Respecto a la jurisprudencia, véase STC 36/1982, Sala Primera, de 16 junio. De otra opinión, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. I, 11ª ed., 1992, p. 104.

<sup>3</sup> Bajo la expresión «leyes excepcionales» caerían todas aquellas normas jurídicas dictadas para resolver casos concretos con desplazamiento, respecto a ellos, de las reglas generales del sector del ordenamiento, como por ejemplo, Decretos-leyes, Decretos de declaración de alarma, excepción y sitio, etc.; véase DE PABLO CONTRERAS, *Código Civil Comentado*, t. 1, 2011, art. 4, pp. 68 y s. La regulación de la Ley de Hipoteca Naval que atribuye a los buques naturaleza de bien inmueble sería un caso de regulación excepcional, véase ALBÁCAR/MARTÍN GRANIZO, «art. 4», en LOS MISMOS, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, 1991, pp. 75 y s.

<sup>4</sup> Para un buen ejemplo de este vacío, véase DÍEZ-PICASSO/GUILLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 11ª ed., 2003, pp. 182 y s.; LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. I, 11ª ed., 1992, p. 104.

<sup>5</sup> Por esta razón algunos autores rechazan la creación analógica de excusas absolutorias, entre otros, DELITALA, *Rivista Italiana di Diritto penale*, 1936, p. 610. En la literatura en español solamente CREUS, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1992, § 64.

<sup>6</sup> LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991, pp. 335 y s.

Para evitar una tergiversación del régimen general (haciendo de la excepción la regla)<sup>7</sup> se busca que estas regulaciones excepcionales tengan una vigencia marginal y, por ello, que queden reservadas exclusivamente a aquellos casos expresamente previstos. Esta necesidad lleva a que deba partirse de la presunción de que el legislador ha sido especialmente cauteloso a la hora de elegir los supuestos que merecen el tratamiento jurídico divergente.

Por cierto, esta circunstancia conlleva además una mayor vinculación del aplicador de la regulación, que se traduce de dos maneras: la imposibilidad del juez de no aplicar la norma o de extenderla a casos no expresamente contemplados en el precepto. Así, asistiríamos a una *vinculatoriedad cualificada*<sup>8</sup>, que en el plano interpretativo obliga a optar por aquella opción interpretativa más restrictiva<sup>9</sup> y en el plano de la integración del Derecho condiciona el reconocimiento de la analogía. Justamente en este último caso deben distinguirse dos consecuencias distintas que conciernen al reconocimiento de lagunas y a su integración<sup>10</sup>.

La primera consiste en que se parte de la presunción de que no pueden existir lagunas de excepción, axiológicas o normativas, esto es, un descuido del legislador que lo haya llevado a no prever casos relevantes jurídicamente o a asignar a los previstos una consecuencia jurídica inadecuada. Ello significa que se parte de una presunción *iuris tantum*, según la cual el legislador habría sido especialmente cuidadoso a la hora de elaborar la ley excepcional y, por esa razón, habría reflexionado especialmente sobre los grupos de casos que regula y la consecuencia jurídica asignada a ellos. El legislador habría escrutado cuidadosamente, por tanto, los casos y las consecuencias jurídicas que deseaba establecer y los casos y las consecuencias jurídicas que deseaba excluir. De ahí que todos aquellos casos no previstos expresamente por la ley — sean éstos diferentes o similares a los contemplados por ella — habrían sido dejados fuera conscientemente por el legislador. Como puede observarse aquí ya no habría un descuido y por tanto una laguna que conduzca a su integración por analogía<sup>11</sup>. En realidad, existen aquí meros desacuerdos valorativos que no pueden ser integrados mediante la analogía<sup>12</sup>.

La segunda repercusión es, a la vez, consecuencia de desvirtuar la presunción anterior. Una vez que se demuestra que el legislador incurrió en un error o descuido y, por ende, se acepta la existencia de una laguna, surge la pregunta de cómo debe integrársela. Aquí las normas excepcionales vuelven a reactivar la prohibición de analogía, dado que en este punto la solución de lagunas no puede darse mediante la analogía. El contenido excepcional de estas leyes amerita que quien pueda solucionar las lagunas deba ser la

---

<sup>7</sup> CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, 2º ed., 1983, p. 181.

<sup>8</sup> DANNECKER, *LK*, 12ª ed., 2007, § 1, nm. 242.

<sup>9</sup> Ya respecto a ello, entre otros, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 10ª ed., 2005, pp. 131 y ss.

<sup>10</sup> Una visión similar de estas consecuencias en JACOBI, *Methodenlehre der Normwirkung. Die Normwirkung als Maßstab der Rechtsgewinnung*, 2008, pp. 352 y ss.

<sup>11</sup> KREY, «Zur Problematik richterliche Rechtsfortbildung contra legem», *JZ*, 1978, p. 365.

<sup>12</sup> Sobre el concepto de estos desacuerdos, ver MONTIEL, *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, 2009, pp. 250 y ss.

misma institución que ha introducido la norma en el ordenamiento jurídico. De aquí podemos derivar asimismo que cuando estas leyes precisan una corrección, ellas deban ser siempre realizadas por el legislador, incluso cuando la necesidad de modificación surja de un proceso judicial concreto. De este modo, la facultad del juez para corregir excepcionalmente la legislación mediante la analogía queda así absolutamente prohibida, al igual que el uso del indulto<sup>13</sup>.

En definitiva, las leyes excepcionales activan la prohibición de analogía en un doble sentido: por un lado, excluyen (como regla) la posibilidad de reconocer lagunas de excepción, axiológicas o normativas; por el otro, excluyen la corrección mediante la analogía de las lagunas que puedan aparecer.

Con todo, puede enfatizarse que aquí la prohibición de analogía es llevada demasiado lejos. Por esta vía pretende mostrarse la relación *prohibición de analogía-regulaciones excepcionales* en realidad como una cuestión de «todo o nada»: a saber, si la norma es excepcional rige la prohibición; en cambio si la norma no lo es, la analogía es aceptada. Frente a ello vale la pena destacar que la excepcionalidad de las leyes admite también graduaciones y por ello existen regulaciones que son más excepcionales que otras. Ello origina que también deban graduarse las dos consecuencias que las leyes excepcionales tienen respecto a la prohibición de analogía. Por esta razón, podemos encontrar leyes con un bajo nivel de excepcionalidad, respecto de las cuales pueden admitirse lagunas y también que ellas puedan ser corregidas mediante la analogía, aunque de un modo restringido. Por consiguiente, la imposibilidad total de reconocer lagunas y la prohibición absoluta de colmarlas a partir de la analogía serán sólo predicables respecto de las normas de máxima excepcionalidad. Cuál es el nivel de excepcionalidad de cada precepto concreto es una cuestión que depende, en definitiva, de muy diversos factores, entre los cuales identificaré más adelante sólo dos.

### 3. Regulaciones excepcionales en el Derecho penal

Si tomamos como referencia al ordenamiento jurídico en su conjunto, no resultaría disparatado concluir que los tipos penales y las agravantes son *leyes excepcionales* en el sentido del art. 4 n° 2 CC. En definitiva, el Derecho penal contiene las consecuencias más graves para los derechos de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, cualquier restricción a la libertad –incluso aquellas restricciones dispuestas para proteger libertades y derechos de terceros y de la comunidad– tendrían un carácter extraordinario<sup>14</sup>. Por ello, semejante restricción debe estar siempre apoyada en razones válidas y además debe ser dispuesta por un órgano con suficiente legitimidad democrática, como lo es el parlamento<sup>15</sup>. Sin embargo, la exclusión absoluta de la analogía *in malam partem* tiene que ver más con las prohibiciones

---

<sup>13</sup> Como bien se sabe, no sería esta última la decisión del legislador español, ratificada en la última reforma del Código penal en el art. 4. párr. 3.

<sup>14</sup> Entre otros, véase ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 10ª ed., 2005, p. 131.

<sup>15</sup> BACIGALUPO, «Über Gerechtigkeit und Rechtssicherheit im Strafrecht», en KUDLICH/MONTIEL/SCHUHR (ed.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, pp. 380 y s.

específicas de agravar derechos individuales por fuera de la ley, que con su carácter excepcional.

Dentro del sub-sistema jurídico-penal el legislador reconoce la imposición de una pena *como régimen general* cuando se han verificado los presupuestos de la atribución de responsabilidad. Ahora bien, también conocen los Códigos penales regulaciones específicas que rompen con ese régimen general y acaban reconociendo efectos diferentes para circunstancias específicas. Precisamente, el legislador puede considerar que para conseguir ciertos fines del Derecho penal resulta posible excluir o morigerar el castigo en ciertos casos específicos. En este contexto surgen, como es de imaginarse, las causas de justificación, las causas de inimputabilidad, las causas de exculpación, las circunstancias atenuantes, etc.

Con todo, resulta fundamental destacar que la diferente función que cumplen estas regulaciones en la atribución de responsabilidad penal nos invitan a reflexionar sobre la existencia de un nivel de excepcionalidad diverso en las distintas eximentes y en las atenuantes. Desde luego que ello no excluye la posibilidad de reconocer otras regulaciones de excepción en el Derecho penal. Por ejemplo, si consideramos que en el sistema normativo que rige la aplicación de la pena al caso concreto la *regla* es que el condenado debe pasar en prisión el tiempo previsto en la sentencia, seguramente las disposiciones que regulan la libertad condicional o la ejecución provisional de la condena *exceptúan* el régimen general. Igualmente, no faltan quienes consideran regulaciones excepcionales a las referidas a la *actio libera in causa*, la imprudencia, los errores y las omisiones<sup>16</sup>. Empero, en esta última cuestión no me detendré y me concentraré más bien en lo referente a las regulaciones relativas a circunstancias excluyentes de los elementos del delito.

#### ***4. Las eximentes y atenuantes como regulaciones excepcionales***

##### **4.1. La noción de «excepcionalidad» en la evolución histórica de la dogmática de la exclusión y atenuación de la pena**

En primer lugar, es importante destacar que no resulta ni novedoso ni extraño al Derecho penal decir que las eximentes y las atenuantes son consideradas excepcionales o extraordinarias. Si bien esta idea se manifiesta en la literatura moderna sólo de modo implícito y sin un especial desarrollo<sup>17</sup>, la excepcionalidad de la exclusión de pena ocupó sin embargo un lugar especialmente importante en la doctrina hasta las primeras décadas

---

<sup>16</sup> Véase KINDHÄUSER, «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en KOCH (ed.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, 1997, pp. 89 y ss.

<sup>17</sup> Entre otros, KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 2008, § 12, nm. 11 y s.; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2011, § 15, nm. 1; SEELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2009, pp. 32 y ss.; EL MISMO, *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, 1978, p. 47; KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2011, nm. 262, 779; HASSERMER, «Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare», en ESER/FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, 1987, pp. 175 y ss.; SCHROEDER, «Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen Strafrecht im Vergleich zum Sowjetischen», en ESER/FLECHTER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, 1987, pp. 524 y ss.



del S. XX<sup>18</sup>. En este sentido, las circunstancias que excluyen el injusto, la culpabilidad o la pena evitarían de modo extraordinario el castigo dispuesto por el legislador. Entre las muchas razones que pueden haber contribuido a que el tema aparezca con más fuerza en la literatura de aquella época, debe destacarse principalmente, en mi opinión, el debate que se originó sobre el carácter «absoluto» del delito<sup>19</sup>. Al respecto, cabe recordar que ya durante la segunda mitad del S. XIX *Grolman*<sup>20</sup> y *Hälschner*<sup>21</sup> habían defendido que la conducta que constituye un delito jamás podía ser permitida y, por esta razón, la existencia de un estado de necesidad, una legítima defensa o de un error no implicaba una excepción a la norma penal, sino que excluía directamente el concepto de «infracción al Derecho» (*Rechtsverletzung*) y «delito» (*Verbrechen*)<sup>22</sup>. Frente a ello se argumentó que estas circunstancias importaban más bien una excepción, mediante la cual el autor tenía “permitido” realizar la conducta “delictiva”<sup>23</sup>. Si bien esta discusión tuvo ante todo un trasfondo altamente teórico relativo a la naturaleza de la exención de pena, también sacó a la luz una cuestión político-criminal de gran importancia: las necesidades preventivas del Derecho penal solamente pueden ser colmadas a partir de reconocer de manera extraordinaria (esto es, limitadamente) circunstancias que excluyen el castigo<sup>24</sup>.

Desde mi punto de vista, esta idea es fundamental para entender porqué debe verse la exclusión o la atenuación de la responsabilidad penal como algo restringido y como un privilegio que favorece al autor por razones extraordinarias. Aquí es importante entender y darle realmente valor a la decisión que toma el legislador. Precisamente, la criminalización legislativa de una conducta, al igual que la elección de un concreto marco penal, son decisiones que, en el plano del *deber ser*, surgen de una complicada ponderación de las necesidades preventivas de castigo y de la necesidad de un castigo justo y adecuado a los parámetros del Estado de Derecho<sup>25</sup>. Una vez que esa decisión se ha tomado debe

---

<sup>18</sup> FINGER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. I, 1904, pp. 383 y ss.; WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1914, § 35; HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, pp. 468, 486; MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912, § 56; MAYER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1953, § 21; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. 1, 4ª ed., 1922, § 20; BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., 1930, § 33; BERNER, «Die Notwehrtheorie», *Archiv des Criminalrechts*, 1848, p. 598; LISTZ/SCHIMDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25ª ed., 1927, pp. 135, 174 y ss.; KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1917, p. 42.

<sup>19</sup> Véase BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., 1922, § 20.

<sup>20</sup> GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaften*, 4ª ed., 1825, § 22; EL MISMO, *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, 1799, p. 28.

<sup>21</sup> HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, pp. 467 y ss.

<sup>22</sup> Junto a las razones político-criminales que llevaban a entender en estos términos el concepto de delito, primó la idea de que las normas debían mantenerse siempre intactas, como una especie de imperativo categórico («un injusto absoluto»), como una prohibición o un mandato que no admite excepciones. Véase BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., 1922, § 20.

<sup>23</sup> Al respecto, MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912, § 56; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., 1922, § 20.

<sup>24</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., 1922, § 20.

<sup>25</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 258, 298; ROXIN, «El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual», en MAIER/CÓRDOBA (ed.), *¿Tiene futuro el Derecho penal?*, 2009, pp. 74 y ss.

entenderse que, como *regla*, es necesario castigar con la pena prevista a todo aquél que realiza la acción descrita en un tipo penal<sup>26</sup>, dado que se trata de acciones que afectan – en palabras de *Jakobs*<sup>27</sup> – el «núcleo de la sociedad». Uno puede «tomarse en serio» la decisión del legislador de muy diferentes maneras. Por ejemplo, evitando que quede impune un sujeto que ha provocado su propio defecto de imputación<sup>28</sup>, gracias al reconocimiento de ciertas reglas de imputación que mantienen la validez de las normas penales<sup>29</sup>. Pero también, se le reconoce seriedad a esa decisión cuando es limitado el número y la amplitud de las circunstancias que impiden o reducen la imposición de una pena. En este sentido, las eximentes y las atenuantes serían verdaderos *privilegios* de impunidad o de atenuación<sup>30</sup>.

De lo anterior, sin embargo, no debe extraerse que todas las normas “privilegiantes” tengan el mismo nivel de excepcionalidad. Más bien, es importante aclarar que la excepcionalidad puede medirse y graduarse a partir de dos criterios diferentes, como lo son, la naturaleza de la institución jurídico-penal y el específico apartado en el que se enmarcan las concretas eximentes y atenuantes en la Parte especial del Código penal.

En primer lugar, que unas circunstancias excluyan directamente la responsabilidad penal mientras que otras tan sólo reduzcan la pena, es un indicador de que las eximentes y las atenuantes no pueden tener el mismo nivel de excepcionalidad. De igual manera, según la noción general de “vinculatoriedad del Derecho”, no pueden ser igualmente excepcionales eximentes que excluyen la responsabilidad penal de quien sin culpabilidad realiza una conducta prohibida, que aquellas otras que por puras razones político-criminal no castigan a quien ha cometido un delito. En ambas constelaciones la excepcionalidad se vincula con particularidades dogmáticas de la justificación, la exclusión de la culpabilidad y la exclusión de la pena, entendidas todas ellas como instituciones jurídico-penales.

En segundo lugar, la excepcionalidad de estas normas está sujeta al grupo de delitos dentro del cual se insertan. Frecuentemente el legislador introduce en la Parte especial de los Códigos penales regulaciones que excluyen o atenúan la responsabilidad penal respecto a

<sup>26</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5º ed., 1996, p. 322.

<sup>27</sup> JAKOBS, «Der Kern der Gesellschaft ist betroffen», *KritV* (79) 1996, pp. 320 y ss.

<sup>28</sup> Básicamente, los casos de *actio libera in causa* y muchos otros similares que forman parte de la constelación de casos de la “Vorverschulden”. Al respecto, entre otros, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1987, pp. 274 y ss.; EL MISMO, «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie* (22), 1991, pp. 456 y ss.; NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, 1985, pp. 41 y ss.; EL MISMO, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *ZStW* (99), 1987, pp. 582 y ss.; EL MISMO, «Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung», *GA*, 1985, pp. 395 y ss.

<sup>29</sup> KINDHÄUSER, «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE* (2), 1994, p. 341

<sup>30</sup> Si bien el concepto de *privilegio* se asocia a ciertas causas personales de exclusión de pena (véase MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, 2ª ed., 1923, Cap. 6, pp. 298 y ss.), las expresiones “*privilegierende Merkmale*” o “*privilegierende Umstände*” son empleadas no infrecuentemente para aludir a causas de exclusión y de atenuación de la responsabilidad penal. Véase entre otros, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 268.

específicos delitos. Muchas veces estas regulaciones asumen la forma de causas de justificación (por ejemplo §§ 218a párr. 2 y 3, 193 StGB)<sup>31</sup> o de excusas absolutorias (por ejemplo §§ 173 párr. 3, 306a párr. 2, 218a párr. 4, 2 StGB; arts. 427, 454 CP español)<sup>32</sup> que, a diferencia de las reglas previstas en la Parte general, están pensados para bienes jurídicos específicos y en relación a delitos concretos. En este segundo caso, la excepcionalidad de estas reglas no tiene que ver con la naturaleza eximente o atenuante de la regla legal, sino con su inserción en el marco de la protección penal de un específico bien jurídico.

De lo anterior pueden derivarse, entonces, dos criterios fundamentales para la determinación del carácter y el nivel de excepcionalidad de las circunstancias que excluyen y atenúan la responsabilidad penal. El primer criterio puede caracterizarse como *institucional*, mientras que el segundo como *sistemático*. Toda verificación de esta excepcionalidad debería comenzar por el primer criterio, en la medida en que se trata de un criterio *general* que permite constatar cuál es el nivel de excepcionalidad que tienen las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, las excusas absolutorias y las atenuantes *in abstracto*. Por su parte, el recurso al criterio sistemático tiene lugar en un momento posterior de la evaluación de excepcionalidad. Como podremos ver más adelante, muchas veces sucede que el nivel de excepcionalidad que se obtiene a partir del criterio institucional puede modificarse notablemente a partir de considerarse la inserción del precepto privilegiante en un Capítulo específico de la Parte especial. Ello significa que el criterio sistemático puede generar, por ejemplo, que una eximente –considerada de baja excepcionalidad según el primer criterio– adquiera un alto nivel de excepcionalidad por haber sido introducida por el legislador en relación a un específico grupo de delitos. En definitiva, ambos criterios deben ser considerados a la hora de evaluar la excepcionalidad.

## 4.2. Excepcionalidad según el criterio institucional

a) Un indicio: la posición doctrinal y jurisprudencial frente a las eximentes y atenuantes supralegales

Para formular el criterio institucional de la excepcionalidad sobre una base sólida considero relevante tomar como punto de partida los únicos datos ciertos que encontramos en la literatura y que están referidos a la consecuencias de las regulaciones excepcionales, en concreto, a la aceptación de la analogía *in bonam partem*.

Desde las primeras décadas del siglo pasado la doctrina acepta indudablemente la creación judicial de causas de justificación analógicas<sup>33</sup>, sin que los riesgos de una arbitrariedad

<sup>31</sup> KÖHLER, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, p. 242; KÜHL, AT, 6ª ed., 2008, § 9, nm. 50; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., 1991, Ap. 13, nm. 8, párr. 16, nm. 37.

<sup>32</sup> JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, pp. 552 y s.; KINDHÄUSER, AT, 5ª ed., 2011, § 6, nm. 15 y s.; KREY/ESSER, AT, 4ª ed., 2011, § 23, nm. 779 y s.

<sup>33</sup> Entre otros WACHINGER, «Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichgericht», en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, t. I, 1930, pp. 508 y ss.; SCHMIDT, «Das Reichgericht und der «übergesetzliche Notstand», *ZStW* (49), 1929, p. 376; MARX,

judicial o de la exclusión judicial de la legítima defensa sean argumentos decisivos en contra de la analogía *in bonam partem*<sup>34</sup>. Se entendió tradicionalmente que la adopción de criterios materiales para configurar el juicio de antijuridicidad, conllevaba el reconocimiento de circunstancias no legales que justifican actuaciones típicas<sup>35</sup>. Además, puede decirse que algo similar sucede en relación a las circunstancias atenuantes<sup>36</sup>. La doctrina entiende que el legislador encuentra enormes dificultades para poder plasmar en la ley todas las circunstancias relevantes para la atenuación de pena<sup>37</sup>, las cuales sean capaces de desarrollar su variado fundamento (entre otras, la disminución del injusto, de la

---

*Grundprinzipien des Rechts und übergesetzlicher Notstand*, 1933, pp. 10 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 326; HIRSCH, «Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot», en JESCHECK/WON KIM/NISHIHARA/SCHREIBER (ed.), *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, 1985, pp. 50 y ss., pp. 53 y ss.; PUPPE, «Rechtfertigung und Bestimmtheit», en KUDLICH/MONTIEL/SCHUHR (ed.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, p. 169; CRAMER/HEINE/LENCKNER, *Schönke/Schröder*, 27ª ed., 2006, Vor § 32 ff., nm. 25; PAEFFGEN, *NK*, 3ª ed., 2010, Vor §§ 32 bis 35, nm. 56; PERRON, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme*, 1988, p. 99; RUNTE, *Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre. Moderne Strafrechtsdogmatik zwischen Rechtsstaatsprinzip und Kriminalpolitik*, 1991, p. 28; MOLINA FERNÁNDEZ, «Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal», en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (ed.), *Derecho penal y Justicia en el Siglo XXI: Homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, 2006, p. 381.

<sup>34</sup> Entre los muy escasos adversarios a la analogía en las causas de justificación, véase LENCKNER, *JuS* (1968) 6, p. 252 (incluso este autor con posterioridad cambia su postura, véase CRAMER/HEINE/LENCKNER, *Schönke/Schröder*, 27ª ed., 2006, Vor § 32 ff., nm. 25); JÄHNKE, «Zur Frage der Geltung des “nullum-crimen-Satzes” in Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches», en GEIS/NEHM/BRANDNER/HAGEN (ed.), *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 405 y ss. También contrarios a esta analogía, pero en el controvertido terreno del § 127 I y II StPO, KREY, «Strafrecht: Der verwechselte Mantel», *JuS* (6), 1970, p. 291, nota 10; GRIBBOHM, «Der praktische Fall. Strafrechtsklausur: Die eifrigen Verfolger», *JuS* (4), 1966, p. 159, nota 15.

<sup>35</sup> SCHMIDT, *ZStW* (49), 1929, p. 354; WACHINGER, en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, t. I, 1930, p. 481.

<sup>36</sup> Mientras que en Alemania la discusión sobre las atenuantes supraleales ha ocupado un lugar más bien marginal, en España el tema ha recibido una gran atención por parte de la doctrina a partir del estudio de la denominada «atenuante analógica» del art. 21 numeral 6 CP español de 1995 (actual art. 21 numeral 7 CP español). Al respecto, vgl. ORTOS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación. Estudio del art. 9. 10º del Código penal*, 1978, pp. 17 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. I, Introducción*, 5ª ed., 1996, pp. 173 y s.; CORTÉS BECHIARELLI, *Comentarios al Código penal*, 1999, art. 4, p. 100; RODRÍGUEZ MOURULLO, *CCP*, 1999, art. 1, 2, 3 y 4, pp. 159 y ss.; EL MISMO, *CCP*, 1997, art. 4, p. 37; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, 2003, p. 30; ROMEO MALANDA, «Las eximentes por analogía en el Código penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto», *RDPC* (16), 2005, pp. 196, 203-204; GOYENA HUERTA, «Las atenuantes por analogía», en MUÑOZ CUESTA (ed.), *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, 1997, pp. 148 y ss.; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, pp. 15 y s. Respecto a las contribuciones en la discusión germanoparlante, véase TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1994, Cap. 20, nm. 52; ALBERTS, *Gesetzliche Strafmilderungsgründe und richterliche Strafrahmenwahl*, 1995, p. 90; NOLL, «Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht», *ZStW* (68), 1956, pp. 194 y ss.

<sup>37</sup> ALBERTS, *Gesetzliche Strafmilderungsgründe und richterliche Strafrahmenwahl*, 1995, p. 90; ORTOS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, 1978, pp. 47, 49.

culpabilidad y de las necesidades preventivas de castigo)<sup>38</sup>; de allí que frecuentemente sea necesario el recurso al Derecho no escrito<sup>39</sup>.

En cambio, el estado de la opinión no es necesariamente coincidente en el terreno de las causas supraleales de exclusión de la culpabilidad, dado que desde hace tiempo la doctrina ha pretendido excluir esta analogía en ciertos casos. Basta con echar un vistazo al rechazo expresado por la ciencia penal<sup>40</sup> y la jurisprudencia<sup>41</sup> alemana de la primera mitad del siglo pasado respecto a la exculpación supraleal de los delitos dolosos a partir del concepto de *inexigibilidad*. Ya en nuestros días es mayoritaria la opinión que niega a este concepto la capacidad de convertirse en una causa de exculpación supraleal de carácter general<sup>42</sup>. Pese a estas posiciones doctrinales, no debe entenderse sin embargo que existe un rechazo generalizado de la analogía *in bonam partem*, sino que al contrario desde hace

---

<sup>38</sup> Al respecto, MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2001, p. 164; ALBERTS, *Gesetzliche Strafmilderungsgründe und richterliche Strafrahmenwahl*, 1995, p. 88; VALLE MUÑIZ, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español», *ADPCP* (XLV-II), 1992, pp. 561 y s.; ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, 1978, pp. 55 y s.; OBREGÓN GARCÍA, *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*, 1998, pp. 209 y ss.

<sup>39</sup> Pese a la aceptación general de las atenuantes analógicas en los países europeos, algunos autores italianos rechazan esta posibilidad, véase MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., 2007, p. 77; EL MISMO, *Principi di Diritto penale*, 2ª ed., 2007, p. 26; VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale (Norme ordinarie e norme eccezionali)*, 1942, p. 91.

<sup>40</sup> Véase especialmente MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, 1935, pp. 139 y ss. y SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund*, 1935, pp. 60 y ss., 78 (matizando la posición de Schaffstein, SAINZ CANTERO, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, 1965, p. 29). Así también DROST, «Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten», *GA* 77, 1933, pp. 178 s.; KITZINGER, «Übergesetzlicher Notstand und sein Ende», *JW* (7), 1933, pp. 405 y ss.; MANGAKIS, «Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit», *ZStW* (75), 1963, p. 149. Sobre el trasfondo filosófico de este rechazo, véase MANGAKIS, *ZStW* (75), 1963, p. 149; MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, 2002, p. 411.

<sup>41</sup> RGSt. 66, pp. 397 y ss. (con comentarios de WITTIG, «Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht», *JZ*, 1969, p. 546; MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, 1935, pp. 139 y ss.); RGSt 63, p. 233.

<sup>42</sup> JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 504; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., § 22, nm. 144; KINDHÄUSER, *AT*, 5ª ed., 2011, § 21, nm. 13; KÜHL, *AT*, 6ª ed., 2008, § 12, nm. 12; MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, pp. 462 y ss.; CRAMER/HEINE/LENCKNER, *Schönke/Schröder*, 27ª ed., 2006, Vor § 32 ff., nm. 122 y s.; SCHLEHOFER, *MüKo*, 2ª ed., 2003, Vor §§ 32 ff., nm. 223. De otra opinión, LÜCKE, «Der allgemeine Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem», *JR* (2), 1975, p. 58; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, Ap. 20, nm. 45, pero sólo bajo ciertas condiciones.

largo tiempo se acepta su uso para extender las regulaciones del error de prohibición<sup>43</sup> y de las causas de exculpación<sup>44</sup>.

Seguramente el terreno más incierto para la aceptación de la analogía es el de las causas personales de exclusión y levantamiento de pena. En la literatura comparada se observa o bien un categórico rechazo –tal como sucede predominantemente en la ciencia jurídico-penal italiana<sup>45</sup>– o bien, al contrario, una opinión fuertemente favorable, como es el caso del Derecho penal español<sup>46</sup>. En Alemania no existe una posición mayoritaria clara que permita extraer como consecuencia segura la autorización o la exclusión de las excusas absolutorias supralegales.

Desde luego que la pregunta que cabe formular aquí es la siguiente: *¿por qué razón la analogía in bonam partem recibe este tratamiento tan divergente en cada una de estas instituciones jurídico-penales?* Lamentablemente la doctrina no ha aportado todavía, en mi opinión, criterios suficientes que permitan explicar, por ejemplo, porqué en las causas de justificación no se pone seriamente en duda el recurso de la analogía, mientras que sí en las causas de exclusión o levantamiento de pena. En mi opinión, esta percepción del funcionamiento concreto de la prohibición de analogía es, en gran medida, correcta y a su vez se apoya (quizá *inconscientemente*) en el significado y el funcionamiento *excepcional* que

<sup>43</sup> FELIP I SABORIT, *Error iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, 2000, p. 60; BELFIORE, «Ignorantia iuris: le esperienze giurisprudenziali italiana e tedesca a confronto», en FIANDACA (ed.), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, 1997, p. 62.

<sup>44</sup> Véase ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., § 22, nm. 146 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, pp. 502 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 20ª ed., 1975, § 11, nm. 33; CEREZO MIR, *PG*, I, 5ª ed., 1996, p. 158; CRAMER/HEINE/LENCKNER, *Schönke/Schröder*, 27ª ed., 2006, Vor § 32 ff., nm. 115; ACHENBACH, «Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht?», *JR*, 1975, pp. 495 y ss.; SCHLEHOFER, *MüKo*, 2ª ed., 2003, Vor §§ 32 ff., nm. 211.

<sup>45</sup> MANTOVANI, *PG*, 5ª ed., 2007, p. 77; EL MISMO, *Principi di Diritto penale*, 2ª ed., p. 26; DELITALA, *Rivista Italiana di Diritto penale*, 1936, pp. 610 y s.; VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale (Norme ordinarie e norme eccezionali)*, 1942, pp. 141 y ss. Por su parte, ANTOLISEI, *PG*, 14ª ed., 1997, p. 100 acepta la extensión analógica, pero de un modo muy limitado.

<sup>46</sup> Así, véase SILVA SÁNCHEZ, «Hermanos, pero no “primos”. Los delitos patrimoniales y el alcance de la excusa absoluta del artículo 268 del Código penal. Una crítica a la doctrina del Tribunal Supremo», *Diario La Ley* (5318), 2001, p. 3; ÍÑIGO CORROZA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Los acuerdos de la Sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, 2007, pp. 357 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, 2002, pp. 79 y ss.; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 4ª ed., 2004, art. 427, pp. 1650 y ss.; MORALES PRATS, *CCP*, 1996, art. 305, pp. 1386 y ss.; BACIGALUPO, «El delito fiscal», en EL MISMO (ed.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., 2005, pp. 486 y ss.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 94; HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, 1993, pp. 118 y s. Asimismo, en la última década la jurisprudencia ha aplicado analógicamente el art. 268 CP español especialmente a situaciones análogas al matrimonio, véase Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional (Sala Segunda del Tribunal Supremo español), de 1 de marzo de 2005. De todos modos, esta actual corriente jurisprudencial se aparta de las tesis contrarias a la analogía *in bonam partem* que hasta entonces había mantenido el mismo tribunal. Respecto a esto último, véase STS núm. 3060/1985, Sala de lo Criminal, de 25 junio. Sobre la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo español, véase ÍÑIGO CORROZA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Los acuerdos de la Sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, 2007, p. 357; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de pena*, 2000, p. 203; JORDANA DE POZAS, *CP*, t. II, 1997, art. 268, p. 2938.

tienen estas diferentes instituciones eximentes en la teoría del delito. En definitiva, parece ser que la mayor o menor amplitud de la admisión de la analogía favorable al reo —o directamente su exclusión— está subordinada al nivel de excepcionalidad de estas instituciones jurídico-penales.

#### b) Base teórica de la graduación de la excepcionalidad

Es bien sabido que la decisión de hacer responsable penalmente a una persona es el resultado de un proceso argumentativo que se estructura esencialmente en dos fases. En la primera de ellas se determina si la conducta enjuiciada infringe o no un deber de modo antijurídico y además si ella puede serle atribuida a su autor como algo que él ha realizado y respecto de lo cual éste merece un reproche<sup>47</sup>. En esta primera etapa se determina básicamente si existe un *delito* que pueda serle imputado culpablemente a una persona. En cambio, en la segunda fase se analiza tan sólo si es necesario que ese delito sea *punible*<sup>48</sup>. A diferencia de la primera fase, aquí la argumentación que fundamenta la responsabilidad penal prescinde de criterios vinculados al injusto y la culpabilidad y se asienta principalmente en criterios *político-criminales*<sup>49</sup>.

Ya a comienzos del siglo pasado esta distinción comenzó a reflejarse claramente en la dogmática de la exención de responsabilidad penal. Así, Max Ernst MAYER distinguió entre aquellas causas que excluyen el carácter delictivo de una acción —esto es, que impiden la existencia de un delito (por ejemplo, el error, el estado de necesidad, la legítima defensa)— y aquellas otras que excluyen la punibilidad, pese a dejar intacto el carácter delictivo de una conducta (por ejemplo, la prescripción, el indulto, la impunidad por hurto entre esposos de § 247 párr. 2 RStGB)<sup>50 51</sup>. Esta división fue compartida por los autores de la

<sup>47</sup> KINDHÄUSER, *JRE* (2), 1994, S. 340; HRUSCHKA, *Rechtstheorie* (22), 1991, pp. 449 y ss.; EL MISMO, *Strukturen der Zurechnung*, S. 14 ff., 18 ff., 36 ff.

<sup>48</sup> JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 551.

<sup>49</sup> KINDHÄUSER, *AT*, 5ª ed., 2011, § 6, nm. 14; CEREZO MIR, «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung», en ESER/PERRON (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III, 1991, pp. 25 y s.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 48; IGLESIAS RÍOS, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la «autodenuncia»*. Art. 305-4 CP), 2003, pp. 199 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, 2002, p. 71. Consideran, en cambio, que se asientan en criterios de política general, ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., § 23, nm. 21 y ss.; EL MISMO, «Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen», en ESER/FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, 1987, p. 259; HERZBERG, «Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch», en KÜPER *et. al.* (ed.), *Festschrift für Karl Lackner*, 1987, pp. 364 y ss.; WOLTER, «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», en WOLTER/FREUND (ed.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, 2004, pp. 46, 60; WELZEL, «Anmerkung zum OGH Strafsenat, Urteil von 5.3.1949», *MdR*, 1949, p. 375; BLOY, «Die Rolle der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe in der Dogmatik und im Gutachten», *JuS* (5), 1993, p. L 35.

<sup>50</sup> MAYER, M. E., *AT*, 2ª ed., 1923, pp. 270 y ss.

<sup>51</sup> En el fondo se encuentra la distinción ya formulada por Binding entre delito (*Delikt*) y hecho punible (*Straftat*). Retomando recientemente esta distinción, MAÑALICH, «Die Struktur der mittelbaren Täterschaft»,

época, quienes además hicieron hincapié en que el segundo grupo tenía un carácter mucho más excepcional<sup>52</sup>: en definitiva, el beneficiario de una excusa absolutoria no era castigado, pero la circunstancia de haber ya infringido antijurídicamente un deber de modo culpable no pasaba inadvertida desde el punto de vista preventivo del ofrecimiento de incentivos para garantizar la vinculatoriedad del Derecho. En la discusión posterior no sólo se mantiene la distinción<sup>53</sup>, sino que además –a partir de los desarrollos en la dogmática de las eximentes– fue posible formular nuevas distinciones más claras dentro de las circunstancias que excluyen la existencia de un delito. Así, las causas de exclusión de la tipicidad, las causas de justificación y las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido amplio (inimputabilidad, error de prohibición y causas de exculpación) fueron adquiriendo autonomía<sup>54</sup>, del mismo modo que se reconocieron los concretos preceptos que integran cada una de estas categorías<sup>55</sup>. Evidentemente, la pregunta que surge aquí es si también tiene sentido distinguir niveles de excepcionalidad entre las causas que excluyen la existencia de un delito.

La circunstancia de que todas las eximentes compartan el mismo efecto de impedir la atribución de responsabilidad, no debe hacer que se pierda de vista que el “título de impunidad” que concede cada una de ellas tiene un valor y un alcance diferente. El principal motivo de ello es que la mayoría de estas causas de impunidad deja en pie, no obstante, otros elementos relevantes para el enjuiciamiento del hecho<sup>56</sup>. Como ya se comentó, la aparición de unas causas personales de exclusión de pena o de causas de levantamiento de pena no eliminan la existencia de un delito. De igual modo, cuando no resulta posible imputar a un sujeto la realización de una conducta antijurídica porque falta

---

en PAEFFGEN *et. al.* (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2011, pp. 719 y s.

<sup>52</sup> Al respecto, basta con atender a los análisis de WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1914, § 75; MAYER, H., *AT*, 1953, § 53; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., 1922, § 20; BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., 1930, § 33.

<sup>53</sup> JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, pp. 551 y ss.; KÜHL, *AT*, 6ª ed., 2008, § 1, nm. 30; § 12, nm. 8; KREY/ESSER, *AT*, 4ª ed., 2011, § 23, nm. 779; ROXIN, en ESER/FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, 1987, pp. 256 y ss.; HIRSCH, «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung in Verbrechenssystem», en ESER/PERRON (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III, 1991, pp. 43 y ss.

<sup>54</sup> Sobre esta evolución, véase sobre todo las obras colectivas de varios tomos, editadas por el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, ESER/FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I y II; ESER/PERRON (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III y IV.

<sup>55</sup> Al respecto es importante recordar que prácticamente hasta las primeras décadas del siglo pasado predominaron los manuales y tratados que abordaban la legítima defensa, el error, el estado de necesidad, el exceso en la legítima defensa, etc. bajo el título genérico de *Strafausschließungsgründe* o *Strafreistellungsgründe*, sin una clara distinción entre causas de justificación, causas de atipicidad y causas de exclusión de la culpabilidad. Al respecto, véase entre otros BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 1913, § 74 y ss.; MAYER, M. E., *AT*, 2ª ed., 1923, pp. 269 y ss.; MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912, § 56 y ss.

<sup>56</sup> En mi opinión, comparten esta visión GÜNTHER, «Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem», en ESER/FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, 1987, pp. 379 y ss.; MOORE, «Causation and Excuses», en ESER/FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. II, 1988, pp. 813 y ss.



la capacidad de motivación en el nivel de la culpabilidad<sup>57</sup>, todavía permanece *residualmente* una infracción de deber antijurídica. Si bien este “elemento residual” no obsta la impunidad, ello no significa que resulte irrelevante en el juicio de atribución de responsabilidad penal. Por ejemplo, no es indiferente al legislador alemán que se participe en un hecho justificado o en uno disculpado (§ 27 párr. 1 StGB) ni que una defensa se produzca frente a agresiones “legítimas” o ante otras amparadas por una causa de exclusión de la culpabilidad. Aún cuando estas decisiones del legislador son puestas en tela de juicio por parte de la doctrina<sup>58</sup>, ellas reflejan una idea que no resulta ajena a nuestra cultura jurídica: de cara a la vinculatoriedad del Derecho no tiene la misma gravedad un comportamiento contrario a deber –pero impune por falta de exigibilidad– que una conducta permitida por el Derecho penal<sup>59</sup>.

En este punto es importante entender que en el proceso argumentativo de fundamentación de la responsabilidad penal, cada supuesto que se verifica incrementa el nivel de gravedad del hecho valorado. Ello significa que, a medida que en el enjuiciamiento del hecho se van verificando sucesivamente la imputación de primer nivel (*imputatio facti*), la valoración de antijuridicidad, la imputación de segundo nivel (imputación a la culpabilidad)<sup>60</sup> y, por último, la punibilidad, en cada una de estas fases va disminuyendo la necesidad de una impunidad, como respuesta al incremento de la gravedad del hecho. Dicho en otros términos: *a medida que el juicio de fundamentación de responsabilidad penal se va “perfeccionando”, la tolerancia jurídica a la impunidad va disminuyendo*. Este punto de vista también parece guiar al legislador a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de causas de justificación, causas de exclusión de la culpabilidad o de excusas absolutorias. Por ejemplo, es muy clara la restricción del ámbito de aplicación del § 35 StGB que el legislador dispone en comparación con el § 34 StGB<sup>61</sup>: entre otras cosas, el círculo de beneficiarios de la exculpación y de los bienes jurídicos protegibles es claramente más reducido que en la justificación<sup>62</sup>. En este mismo sentido, el privilegio de impunidad del § 258 párr. 6 StGB<sup>63</sup> o del art. 454 CP español<sup>64</sup> tiene un ámbito de aplicación aún mucho más limitado, dado que solamente se aplica al delito de encubrimiento y beneficia sólo a los parientes. Que las razones para conceder la impunidad disminuyan a medida que se verifican más elementos del juicio de atribución de responsabilidad, evidencia entonces una excepcionalidad

<sup>57</sup> KINDHÄUSER, *JRE* (2), 1994, S. 341.

<sup>58</sup> Rechazando la accesoriedad limitada entre otros ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 217 y ss. Enfatizando que solamente tiene sentido ejercitar una legítima defensa frente a quien realiza culpablemente una agresión, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, Ap. 12, nm. 17 y ss.

<sup>59</sup> Así en la Filosofía del Derecho, KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1986, pp. 20 y ss., 26 y ss. En la discusión jurídico-penal, HASSEMER, «Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare», en ESER/FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, pp. 204 y ss.

<sup>60</sup> HRUSCHKA, *Rechtstheorie* (22), 1991, pp. 449 y ss.; KINDHÄUSER, *JRE* (2), 1994, p. 340; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 68 y ss.

<sup>61</sup> PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, 2012, p. 362.

<sup>62</sup> KÜHL, *AT*, 6ª ed., 2008, § 12, nm. 13.

<sup>63</sup> Sobre el ámbito de aplicación de este precepto, véase entre otros KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. I, 5ª ed., 2012, § 51, nm. 26 y s.; RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. I, 14ª ed., § 21, nm. 25 y s.

<sup>64</sup> Sobre el restringido ámbito de aplicación de este precepto, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, 2002, p. 142

creciente en las causas de justificación, de las causas de exclusión de la culpabilidad y de las excusas absolutorias.

c) Grados de excepcionalidad y exclusión de la responsabilidad penal

Con este esquema de razonamiento de fondo es posible reconocer entonces, en primer lugar, que las causas personales de exclusión de pena y las causas de levantamiento de pena —esto es, el conjunto de excusas absolutorias—detentan el máximo nivel de excepcionalidad<sup>65</sup>. Ello no sólo porque los motivos de la impunidad no tienen nada que ver con el injusto y la culpabilidad<sup>66</sup>, sino ante todo porque ellas “no conceden al autor ni una justificación ni una disculpa, sino que solamente ofrecen al Estado un motivo para desatender la ilegalidad y no formular la imputación”<sup>67</sup>. Ello significa que sólo decae la pretensión penal del Estado, mientras que la existencia de un delito no experimenta ningún cambio, esto es, “la valoración jurídica del hecho del autor no experimenta ninguna modificación”<sup>68</sup>. Está claro que, de cara al interés de garantizar la vinculatoriedad del Derecho penal, es necesario limitar fuertemente estas situaciones en las que la exclusión del castigo no exige ni un actuar conforme a Derecho ni un fuerte condicionamiento motivacional del autor<sup>69</sup>. Si bien la exclusión de la pretensión penal del Estado puede resultar imprescindible desde un punto de vista político-criminal, ello no impide mirar con importantes reservas la concesión de este privilegio, el cual rebaja notablemente las exigencias del Derecho penal y, en definitiva, la seriedad de la pena. En la exclusión de la punibilidad el juicio de fundamentación de la responsabilidad penal se encuentra prácticamente perfeccionado y, por tanto, permanece como elemento *residual* la existencia de un delito<sup>70</sup>. Por esta razón, es necesario entender que las excusas absolutorias detentan el más elevado nivel de excepcionalidad dentro del elenco de las eximentes.

La situación en las causas de justificación y en las causas de exclusión de la culpabilidad no llega a ser tan extrema, dado que ninguna de estas circunstancias tiene como elemento residual la existencia de un “delito”. Sin embargo, desde la lógica del “perfeccionamiento del juicio de fundamentación de la responsabilidad penal”, también resulta necesario marcar diferencias entre las causas que excluyen el injusto y las que excluyen la culpabilidad. Decir que el título de impunidad que puede alegar quien ya ha infringido antijurídicamente un deber tiene el mismo valor que el de quien obra conforme a Derecho, parece vulnerar nuestras intuiciones jurídicas más básicas<sup>71</sup>. Aun cuando ninguna de estas situaciones

---

<sup>65</sup> Claramente lo entiende de este modo la doctrina italiana, véase entre otros VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale (Norme ordinarie e norme eccezionali)*, 1942, p. 85.

<sup>66</sup> KÜHL, *AT*, 6ª ed., 2008, § 12, nm. 8.

<sup>67</sup> MAYER, M. E., *AT*, 2ª ed., 1923, p. 274. En sentido similar, BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., 1930, § 33.

<sup>68</sup> WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1914, § 75 (p. 275).

<sup>69</sup> WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 4ª ed., 1961, p. 77.

<sup>70</sup> No es casual que se considere a estas eximentes como “*excepciones personales especiales*” o “*privilegios especiales*” que se conceden pese al merecimiento de pena del hecho, véase JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 552; BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., 1930, § 33.

<sup>71</sup> Véase nota 59.

requiere un castigo, no debe pasar inadvertido que a quien le falta la capacidad de culpabilidad infringe una prohibición o un mandato jurídico. Solamente tiene sentido plantear la formulación de un reproche cuando alguien ha hecho algo “incorrecto”; en cambio, cuando alguien ha obrado conforme a lo exigido no nos planteamos esta cuestión. En palabras de Hruschka<sup>72</sup>: “La imputación a la culpabilidad presupone, por tanto, la aplicación del sistema de reglas de conducta al hecho con la especial consecuencia de que sería antijurídico”<sup>73</sup>. En consecuencia, en la exclusión de la culpabilidad tiene lugar un juicio favorable a la actitud interna del autor, pese a la existencia de la infracción antijurídica de un deber. Este “pese a” evidencia una concesión que se hace en la atribución de responsabilidad penal en favor de los intereses del ciudadano<sup>74</sup>: solamente son delictivas aquellas lesiones de deberes que son imputables a la culpabilidad de su autor (*nulla poena sine culpa*). Sin embargo, la ausencia de un reproche de culpabilidad no “borra” el juicio de desvaloración que recae sobre la conducta del autor.

Desde esta perspectiva tiene sentido interpretar que el nivel de excepcionalidad de las causas de exclusión de la culpabilidad es más elevado que el de las causas de justificación. Ello no significa, justamente, que las causas de justificación pierdan su carácter excepcional, con motivo de que aquí ya no existe una desaprobación del hecho<sup>75</sup>. En verdad, las causas de justificación no dejan de *excepcionar* una prohibición o mandato *abstracto* que ha sido dispuesta por razones preventivas de gran peso. Ello significa que, en aras de garantizar la vinculatoriedad del Derecho, el reconocimiento de permisos de actuación típica debe contar con algunos límites mínimos<sup>76</sup>.

Habitualmente se interpreta el sistema de eximentes y su carácter excepcional en un sentido inverso: el momento central de la atribución de responsabilidad penal se ubicaría en la delimitación de lo prohibido y lo permitido<sup>77</sup>. Ello explicaría que quien obra amparado por un permiso detentaría (en comparación con otras eximentes) un título de impunidad más amplio y además este permiso cristalizaría un respaldo del Derecho frente a quien se oponga a su actuación típica<sup>78</sup>. Por esta razón, podría esperarse una mayor generosidad en la interpretación de las causas de exclusión de la culpabilidad y las excusas absolutorias, mientras que en el terreno de la justificación debería actuarse con mayores

<sup>72</sup> HRUSCHKA, *Rechtstheorie* (22), 1991, p. 455.

<sup>73</sup> En sentido similar, KINDHÄUSER, *JRE* (2), 1994, p. 342.

<sup>74</sup> KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1961, pp. 16 y s.

<sup>75</sup> En mi opinión, mantiene esta idea HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1987, p. 359.

<sup>76</sup> Desde otra perspectiva (no muy lejana) se entiende que las causas de justificación son excepcionales, entre otras razones, porque la «lucha contra lo injusto» es una tarea esencial del Estado, que se lleva adelante mediante la Rechtspflege. Por ello, sólo en casos excepcionales se autoriza al ciudadano a asumir esta tarea *eingehändig*. Así, MAYER, M. E., *AT*, 2ª ed., 1923, pp. 274 y s.

<sup>77</sup> KÜHL, *AT*, 6ª ed., 2008, § 12, nm. 7.

<sup>78</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en JORGE BARREIRO (ed.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1008. En términos similares, ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., § 16, nm. 128; GÜNTHER, «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (ed.), *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, 1995, p. 53

escrúpulos. En mi opinión, esta concepción fue mantenida especialmente por *Welzel*<sup>79</sup> y actualmente lo es por *Kühl*<sup>80</sup>. Sin embargo, varias razones hablan en contra de esta posición. En primer lugar, históricamente la jurisprudencia alemana ha expresado mucha mayor preocupación por un desbordamiento de causas de exclusión de la culpabilidad que de causas de justificación<sup>81</sup>. En segundo lugar, que una persona detente un título de impunidad más amplio en la legítima defensa o el estado de necesidad obedece justamente a que su acción no es desvalorada por el Derecho y, por ende, falta un elemento *residual* relevante para la atribución de responsabilidad penal que justifique juzgar más gravemente el suceso.

Por su parte, la atenuación de pena tiene un nivel bajo de excepcionalidad, pero ello no puede explicarse gracias al criterio desarrollado anteriormente del “perfeccionamiento de juicio de atribución de responsabilidad penal”. Esta institución no pierde su carácter excepcional como consecuencia de no excluir la responsabilidad penal<sup>82</sup>, sino que también la evitación de un catálogo totalmente abierto de atenuantes puede ayudar al mantenimiento de la finalidad preventiva del Derecho penal. Sin embargo, la circunstancia de que estos preceptos no conceden la impunidad, sino que simplemente rebajan la dureza de la pena, puede llevar a concluir que los incentivos para comportarse según lo exigido por el Derecho penal no están en un peligro tan elevado de desaparecer.

#### d) Gradualidad de la excepcionalidad y prohibición de analogía

De cara a las consecuencias que se derivan de la prohibición de analogía, es importante enfatizar, como primera cuestión, que las excusas absolutorias contienen, junto a la voluntad explícita de excluir la responsabilidad penal, una voluntad *implícita* de excluir de su ámbito de aplicación casos distintos a los previstos en el tenor literal. Ello significa que, debido a la gravedad de la decisión de dejar sin castigo un delito, es necesario partir de una presunción *iuris tantum*, según la cual el legislador habría sido sumamente cuidadoso a la hora de diseñar la excusa absolutoria y habría reflexionado profundamente sobre qué circunstancias regular y qué circunstancias dejar fuera. Según esta presunción el legislador habría previsto *todos* los supuestos en los que no resulta necesario castigar un delito. En mi opinión, éste era el caso de la regularización tributaria (art. 305. 4 CP español) antes de la reforma de 27 de diciembre del último año, respecto a una extensión analógica a las defraudaciones a las Comunidades Europeas y a las regularizaciones extemporáneas<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 48 y ss., 80 y ss., 184 y ss.; EL MISMO, *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 4ª ed., 1961, pp. 19 y ss., 22 y ss.

<sup>80</sup> KÜHL, *AT*, 6ª ed., 2008, § 12, nm. 5 y ss.

<sup>81</sup> RGSt. 66, S. 397 ff.; RGSt 58, S. 97; RGSt 60, S. 101; RGSt 63, S. 233.

<sup>82</sup> Advirtiendo del carácter excepcional de las atenuantes, ALBERTS, *Gesetzliche Strafmilderungsgründe und richterliche Strafraumenwahl*, 1995, pp. 71 y ss.; LANGER, «Gesetzlichkeitsprinzip und Strafmilderungsgründe», en HANACK/RIEß/WENDISCH (ed.), *Festschrift für Hanns Dünnebieer*, 1982, pp. 437 y ss.

<sup>83</sup> Ver en detalle MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 521 y ss. Sin embargo, es necesario hacer notar que tras la mencionada reforma se produjo una “recategorización” de la eximente como causal de atipicidad, lo cual me obliga a revisar esta opinión. Justamente, al producirse una drástica rebaja de

Incluso considero que tras la entrada en vigor de la LO 5/2010 cabría extraer una conclusión similar respecto a la aplicación analógica del art. 268, dado que pese a la discusión desatada anteriormente con motivo de su extensión a las relaciones análogas al matrimonio –y que justificó la resonante intervención del Tribunal Supremo creando la excusa supralegal– el legislador se negó a introducir este correctivo en la última reforma. En realidad, en este caso el juez no estaría pretendiendo solucionar un descuido del legislador, sino que estaría introduciendo en el sistema una regulación contraria a la decisión del legislador.

En segundo lugar, esta presunción puede ser desvirtuada dado que no parece razonable esperar que el legislador tenga siempre la capacidad de prever todas las propiedades relevantes para una regulación<sup>84</sup>. Muchas veces puede ser que no se encuentre clara la decisión del legislador de si ha querido excluir o no de una regulación determinadas propiedades. Por ejemplo, no está absolutamente claro si el legislador alemán se resiste a incluir dentro del § 258 VI StGB (encubrimiento) también otras relaciones personales muy estrechas, análogas al parentesco, como las amistades muy estrechas<sup>85</sup> <sup>86</sup>. Tampoco parece posible rechazar indubitablemente que el legislador se haya opuesto a extender el § 306e II a otros delitos<sup>87</sup>. Sin embargo, ello no significa en absoluto que el juez esté habilitado para extender estas regulaciones a casos similares. Por esta razón, el juez solamente podrá beneficiar con la impunidad concedida por el § 258 VI StGB a los parientes<sup>88</sup>, del mismo modo que no podrá extender las regulaciones favorables del arrepentimiento eficaz a delitos distintos de los previstos expresamente, entre otros, en los §§ 306e II, 314a III y 320 III<sup>89</sup>. Por ejemplo, respecto al § 306e II debería rechazarse una extensión analógica al delito de incendio con consecuencia de muerte (§ 306c StGB) o al de provocación de un peligro de incendio (§ 306f StGB)<sup>90</sup>. Las posibles lagunas axiológicas que pudiesen surgir al desvirtuarse la presunción, no deben ser colmadas entonces en ningún caso por el juez y sólo podrán serlo mediante una reforma legislativa. En este caso, estas lagunas –de modo

---

excepcionalidad respecto a esta nueva eximente quedaría el juez habilitado para extenderla por analogía, sin que ello lo lleve a infringir el principio de legalidad. De este modo, no podría decirse que en el actual estado de la legislación española pueda partirse de una presunción *iuris tantum*, según la cual el legislador habría querido dejar fuera otras regularizaciones tributarias análogas.

<sup>84</sup> HAFTER, «Lücken im Strafgesetzbuch. Lückenausfüllung», *SchwZStr* (62), 1947, p. 134; FLETCHER, *Conceptos básicos del Derecho penal*, 1997, p. 152.

<sup>85</sup> RANGIER, *BT*<sup>14</sup>, I, § 21, Rn. 26

<sup>86</sup> Algo similar podría decirse en relación al art. 454 CP español.

<sup>87</sup> HEINE, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, § 306e, nm. 12.

<sup>88</sup> Entre otros, KINDHÄUSER, *BT*, t. I, 5ª ed., 2012, § 51, nm. 27; CRAMER, *MüKo*, 2003, § 258, nm. 55; STREE/HECKER, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, § 258, nm. 41; ALTENHAIN, *NK*, 3ª ed., 2010, § 258, nm. 74; *MüKo-KRACK*, § 314a, Rn. 14.

<sup>89</sup> HEINE, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, § 314a, nm. 14; RADTKE, *MüKo*, 3ª ed., 2006, § 306e, nm. 5; WOLFF, *LK*, t. 11, 12ª ed., 2008, § 306a, nm. 3.

<sup>90</sup> RANGIER, *BT*<sup>11</sup>, II, § 40, Rn. 65; RADTKE, *MüKo*, 3ª ed., 2006, § 306e, Rn. 5.

similar a lo que sucede con las lagunas de punibilidad<sup>91</sup>— sólo pueden constituir un argumento en favor del legislador para un cambio en la legislación.

Al contrario, con relación a las causas que excluyen la existencia de un delito o las atenuantes la prohibición de analogía solamente rige de un modo marginal. Dado que aquí el nivel de excepcionalidad no es tan elevado, es esperable no sólo que puedan ser reconocidas con mayor amplitud lagunas axiológicas, sino también que ellas puedan ser colmadas por el juez mediante la analogía *in bonam partem*. Respecto a la cuestión del reconocimiento de lagunas, la doctrina dominante entiende que el sistema de causas de justificación<sup>92</sup>, causas de exclusión de la culpabilidad<sup>93</sup> y las atenuantes<sup>94</sup> no tiene un carácter cerrado y excluyente y, por esa razón, cabe la posibilidad de aceptar «defectos regulatorias». Sin embargo, no debe pasar inadvertido aquí que los bajos niveles de excepcionalidad de estas instituciones eximentes obligan a tomar ciertos recaudos frente al reconocimiento de lagunas axiológicas. Por esta razón, el juez que postula la existencia de una laguna —o dicho más precisamente, postula su *hipótesis de relevancia*<sup>95</sup>— debe cargar con la responsabilidad de argumentar y ofrecer evidencia suficiente en favor de que el legislador se ha equivocado y de que es necesario corregir judicialmente esa equivocación. Así, pese a que en este ámbito no rige una presunción *iuris tantum* de un modo tan fuerte como en las excusas absolutorias, tampoco significa ello que el juez quede liberado de probar la existencia de la laguna.

En mi opinión, el distinto nivel de excepcionalidad de las causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad y de atenuación se percibe especialmente en relación al alcance que puede tener la integración de las lagunas de excepción mediante la analogía *in bonam partem*. Ello significa que ciertas clases de analogías favorables al reo pueden verse excluidas en ciertas instituciones, como consecuencia de las exigencias preventivas del Derecho penal. Esta cuestión viene a colación de que las diferentes formas de analogía *in*

<sup>91</sup> KERTAI, «Strafbarkeitslücken als Argument. Gesetzesauslegung und Bestimmtheitsgebot», *JuS* (11), 2011, p. 981.

<sup>92</sup> JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 326; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., § 14, nm. 116; CRAMER/HEINE/LENCKNER, *Schönke/Schröder*, 27ª ed., 2006, Vor § 32 ff., nm. 25; PAEFFGEN, *NK*, 3ª ed., 2010, Vor §§ 32 bis 35, nm. 56; PERRON, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, 1988, p. 99; RUNTE, *Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre. Moderne Strafrechtsdogmatik zwischen Rechtsstaatsprinzip und Kriminalpolitik*, 1991, p. 28; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., 2002, nm. 16; LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (ed.), *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, 1995, p. 34.

<sup>93</sup> ACHENBACH, *JR* (1975), S. 494; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, pp. 501 y ss.; KÜHL, *AT*, 6ª ed., 2008, § 12, nm. 92; SCHLEHOFER, *MüKo*, 2ª ed., 2003, Vor §§ 32 ff., Rn. 218 f. Contrario a esta idea MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, p. 476.

<sup>94</sup> ALBERTS, *Gesetzliche Strafmilderungsgründe und richterliche Strafraumenwahl*, 1995, p. 90; TRIFFTERER, *AT*, 2ª ed., 1994, Cap. 20, nm. 52; ORTIS BERENQUER, *Atenuante de análoga significación*, 1978, pp. 47, 49.

<sup>95</sup> ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2002, p. 154.

*bonam partem* que pueden reconocerse (analogía *legis*, analogía *institutionis* y analogía *iuris*) suponen un nivel divergente de sujeción al material puesto por el legislador<sup>96</sup>.

En este sentido, debe destacarse que las causas de justificación y las atenuantes poseen un carácter excepcional equivalente, pese a su diferente función en el juicio de fundamentación de la responsabilidad penal. De cara a la disuación del delito, la impunidad de un comportamiento jurídicamente permitido y la reducción de la severidad de la pena tienen un valor semejante<sup>97/98</sup>. De acuerdo a este bajo nivel de excepcionalidad el juez está legitimado para excluir la antijuridicidad y atenuar la pena mediante la analogía *legis in bonam partem* y la analogía *institutionis in bonam partem*. Por esta razón, no cabe reprobar el uso que hizo el RG<sup>99</sup> de este último modelo argumentativo para elaborar la regulación supralegal del estado de necesidad justificante. Lo mismo vale para la jurisprudencia española, la cual – con el apoyo de la doctrina<sup>100</sup> – ha empleado la analogía *institutionis in bonam partem* para reconocer una atenuante supralegal para los casos de dilaciones indebidas<sup>101</sup>. Por su parte, la exclusión de la analogía *iuris* favorable al reo no sólo se fundamenta en este terreno a partir de la raíz de Estado de Derecho del principio de legalidad, sino también a partir de la jurídico-penal. En definitiva, también el reconocimiento de efectos justificantes o atenuantes a conductas que guardan una muy débil similitud con los casos regulados, como así también el empleo de principios jurídicos de gran indeterminación, rebajan significativamente la seriedad de la amenaza de pena<sup>102</sup>.

En el terreno de la exclusión de la culpabilidad la analogía *in bonam partem* experimenta una restricción un poco más fuerte, puesto que se busca extender la regulación de una

---

<sup>96</sup> Respecto a estas clases de analogía favorable al reo, ver en detalle MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 239 y ss.

<sup>97</sup> Esta equivalencia se deriva, en mi opinión, de las reducciones moderadas de pena que dispone la mayoría de los Códigos penales vigentes. Seguramente esta equivalencia no podría darse si el legislador, contrariando el sentido de la institución, dispusiera rebajas de pena cercanas a la impunidad.

<sup>98</sup> De ahí que el alcance de la prohibición de analogía sea similar en ambas instituciones, véase NOLL, *ZStW* (68), 1956, p. 186; FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, 2002, pp. 94 y s.

<sup>99</sup> RGSt., 61, p. 253; RGSt., 62, p. 46; RGSt. 63, pp. 215 y ss.

<sup>100</sup> GOYENA HUERTA, en MUÑOZ CUESTA (ed.), *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, 1997, p. 148; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, 2003, p. 30; ORTOS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, 1978, p. 4; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes por analogía*, 1995, pp. 15 y s. En cambio, juzga contraria al principio de legalidad esta ampliación analógica, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, 2007, pp. 341, 355.

<sup>101</sup> Véase especialmente el Acuerdo del Pleno de la Sala penal del Tribunal Supremo Español de 21 de mayo de 1999.

<sup>102</sup> WACHINGER, en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, t. I, 1930, pp. 508 y s.; SCHMIDT, *ZStW* (49), 1929, pp. 404 y ss.; MARX, *Grundprinzipien des Rechts und übergesetzlicher Notstand*, 1933, pp. 10 y s.; KÖHLER, A., *Der Notstand im künftigen Strafrecht*, 1926, pp. 51 y ss. En un mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha puesto fuertes reparos a un reconocimiento desmedido de atenuantes *extra legem*. Véase entre otras 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.

institución que tiene un nivel más elevado de excepcionalidad<sup>103</sup>. Según mi parecer, la extensión analógica de las regulaciones relativas a la inimputabilidad y al error de prohibición puede tener lugar sin mayores inconvenientes mediante la analogía *legis in bonam partem* y la analogía *institutionis in bonam partem*. Este último argumento tuvo un papel decisivo en la conocida sentencia del BGH de 1952 para el reconocimiento del error de prohibición supralegal<sup>104</sup>. Sin embargo, el juez que crea una causa de exclusión de la capacidad de culpabilidad o del conocimiento de la antijuridicidad está obligado a dar prioridad en su argumentación a la analogía *legis* y sólo extraordinariamente y muy cuidadosamente apelar a los principios institucionales de la exclusión de la culpabilidad.

Además existen casos dentro de la exclusión de la culpabilidad en los que directamente el juez no cuenta con la habilitación para crear Derecho mediante la analogía *institutionis* favorable al reo. Éste es el caso de las causas de exculpación. Tomando como referencia la lógica del “perfeccionamiento del juicio de fundamentación de la responsabilidad penal” parece razonable reconocer que dentro de la exclusión de la culpabilidad estas causas que excluyen la exigibilidad tienen un mayor nivel de excepcionalidad y, por consiguiente, existen menos razones para una generalización. En estos casos no sólo se está dejando sin castigo a quien antijurídica y dolosamente infringe un deber, sino también a quien tiene plena capacidad para comprender el injusto y actuar en consecuencia de esa comprensión, sumado a que conoce la prohibición. Siguiendo las acertadas palabras de Kühl<sup>105</sup>: “Éste [el autor] decide en una situación de conflicto (siendo las más frecuentes las situaciones de necesidad) equivocadamente y lesiona un bien jurídico ajeno, sin que esa injerencia en la esfera jurídica ajena haya sido permitida excepcionalmente por una causa de justificación. Con ello, él ha decidido el conflicto contrariando al ordenamiento jurídico y de este modo se ha comportado antijurídicamente. Su acción no está en armonía con el Derecho ni con sus principios fundamentales; él ha traspasado los límites de la libertad que rigen para todos”. En este caso, la voluntad del juez, consistente en orientarse hacia el fin de reducir el *ius puniendi* mediante el uso de la analogía, debe verse fuertemente limitada por los fines preventivos del Derecho penal<sup>106</sup>. Por esta razón, el juez debe mantener lo más cerca posible al tenor literal y solamente cuenta con la autorización para solucionar lagunas axiológicas mediante la analogía *legis in bonam partem*. Así, el

---

<sup>103</sup> En mi opinión, favorable a una mayor restricción de la analogía *in bonam partem* en las *Schuldausschließung* que en las causas de justificación, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, pp. 501 y ss. En sentido similar, pero con otros argumentos, señala MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, 1935, pp. 129 y s. que el motivo por el que cabe admitir causas supralegales de justificación y no de exculpación es que 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.

<sup>104</sup> BGHSt. 2, S. 194 ff.

<sup>105</sup> KÜHL, AT, 6ª ed., 2008, § 12, nm. 5.

<sup>106</sup> En mi opinión, próximo a ello WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 4ª ed., 1961, pp. 76 y s.



reconocimiento de causas supralegales de exculpación mediante el principio de inexigibilidad queda totalmente excluido<sup>107</sup>.

### 5. Excepcionalidad según el criterio sistemático

Las regulaciones de las instituciones eximentes no sólo aparecen en la Parte general de los Códigos penales, sino que también muchas de ellas están contenidas en la Parte especial. Principalmente ello sucede respecto a las excusas absolutorias, pero no resulta algo privativo de ellas. También, por ejemplo, causas de justificación como la salvaguardia de intereses legítimos (§ 193 StGB)<sup>108</sup> y las indicaciones al aborto (§ 218a párr. 2 y 3 StGB)<sup>109</sup> pueden ser reguladas expresamente por el legislador en relación a determinados delitos. Por su parte, también respecto a las atenuantes sucede algo similar: junto a las reguladas en la Parte general (v. gr. §§ 13 párr. 2; 17 N° 2; 21 StGB) aparecen otras en relación a delitos contra determinados bienes jurídicos (v. gr. §§ 157 párr. 1; 158 párr. 1; 306e párr. 1; 314a párr. 1 y 2; 320 párr. 1 y 2; 129 párr. 6 StGB)<sup>110</sup>. Desde luego que la ubicación de estos preceptos que excluyen o atenúan la pena en la Parte especial no modifican en nada su naturaleza, pero su ubicación no puede resultar irrelevante para la interpretación, ni menos aún para valorar su excepcionalidad.

La decisión del legislador penal de ubicar una determinada regulación en la Parte especial o en la Parte general puede deberse, en general, a dos razones: una vinculada a la economía legislativa y otra de carácter político-criminal. En primera línea, que por ejemplo se asigne a ciertas causas de justificación o de exculpación un lugar en la Parte general, responde a que el legislador quiere evitar una repetición innecesaria en cada uno de los delitos<sup>111</sup> o a que prefiere ordenar en una misma sección del Código penal todas las eximentes<sup>112</sup>. Pero además la ubicación de la regulación en el Código penal puede exteriorizar la voluntad legislativa en relación al ámbito de aplicación de las regulaciones. Esto último quiere decir que cuando se introduce en la Parte especial una causa de justificación o una causa de exclusión de la pena, ella se encuentra fuertemente vinculada a la protección de un concreto bien jurídico. Esta circunstancia lleva a pensar que el legislador ha reservado la

<sup>107</sup> Véase MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, pp. 462 y ss. Ya antiguamente en contra de este rechazo a la libre admisión de causas supralegales de exculpación, GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2002, pp. 119 y s.

<sup>108</sup> RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. II, 13ª ed., § 29, nm. 36; KÜHL, *AT*, 6ª ed., 2008, § 9, nm. 50; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., § 18, nm. 35; KINDHÄUSER, *BT*, t. I, 5ª ed., 2012, § 27, nm. 1; KREY/ESSER, *AT*, 4ª ed., 2011, nm. 685; ZACZYK, *NK*, t. 2, 3ª ed., 2010, § 193, nm. 1; JOECKS, *MüKo*, t. 3.1, 2003, § 193, nm. 1.; KARPF, *Die Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes der Ehre. Durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG), die Kunstfreiheit (Art. 5 II GG) und die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)*, 2004, pp. 162 y ss.; BAUMFALK, *Bildet die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) einen Rechtfertigungsgrund auch im Zivilrecht?*, 1963, pp. 23 y ss.

<sup>109</sup> JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, Ap. 13, nm. 8; RENGIER, *BT*, t. I, 14ª ed., § 11, nm. 27; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., I, § 16, nm. 8; KINDHÄUSER, *BT*, t. I, 5ª ed., 2012, § 6, nm. 7; MERKEL, *NK*, 3ª ed., 2010, § 218a, nm. 77; GROPP, *MüKo*, t. 3.1, 2003, § 218a, nm. 34.

<sup>110</sup> STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3ª ed., 2012, nm. 687.

<sup>111</sup> JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, pp. 18 y ss.

<sup>112</sup> Así, por ejemplo, el Libro primero, Título segundo del Código penal uruguayo.

impunidad para un círculo limitado de delitos y además que no estaba en sus planes una ampliación a otros, la cual acabe relativizando alarmantemente la protección de bienes jurídicos<sup>113</sup>. Precisamente, las particularidades de la regulación eximente ubicada en la Parte especial están justificadas por la fuerte vinculación con el bien jurídico tutelado. Por esta razón, el legislador habría reservado celosamente la impunidad para *específicos* atentados contra *específicos* bienes jurídicos<sup>114</sup>.

Este último factor habla también en favor del reconocimiento de un criterio de excepcionalidad de la impunidad vinculado con la sistematización de las eximentes y atenuantes. Ello significa que la ubicación en el Código penal puede ser un criterio para valorar el nivel de excepcionalidad y, por ende, para permitir o tolerar el uso de la analogía *in bonam partem*. Así, este criterio *complementario* de excepcionalidad –a diferencia del vinculado a la institución– no permite reconocer diferentes *grados*, sino que solamente permite reconocer el carácter *absoluto o no* de la excepcionalidad. Dicho con otras palabras: una eximente –ya considerada como una excepción por su propia naturaleza institucional– puede además ser *absolutamente excepcional* en un sistema, cuando el legislador dispone su vinculación con un concreto grupo de delitos en la Parte especial. Por esta razón, una causa de justificación o una atenuante, cuya naturaleza excepcional es baja según el criterio institucional, puede convertirse en totalmente excepcional si el legislador la restringe a la protección de un determinado bien jurídico en la Parte especial.

Evidentemente, este segundo criterio de excepcionalidad tiene importantes consecuencias de cara a la delimitación de la analogía favorable al reo. Solamente podrán extenderse por analogía aquellas regulaciones eximentes que pertenezcan a una institución de baja o intermedia excepcionalidad y que además estén previstas por el legislador en la Parte general para que tengan validez respecto a todos los delitos. Por ello, pese a que los §§ 193 y 218a párr. 2 y 3 StGB forman parte de la institución de la justificación, la cuál resulta “analogable” por su bajo nivel de excepcionalidad, su extensión a otros delitos no resulta en absoluto posible<sup>115</sup>. Con otras palabras: la “analogicidad” vinculada al criterio institucional de las causas de justificación no evita que aquellas causas previstas en la Parte especial deban quedar reservadas exclusivamente para los delitos y bienes jurídicos previstos por el legislador. En definitiva, por ejemplo, no es aceptable una justificación

---

<sup>113</sup> ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., § 18, nm. 39.

<sup>114</sup> De otra opinión, WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 4ª ed., 1961, p. 23, para quien sería indiferente la ubicación de las eximentes, pese a estar en contra de una extensión analógica, por ejemplo, del § 193 StGB a otros delitos, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 84.

<sup>115</sup> Respecto a la “analogicidad” del § 193 StGB a delitos que no afectan el honor, RENGIER, *BT*, t. II, 13ª ed., § 29, nm. 36; KÜHL, *AT*, 6ª ed., 2008, § 9, nm. 51; KINDHÄUSER, *BT*, t. I, 5ª ed., 2012, § 27, nm. 1; ZACZYK, *NK*, t. 2, 3ª ed., 2010, § 193, nm. 12; JOECKS, *MüKo*, t. 3.1, 2003, § 193, nm. 6; HILGENDORF, *LK*, 12ª ed., 2009, § 193, nm. 11; BAUMFALK, *Bildet die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) einen Rechtfertigungsgrund auch im Zivilrecht?*, 1963, pp. 61-62; POLACZY, *Die Anwendung des § 193 StGB (Wahrnehmung berechtigter Interessen im Beamtendisziplinarrecht)*, 1959, p. 27. Respecto a la posibilidad de extender por analogía el § 218a párr. 2 y 3 StGB GROPP, *MüKo*, t. 3.1, 2003, § 218a, nm. 39.

supralegal de los delitos previstos en los §§ 201 y 203 StGB<sup>116</sup> en virtud de una extensión analógica de la regulación de la salvaguardia de los intereses legítimos<sup>117</sup>. Respecto a las atenuantes, tampoco resulta aceptable la atenuación de la pena prevista en el § 306e párr. 1 StGB al incendio con consecuencia de muerte (§ 306c StGB)<sup>118</sup>, ni la atenuación facultativa de los §§ 314a párr. 1 y 2 y 320 párr. 1 StGB a delitos distintos de los allí especificados<sup>119</sup>.

## 6. Reflexiones finales

Con los anteriores planteamientos he intentado simplemente acercar a la discusión unas líneas básicas, relativas a algunos caminos que en la dogmática sería interesante explorar. Si bien el eje de esta contribución estuvo vinculado a una cuestión específica de la teoría de la ley penal, en realidad fue el pretexto para sacar a la luz dos tópicos que merecen una mayor atención.

El primero de ellos tiene que ver con la prohibición de analogía. Hasta ahora la doctrina expuso sobre este punto visiones simplistas, que han recortando totalmente el contenido de la prohibición de analogía respecto a las eximentes y las atenuantes. El artículo ha intentado mostrar justamente que resulta imperioso detenernos a reflexionar sobre lo que esta prohibición todavía tiene para decirnos en este terreno. Por ello, se esté o no de acuerdo con la tesis asumida aquí de que la prohibición de analogía resulta aplicable también en ciertos casos en las eximentes y atenuantes, lo cierto es que resulta necesario reinterpretar el principio de legalidad, no sólo en clave de garantía sino también de *realizador* de los fines del Derecho penal.

El segundo tópico que me interesó sacar a la luz se vincula a la dogmática de la exclusión de la responsabilidad penal. En mi opinión, los importantes progresos dogmáticos que han tenido lugar en los últimos cincuenta años han analizado la faz negativa de las categorías del delito, aunque con una excesiva influencia de la faz positiva, de tal manera que no se planteó la posibilidad de estructurar un sistema con cierta autonomía. Con las anteriores reflexiones pretendí por ello extender una invitación a pensar en un sistema eximentes, en el que no sólo se aborden cuestiones dogmáticas, sino también otras vinculadas con el proceso penal. Por esta razón, la visión defendida en este trabajo de catalogar a la exclusión y la atenuación de pena como fenómenos *excepcionales*, pero también con un nivel de excepcionalidad gradual, pretende aportar al debate unos mimbres conceptuales (aunque muy primitivos) para una dogmática de las *defenses*.

---

<sup>116</sup> De otra opinión NOLL, «Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung», *ZStW* (77), 1965, pp. 31 y ss.

<sup>117</sup> ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., § 18, nm. 39. Sin embargo, a favor de una vigencia general de la eximente de salvaguardia de intereses legítimos ya antiguamente KEMPERMANN, *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, 1932, pp. 27 y ss.

<sup>118</sup> Entre otros RADTKE, *MüKo*, 3ª ed., 2006, § 306e, Rn. 5.

<sup>119</sup> De otra opinión respecto al § 320 Abs. 1, WOLFF, *LK*, t. 11, 12ª ed., 2008, § 306a, nm. 3.



### *Bibliografía citada*

Hans ACHENBACH (1975), «Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht?», *JR*, pp. 492 y ss.

José Luis ALBÁCAR /Mariano MARTÍN GRANIZO (1991), «art. 4», en LOS MISMOS, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid.

Harald ALBERTS (1995), *Gesetzliche Strafmilderungsgründe und richterliche Strafrahmenwahl* (Dissertation), Kiel.

Carlos ALCHOURRÓN/ Eugenio BULYGIN (2002), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 4ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires.

Karsten ALTENHAIN (2010), «§ 258», en KINDHÄUSER/NEUMANN/ PAEFFGEN (ed.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, 3º ed., t. 2, Nomos, Baden-Baden.

Francesco ANTOLISEI (1997), *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 14ª ed., Giuffrè Editore, Milán.

Enrique BACIGALUPO (2012), «Über Gerechtigkeit und Rechtssicherheit im Strafrecht», en KUDLICH/MONTIEL/SCHUHR (ed.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 377 y ss.

Enrique BACIGALUPO (2005), «El delito fiscal», en EL MISMO (ed.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Barcelona/Madrid.

Walter BAUMFALK (1963), *Bildet die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) einen Rechtfertigungsgrund auch im Zivilrecht?* (tesis doctoral), Düsseldorf.

Elio BELFIORE (1997), «Ignorantia iuris: le esperienze giurisprudenziali italiana e tedesca a confronto», en FIANDACA (ed.), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, CEDAM, Padova, pp. 55 y ss.

Ernst BELING (1930), *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., Mohr, Tübingen.

Albert Friedrich BERNER (1848), «Die Notwehrtheorie», *Archiv des Criminalrechts*, pp. 547 y ss.

Karl BINDING (1922), *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. 1, 4ª ed., Scientia (reimpresión), Leipzig.

Karl BINDING (1913), *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Felix Meiner, Leipzig.

René BLOY (1993), «Die Rolle der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe in der Dogmatik und im Gutachten», *JuS* (5), pp. L 33 y ss.

Claus-Wilhelm CANARIS (1983), *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, 2º ed., Duncker & Humblot, Berlin.

José CEREZO MIR (1996), *Curso de Derecho penal español. I, Introducción*, 5ª ed., Civitas, Madrid.

José CEREZO MIR (1991), «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung», en ESER/PERRON (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III, Friburgo, pp. 9 y ss.

Emilio CORTÉS BECHIARELLI (1999), «art. 4», en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, Dykinson, Madrid.

Peter CRAMER/Günther HEINE/Theodor LENCKNER (2006), «Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27º ed., C. H. Beck, Múnich.

Peter CRAMER (2003), «§ 258», en JOECKS/MIEBAC (ed.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, C. H. Beck, Múnich.

Carlos CREUS (1992), *Derecho penal. Parte general*, 3º ed., Astrea, Buenos Aires.

Joaquín CUELLO CONTRERAS (2002), *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.

Gerhard DANNECKER (2007), «§ 1», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (ed.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 1, 12º ed., De Gruyter, Berlin.

Giacomo DELITALA (1936), «Analogía in bonam partem», *Rivista Italiana di Diritto penale*, pp. 605 y ss.

Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ (1995), *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*, Editorial General de Derecho, Valencia.

Pedro DE PABLO CONTRERAS (2011), «art. 4», en CAÑIZARES LASO *et. al.*, *Código Civil Comentado*, I, Pamplona.

Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ (2004), *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Luis DíEZ-PICASSO/Antonio GUILLÓN (2003), *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, 11ª ed., Madrid, Civitas.

Heinrich DROST (1933), «Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten», *GA* (77), pp. 175 y ss.

Karl ENGISCH (2005), *Einführung in das juristische Denken*, 10º ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2005.

María José FALCÓN TELLA (1991), *El argumento analógico en Derecho*, Civitas, Madrid.

Patricia FARALDO CABANA (2000), *Las causas de levantamiento de pena*, Tirant lo Blanch, Valencia.

David FELIP I SABORIT (2000), *Error iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona.

Víctor FERRERES COMELLAS (2002), *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid.

August FINGER (1904), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. I, Heymann, Berlin.

George FLETCHER (1997), *Conceptos básicos del Derecho penal* (trad. Muñoz Conde), Tirant lo Blanch, Valencia.

Octavio GARCÍA PÉREZ (1997), *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Navarra.

James GOLDSCHMIDT (2002), *La concepción normativa de la culpabilidad* (trad. Goldschmidt/Núñez), BdeF, Buenos Aires/Montevideo.

Jaime GOYENA HUERTA (1997), «Las atenuantes por analogía», en MUÑOZ CUESTA (ed.), *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Navarra, pp. 147 y ss.

Günter GRIBBOHM (1966), «Der praktische Fall. Strafrechtsklausur: Die eifrigen Verfolger», *JuS* (4), pp. 155 y ss.

Karl Ludwig GROLMAN (1825), *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaften*, 4ª ed., Goldbach, Gießen.

Karl Ludwig GROLMAN (1799), *Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, Gießen.

Walter GROPP (2003), «§ 218a», en JOECKS/MIEBAC (ed.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, t. 3.1, C. H. Beck, Múnich.

Riccardo GUASTINI (2003), *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. Gastón/Carbonell), 5ª ed., Porrúa, México.

Hans-Ludwig GÜNTHER (1987), «Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem», en ESER/FLECHTER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, Friburgo, pp. 363 y ss.

Hans-Ludwig GÜNTHER (1995), «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal» (trad. Luzón Peña), en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (ed.), *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 45 y ss.

Ernst HAFTER (1947), «Lücken im Strafgesetzbuch. Lückenausfüllung», *SchwZStr* (62), pp. 133 y ss.

Hugo HÄLSCHNER (1881), *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Adolf Marcus, Bonn.

Winfried HASSEMER (1987), «Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare», en ESER/FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, Friburgo, pp. 175 y ss.

Günther HEINE (2010), «§ 306e», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28ª ed., C.H. Beck, Múnich.

Günther HEINE (2010), «§ 314a », en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28º ed., C.H. Beck, Múnich.

Rolf Dietrich HERZBERG (1987), «Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch», en KÜPER *et. al.* (ed.), *Festschrift für Karl Lackner*, de Gruyter, Berlin/Nueva York, pp. 325 y ss.

Juan Felipe HIGUERA GUIMERA (1993), *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid.

Eric HILGENDORF (2009), «§ 193», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/ TIEDEMANN (ed.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 12ª ed., t. 6, de Gruyter, Berlin.

Hans Joaquim HIRSCH (1985), «Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot», en JESCHECK/WON KIM/NISHIHARA/SCHREIBER (ed.), *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Seibundo, Tokio, pp. 50 y ss.

Hans Joaquim HIRSCH (1991), «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung in Verbrechenssystem», en ESER/PERRON (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III, Friburgo, pp. 27 y ss.

Joachim HRUSCHKA (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematic entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., de Gruyter, Berlin/New York.



Joachim HRUSCHKA (1991), «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie* (22), pp. 449 y ss.

Joachim HRUSCHKA (1976), *Strukturen der Zurechnung*, de Gruyter, Berlin/Nueva York.

Miguel Ángel IGLESIAS RÍOS (2003), *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la «autodenuncia». Art. 305-4 CP)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Elena ÍÑIGO CORROZA/Eduardo RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE (2007), *Los acuerdos de la Sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Atelier, Barcelona.

Christoph Alexander JACOBI (2008). *Methodenlehre der Normwirkung. Die Normwirkung als Maßstab der Rechtsgewinnung*, Nomos, Baden-Baden.

Burkhard JÄHNKE (2000), «Zur Frage der Geltung des “nullum-crimen-Satzes” in Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches», en GEIß/NEHM/BRANDNER/HAGEN (ed.), *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof*, Carl Heymann, Köln et. al., pp. 393 y ss.

Günther JAKOBS (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., de Gruyter, Berlin/New York.

Günther JAKOBS (1996), «Der Kern der Gesellschaft ist betroffen», *KritV* (79) 1996, pp. 320 y ss.

Hans-Heinrich JESCHECK / Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5º ed., Duncker & Humblot, Berlín.

Wolfgang JOECKS (2003), «§ 193», en JOECKS/MIEBAC (ed.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, t. 3.1, C. H. Beck, Múnich.

Luis JORDANA DE POZAS (1997), «art. 268», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal, Doctrina y jurisprudencia*, t. II, Madrid.

Immanuel KANT (1986), *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Felix Meiner, Hamburg.

Birgit KARPf (2004), *Die Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes der Ehre. Durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG), die Kunstfreiheit (Art. 5 II GG) und die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)*, Nomos, Baden-Baden.

Arthur KAUFMANN (1961), *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Winter, Heidelberg.

Eugen KEMPERMANN (1932), *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, Röhrschein, Bonn/Köln.

Benjamin KERTAI (2011), «Strafbarkeitslücken als Argument. Gesetzesauslegung und Bestimmtheitsgebot», *JuS* (11), pp. 976 y ss.

Urs KINDHÄUSER (2011), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden.

Urs KINDHÄUSER (1997), «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en KOCH (ed.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, Berlin, Berlin-Verl Spitz, pp. 89 y ss.

Urs KINDHÄUSER (1994), «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE* (2), pp. 339 y ss.

Urs KINDHÄUSER (2012), *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. I, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden.

Friedrich KITZINGER (1933), «Übergesetzlicher Notstand und sein Ende», *JW* (7), pp. 405 y ss.

August KÖHLER (1926), *Der Notstand im künftigen Strafrecht*, Palm & Enke, Erlangen, 1926.

Michael KÖHLER (1997), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin/Heidelberg.

Josef KOHLER (1917), *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2ª ed., W. Rothschild, Berlin/Leipzig.

Ralf KRACK (2006), «§ 314a», en KINDHÄUSER/NEUMANN/ PAEFFGEN (ed.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, 3ª ed., t. 4, Nomos, Baden-Baden.

Volker KREY/Robert ESSER (2011), *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Kohlhammer, Stuttgart.

Volker KREY (1970), «Strafrecht: Der verwechselte Mantel», *JuS* 6, pp. 290-293.

Volker KREY (1978), «Zur Problematik richterliche Rechtsfortbildung contra legem», *JZ* 1978, pp. 361 y ss.

Kristian KÜHL (2008), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Vahlen, Múnich.

José Luis LACRUZ BERDEJO Y OTROS (2000), *Elementos de Derecho civil. Introducción*, t. 1, 2ª ed., Dykinson, Madrid.

Winrich LANGER (1982), «Gesetzlichkeitsprinzip und Strafmilderungsgründe», en HANACK/RIEß/WENDISCH (ed.), *Festschrift für Hanns Dünnebier*, de Gruyter, Berlin/New York.

Karl LARENZ (1991), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Springer, Berlin et. at.

Carlos LASARTE ÁLVAREZ (2005), *Principios del Derecho civil*, t. I, 11º ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

Luis LEGAZ Y LACAMBRA (1983), «El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales», *Revista de la Universidad Complutense* (69), Madrid, pp. 15 y ss.

Franz v. LISZT/ Eberhard SCHMIDT (1927), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25ª ed., de Gruyter, Berlin/Leipzig.

Jörg LÜCKE (1975), «Der allgemeine Schuldausschliessungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem», *JR* (2), pp. 55 y ss.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (1995), «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (ed.), *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 21 y ss.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, 2007.

Georgis A. MANGAKIS (1963), «Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit», *ZStW* (75), pp. 499 y ss.

Ferrando MANTOVANI (2007), *Diritto penale. Parte generale*, 5.ª ed., CEDAM, Padova.

Ferrando MANTOVANI (2007), *Principi di Diritto penale*, 2ª ed., CEDAM, Padova.

Juan Pablo MAÑALICH R. (2011), «Die Struktur der mittelbaren Täterschaft», en PAEFFGEN *et. al.* (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 709 y ss.

Hermann MARX (1933), *Grundprinzipien des Rechts und übergesetzlicher Notstand*, Grabherr, Augsburg, 1933.

Reinhard MAURACH (1935), *Kritik der Notstandslehre*, Carl Heymann, Berlin.

Hellmuth MAYER (1953), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart/Köln.

Max Ernst MAYER (1923), *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, 2º ed., Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg.

Bernd-Dieter MEIER (2001), *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer, Heidelberg.

Mariano MELENDO PARDOS (2002), *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, Granada.

Adolf MERKEL (1912), *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, Ferdinand Enke, Stuttgart.

Reinhard MERKEL (2010), «§ 218a», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (ed.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, 3º ed., t. 2, Nomos, Baden-Baden.

Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (2006), «Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal», en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (ed.), *Derecho penal y Justicia en el Siglo XXI: Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, Colex, pp. 373 y ss.

Carsten MOMSEN (2006), *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Nomos, Baden-Baden.

Juan Pablo MONTIEL (2009), *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2009.

Michael S. MOORE (1988), «Causation and Excuses», en ESER/FLECHTER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. II, Friburgo, pp. 803 y ss.

Fermín MORALES PRATS (1996), «art. 305», en QUINTERO OLIVARES (ed.), *Comentarios al Código penal*, Aranzadi, Pamplona.

Fermín MORALES PRATS/María José RODRÍGUEZ PUERTA (2004), «art. 427» en QUINTERO OLIVARES (ed.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 4ª ed., Aranzadi, Pamplona.

Ulfrid NEUMANN (1985), *Zurechnung und „Vorsverschulden“. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin.

Ulfrid NEUMANN (1987), «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *ZStW* (99), pp. 293 y ff.

Ulfrid NEUMANN (1985), «Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung», *GA*, pp. 389 y ss.

Peter NOLL (1956), «Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht», *ZStW* (68), pp. 181 y ss.

Peter NOLL (1965), «Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung», *ZStW* (77), 1965, pp. 1 y ss.

Antonio OBREGÓN GARCÍA (1998), *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*, Dykinson, Madrid.

Pilar OTERO GONZÁLEZ (2003), *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Enrique ORTS BERENGUER (1978), *Atenuante de análoga significación. Estudio del art. 9. 10º del Código penal*, Universidad, Valencia.

Hans-Ullrich PAEFFGEN (2010), «Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.», en KINDHÄUSER/NEUMANN/ PAEFFGEN (ed.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3ª ed., t. 1, Nomos, Baden-Baden.

Walter PERRON (1988), *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssystem*, Nomos, Baden-Baden.

August POLACZY (1959), *Die Anwendung des § 193 StGB (Wahrnehmung berechtigter Interessen im Beamtendisziplinarrecht)* (tesis doctoral), Múnich.

José PUIG BRUTAU (1989), *Fundamentos de Derecho civil. Tomo preliminar*, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

Michael PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.

Ingeborg PUPPE (2012), «Rechtfertigung und Bestimmtheit», en KUDLICH/MONTIEL/SCHUHR (ed.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 165 y ss.

Henning RADTKE (2006), «§ 306e», en JOECKS/MIEBAC (ed.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, t. 4, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich.

Rudolph RENGIER (2012), *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. I, 14ª ed., C. H. Beck, Múnich.

Rudolph RENGIER (2012), *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. II, 13ª ed., C. H. Beck, Múnich.

Ricardo ROBLES PLANAS (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid.

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (1999), «Artículos 1, 2, 3 y 4», en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, Dykinson, Madrid.

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (1997), «art. 4», en RODRÍGUEZ MOURULLO (ed.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid.

Sergio ROMEO MALANDA (2005), «Las eximentes por analogía en el Código penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto», *RDPC* (16), pp. 169 y ss.

Claus ROXIN (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich.

Claus ROXIN (2009), «El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual» (trad. Pariona Arana), en MAIER/CÓRDOBA (ed.), *¿Tiene futuro el Derecho penal?*, Buenos Aires, p. 73 y ss.

Claus ROXIN (1987), «Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen», en ESER/FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, Friburgo, pp. 229 y ss.

Rainer RUNTE (1991), *Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre. Moderne Strafrechtsdogmatik zwischen Rechtsstaatsprinzip und Kriminalpolitik*, Peter Lang, Frankfurt am Main.

José Antonio SAINZ CANTERO (1965), *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada, Granada.

Manuel SALGUERO (2002), *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid.

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (2002), *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Aranzadi, Navarra.

Friedrich SCHAFFSTEIN (1935), *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldaußschließungsgrund*, Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig.

Horst SCHLEHOFER (2003), «Vorbemerkung zu den §§ 32 ff.», en JOECKS/MIEBAC (ed.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, t. I, 2ª ed., Múnich.

Eberhard SCHMIDHÄUSER (1975), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 20ª ed., Mohr, Tübingen.

Eberhard SCHMIDT (1929), «Das Reichsgericht und der «übergesetzliche Notstand», *ZStW* (49), pp. 350 y ss.

Friedrich-Christian SCHROEDER (1987), «Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen Strafrecht im Vergleich zum Sowjetischen», en ESER/FLECHTER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, Friburgo, pp. 523 y ss.

Kurt SEELMANN (1978), *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, Decker, Heidelberg/Hamburg.

Kurt SEELMANN (2009), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Helbing Lichtenhahn, Basilea.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2005), «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en JORGE BARREIRO (ed.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 1007 y ss.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2001), «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», *Diario La Ley* (5318), p. 1 y ss.

Walter STREE/Bernd HECKER (2010), «§ 258», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28ª ed., C. H. Beck, Múnich.

Franz STRENG (2012), *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3ª ed., Kohlmann, Stuttgart.

Otto TRIFFTERER (1994), *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Springer, Viena.

José Manuel VALLE MUÑIZ (1992), «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español», *ADPCP* (XLV- II), pp. 561 y ss.

Giuliano VASSALLI (1942), *Limiti del divieto d'analogia in materia penale (Norme ordinarie e norme eccezionali)*, Dott. A. Giuffré Editore, Milán.

Joachim VOGEL (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin.

Friedrich WACHENFELD (1914), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, C. H. Beck, Múnich.

Michael WACHINGER (1930), «Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgericht», en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, t. I, Tübingen, pp. 469 y ss.

Hans WELZEL (1949), «Anmerkung zum OGH Strafsenat, Urteil von 5.3.1949», *MdR*, pp. 370 y ss.

Hans WELZEL (1961), *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 4ª ed., Otto Schwartz, Gotinga, 1961.

Hans WELZEL (1969), *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., de Gruyter, Berlin.

Hagen WOLFF (2008), «§§ 306a und 320», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (ed.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 12º ed., t. 11, de Gruyter, Berlin.

Jürgen WOLTER (2004), «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 WOLTER/FREUND

(ed.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 31 y ss.

Peter WITTIG (1969), «Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht», *JZ*, pp. 546 y ss.

Rainer ZACZYK (2010), «§ 193», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (ed.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, 3ª ed., t. 2, Nomos, Baden-Baden.