

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**Recepción de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal
ecuatoriano**

Juan Ignacio Mena Mora

Juan Pablo Albán Alencastro, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Recepción de la analogía in bonam partem en el Derecho Penal ecuatoriano”

Juan Ignacio Mera Mora

Dr. Xavier Andrade Castillo
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Juan Pablo Albán
Director de Tesis

Dr. Ernesto Albán
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Four handwritten signatures in blue ink are positioned over horizontal dotted lines. The top signature is clearly legible as 'Xavier Andrade Castillo'. The other three signatures are more stylized and difficult to read, but they correspond to the names listed on the left: Juan Pablo Albán, Ernesto Albán, and Luis Parraguez.

Quito, 20 de Mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

INFORME FINAL DE DIRECCIÓN / TRABAJO ESCRITO TESINA

TITULO "Recepción de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal ecuatoriano"

ALUMNO Juan Ignacio Mena Mora

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

En la práctica del derecho y particularmente en el ejercicio de la labor jurisdiccional no es extraño que surjan inconvenientes para la aplicación de la ley, usualmente en la forma de vacíos normativos o axiológicos. Esto es particularmente notable en países como el nuestro donde la novelaría suele ser el motor que impulsa el desarrollo legislativo, lo que deriva en leyes hechas al apuro y/o a la conveniencia de alguna figura política; a través de parlamentos faltos de una elemental técnica legislativa, que incurren en omisiones accidentales o intencionales. El Derecho Penal no escapa a esta realidad y el Código Orgánico Integral Penal en vigencia desde agosto pasado no es sino un nuevo episodio de este problema.

Por otra parte, un modelo constitucional garantista exige la adopción e implementación de un derecho penal también garantista, que priorice la vigencia de los derechos humanos, pero en su lugar, ahora contamos con un código penal de vocación funcionalista moderada con gran potencialidad para convertirse en un instrumento de represión.

Frente a esta realidad, el problema identificado por el estudiante, la necesidad de contar con mecanismos para proteger a las personas frente al ejercicio abusivo de la potestad punitiva del Estado y que el mismo no pueda escudarse en vacíos normativos o axiológicos, es sin duda de gran importancia y actualidad.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por el estudiante, en el sentido de que la analogía *in bonam partem* puede ser una herramienta judicial eficiente para crear circunstancias atenuantes, causas de justificación o causas de exclusión de culpabilidad no identificadas por el legislador, es no solo trascendente sino acertada.

El tesista toma posición, y más allá de la explicación doctrinaria jurídica, a través del análisis del tema no sólo desde el punto de vista del derecho penal sino del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, justifica el por qué es conveniente impulsar la utilización de esta forma de analogía para favorecer al procesado, sin violentar el principio de legalidad ni promover una excesiva e indeseable discrecionalidad judicial.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Las fuentes utilizadas por el autor de la tesina son relevantes, actuales, y sustentan adecuada y suficientemente sus argumentos. Las referencias bibliográficas se ven

bien complementadas con legislación nacional pertinente, instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, jurisprudencia nacional y comparada, y decisiones de diversos organismos de supervisión en el ámbito de los derechos humanos.

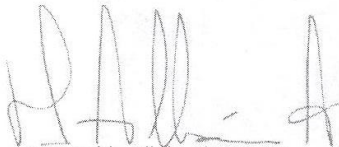
d) Contenido argumentativo de la investigación.

Considero que el documento tiene una excelente estructura y que el autor fundamenta adecuadamente su postura a lo largo del texto. La tesina además expone en forma objetiva diversos puntos de vista sobre la analogía como método de auto-integración del derecho, y sobre su operatividad en el ámbito penal, motivando que el lector forme su propio criterio. Por otra parte, el trabajo entra al examen de las nuevas tendencias en materia de desarrollo de circunstancias atenuantes, causas de justificación o causas de exclusión de culpabilidad a través de ejemplos que aunque polémicos son sumamente ilustrativos de las bondades del recurso a la analogía *in bonam partem*.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

El estudiante cumplió a cabalidad con el proceso de investigación, elaboración de la tesina, incorporación de sugerencias tanto en lo sustancial como en lo metodológico, de conformidad con lo establecido en el "Reglamento para la disertación oral y el trabajo escrito como requisito para la culminación de los estudios en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito".

Por todo lo expuesto, apruebo la tesina.



Juan Pablo Albán Alencastro

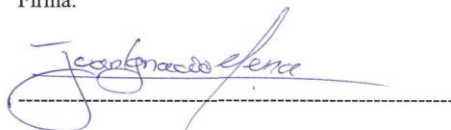
Director de la investigación

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Juan Ignacio Mena Mora", is written over a horizontal dashed line.

Nombre: Juan Ignacio Mena Mora

C.I.: 1714193362

Lugar y fecha: Quito, mayo de 2015

Agradezco especialmente a Juan Pablo Albán por su guía y sus oportunas sugerencias en esta investigación. Los mayores agradecimientos también para mis profesores de la facultad de Jurisprudencia por sus enseñanzas, especialmente a quienes supieron alimentar mi pasión por las ciencias penales y los derechos humanos. Agradecido para toda la vida con mis padres que invirtieron en mi educación.

Resumen

El COIP representa un desafío para quienes ejercen la práctica penal, sobre todo para los jueces, que tienen la tarea de utilizarlo como una herramienta para la realización de justicia y no como un instrumento de criminalización y persecución. Esta tarea no siempre será sencilla, tomando en cuenta que el legislador creó un sistema penal altamente punitivo y con lagunas axiológicas. Dentro de este escenario, la analogía *in bonam partem* se presenta como uno de los remedios a disposición de los jueces penales para limitar algunos excesos en el *ius puniendi*, superar lagunas axiológicas y lograr que el sistema penal arroje resultados más justos.

Abstract

The new criminal code in Ecuador “COIP”, represents a challenge for those who practice criminal law, particularly for judges, who have the task of using it as a tool for justice and not as an instrument of criminalization and persecution. This task will not always be easy, given that the legislator created a highly punitive system with axiological gaps. Within this context, analogy *in bonam partem* is presented as one of the available remedies for criminal judges, to limit excesses in the right to punish, to overcome axiological gaps and reach fairer outcomes.

Tabla de contenido

| | |
|--|----|
| Introducción..... | 13 |
| 1 La analogía como método de integración del Derecho | 17 |
| 1.1 Concepto y clases de analogía..... | 17 |
| 1.1.1 Analogía <i>legis</i> | 23 |
| 1.1.2 Analogía <i>iuris</i> y analogía <i>iuris</i> imperfecta..... | 24 |
| 1.2 Distinción entre analogía e interpretación extensiva..... | 28 |
| 1.3 Lagunas jurídicas..... | 30 |
| 1.3.1 Lagunas normativas | 31 |
| 1.3.2 Lagunas axiológicas..... | 33 |
| 1.4 La analogía como método de integración del Derecho penal..... | 37 |
| 1.4.1 Analogía <i>in malam partem</i> | 38 |
| 1.4.2 Analogía <i>in bonam partem</i> | 38 |
| 2 Análisis de admisibilidad de la analogía <i>in bonam partem</i> en el Derecho ecuatoriano..... | 39 |
| 2.1 Principio de legalidad y analogía <i>in bonam partem</i> | 39 |
| 2.2 Análisis de la legalidad penal frente a la analogía <i>in bonam partem</i> desde el garantismo penal y en el Código Orgánico Integral Penal | 41 |
| 2.3 Análisis de la legalidad penal y de la analogía <i>in bonam partem</i> a la luz de la Constitución de Montecristi y de la valoración de justicia dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia | 46 |
| 2.4 La seguridad jurídica o certeza del derecho en el sistema constitucional y penal ecuatoriano frente a la analogía <i>in bonam partem</i> | 51 |
| 2.4.1 La seguridad jurídica en el constitucionalismo clásico o Estado legislativo de Derecho | 53 |
| 2.4.2 La seguridad jurídica en el constitucionalismo contemporáneo o Estado constitucional (e internacional) de Derecho | 55 |

| | | |
|---------|--|----|
| 2.4.3 | La seguridad jurídica en el Derecho penal frente a la analogía <i>in bonam partem</i> | 60 |
| 2.5 | Límites en la aplicación de la analogía <i>in bonam partem</i> : recepción de las distintas modalidades de analogía | 63 |
| 2.5.1 | Inadmisibilidad de la analogía <i>iuris in bonam partem</i> | 63 |
| 2.5.2 | Admisibilidad de la analogía <i>iuris imperfecta in bonam partem</i> | 67 |
| 2.5.3 | Admisibilidad de la analogía <i>legis in bonam partem</i> | 70 |
| 3 | Análisis de algunas circunstancias en las que cabe la aplicación analogía <i>in bonam partem</i> : exposición ilustrativa | 73 |
| 3.1 | Recepción de la analogía <i>in bonam partem</i> en las causas eximentes | 73 |
| 3.1.1 | Concepto, regulación y fundamentos de las causas de justificación | 74 |
| 3.1.2 | Regulación de las indicaciones del aborto no punible en el COIP y su fundamentación en el principio del interés preponderante | 78 |
| 3.1.2.1 | Identificación de una laguna axiológica en las indicaciones del aborto no punible en el COIP: la indicación del aborto sentimental | 82 |
| 3.1.2.2 | Integración de la laguna axiológica identificada a través de la analogía <i>in bonam partem</i> | 87 |
| 3.2 | Recepción de la analogía <i>in bonam partem</i> en las circunstancias atenuantes de la pena | 90 |
| 3.2.1.1 | Concepto, regulación y fundamentos de las circunstancias atenuantes en el COIP | 90 |
| 3.2.2 | Creación judicial de atenuantes vía analogía <i>in bonam partem</i> : la atenuante supralegal de las dilaciones indebidas..... | 94 |
| 3.2.2.1 | Identificación de una laguna axiológica en la institución de la atenuación de la pena..... | 95 |
| 3.2.2.2 | Integración de la laguna axiológica identificada a través de la analogía <i>in bonam partem</i> | 97 |
| 4 | Conclusiones..... | 99 |

Bibliografía.....103

Introducción

El Estado ecuatoriano tiene un compromiso de adecuar su ordenamiento jurídico en la forma que más favorezca a los derechos reconocidos en el bloque constitucional. En el área penal, la responsabilidad de legislar conlleva la obligación de observar principios de jerarquía constitucional y convencional, que actúan como garantías en favor de las personas procesadas por delitos. A éstos se los conoce como principios limitadores del *ius puniendi* y tienen como objetivo limitar el ámbito de aplicación del poder punitivo y de “excluir la arbitrariedad formal y material de las autoridades encargadas de ejercer[lo]”¹.

El recientemente promulgado Código Orgánico Integral Penal (en adelante “COIP”) ha sido objeto de numerosas críticas y se cuestiona si el legislador ha cumplido su deber de adecuación normativa. Lo cierto es que las intenciones del legislador en el COIP no son del todo claras. Por un lado, de una lectura del libro preliminar, podría pensarse que el legislador optó por un sistema de Derecho penal garantista, pues enuncia un catálogo amplio de principios limitadores al *ius puniendi*, pone énfasis en el respeto y en la observancia de los derechos reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales en materia de derechos humanos, e incluso, crea pautas interpretativas y argumentativas de la ley penal que favorecen a la plena vigencia de los derechos fundamentales. Hasta aquí, nada que merezca reproches.

Por otro lado, la parte especial del COIP amplía el catálogo de delitos en relación al anterior Código Penal, se endurecen las penas, se incluyen tipos penales redactados de manera abierta y ambigua, y no se puede hallar mayor coherencia o proporcionalidad en las penas que se contemplan para los distintos delitos. En efecto, varios sectores de la sociedad civil –principalmente médicos, medios de comunicación, periodistas, empresas– han manifestado su preocupación frente al COIP, pues temen ser criminalizados, y ante la ambigüedad de las figuras delictivas, no siempre resulta claro hacia dónde deben dirigir su comportamiento.

En definitiva, en muchos aspectos, la parte especial del COIP no refleja lo que instruye el libro preliminar. De esta manera, lejos de consagrar un Derecho penal mínimo, el COIP

¹ Posada Arboleda, Néstor Raúl. “Limitantes al ejercicio del poder punitivo”, en *Derecho Penal, Parte General – Fundamentos*. Coordinador: Diego Araque Moreno. Segunda edición. Medellín: Sello Editorial, 2011, p.123.

parece haber configurado lo que Silva Sánchez denomina una “expansión del Derecho penal”².

Con este panorama, surgen inquietudes de cómo este ambivalente Código será receptado y aplicado por los profesionales del Derecho en el área penal, como los abogados en libre ejercicio, los agentes fiscales, los defensores públicos y, como no, los jueces. Su tarea no es sencilla, pues el legislador ha puesto a su disposición un instrumento de trabajo complejo y en muchos aspectos novedoso. Lo más preocupante, quizás, es la redacción abierta y ambigua de algunas figuras penales. Ante esto, resulta difícil exigir a los operadores de justicia una interpretación estricta y restrictiva para los tipos penales, cuando el propio legislador no ha empleado una técnica legislativa suficientemente taxativa y cierta, conforme al principio de legalidad.

Con este panorama, considero que la tarea más complicada para quienes ejercen la práctica penal, será aplicar, transmitir e irradiar toda la fuerza de los principios limitadores del *ius puniendi*, junto a toda la doctrina del derecho penal mínimo que el propio COIP predica en varios preceptos del libro preliminar, a la parte especial y procesal. Si esto logra concretarse, especialmente a través de los operadores de justicia, se podrían enmendar fallas y excesos del legislador y así, poner en práctica un Derecho penal que se ajuste a los compromisos constitucionales y convencionales del Estado. De lo contrario, si los principios limitadores al *ius puniendi* y las garantías no ocupan un lugar primordial en el aplicación diaria del Derecho penal, el COIP podría institucionalizarse como un peligroso instrumento de criminalización y marginalización.

Con el propósito de contribuir con este objetivo, la propuesta de esta investigación consiste en el estudio de una de las herramientas de reducción del *ius puniendi* que están a disposición de los jueces: la analogía *in bonam partem*.

Como se ha mencionado, hay pasajes que destacar en el COIP, sobretodo en el libro preliminar. Encuentro especialmente alentador el contenido del artículo 13 que establece algunas reglas de interpretación y aplicación de las normas, que se diferencian con aquellas que prescribía el Código Penal de 1938 -codificado en 1971-. El numeral primero prescribe que la interpretación penal debe realizarse en el sentido que más se ajuste a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto, como se verá, refleja una

² Cfr. Silva-Sánchez, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Reimpresión de la segunda edición. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 5-10.

constitucionalización del Derecho penal y obliga a los jueces a buscar soluciones justas dentro del sistema normativo. El segundo numeral, contiene el mandato de *lex stricta* y llama a las autoridades a interpretar los tipos penales y las penas respetando el sentido literal de la norma. De esta manera, el legislador deja claro que el principio de *stricta* legalidad opera como una garantía para los procesados, pues la interpretación solamente deberá ser literal para los delitos y las penas, no así para normas permisivas. Por último, el tercer numeral, prohíbe el uso de la analogía para crear infracciones penales o ampliar el alcance de sanciones o medidas cautelares, lo cual es una expresión más del mandato de *lex stricta*.

Este último numeral del artículo 13 es el motivo de la presente investigación. El legislador es absolutamente claro en prohibir el uso de la analogía en el Derecho penal si se utiliza para perjudicar la situación del procesado (analogía *in malam partem*). Sin embargo, con esta cláusula, el legislador deja abierta la posibilidad de acudir a la analogía para favorecerlo (analogía *in bonam partem*). Esto podría alcanzarse a través de la integración analógica de causas eximentes o circunstancias atenuantes.

Pese a que la analogía *in bonam partem* goza de una aceptación mayoritaria en la doctrina, son pocos –y nulos en el Ecuador– los aportes jurisprudenciales que hacen referencia a su empleo. En el Ecuador, la ausencia de fallos que utilicen este método, puede explicarse desde la arraigada cultura legalista que persiste en los jueces penales, donde impera un rechazo al activismo judicial en cualquier sentido, quizás, por una errónea interpretación del sentido y alcance del principio de legalidad.

En la doctrina, la recepción de la analogía *in bonam partem* tampoco ha sido mayormente abordada. Si bien varios e importantes juristas se pronuncian favorablemente sobre su admisión, pocos abordan el tema de una manera amplia, es decir, con una explicación detallada de su funcionamiento. El estudio más completo de la analogía *in bonam partem* se encuentra en la reciente obra de Juan Pablo Montiel Fernández³, quien dedica a este tema una investigación completa e ilustrativa, repasando los fundamentos de la teoría del delito y del Derecho penal.

La analogía *in bonam partem*, como se verá, es una excelente herramienta para superar lagunas axiológicas en el Derecho penal, pues permite ampliar el campo de aplicación de

³ Montiel Fernández, Juan Pablo. *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*. Tesis Doctoral. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2008.

las eximentes y atenuantes a situaciones reguladas de manera insatisfactoria por el legislador. En consideración a la sobreinclusión punitiva que existe en el COIP, la analogía *in bonam partem* podría convertirse en un importante remedio para limitar, en ciertas circunstancias, esta excesiva carga penal.

En este contexto, la presente investigación tiene como objetivo estudiar la admisión de la analogía *in bonam partem* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tomando como referencia el COIP y el bloque constitucional. Se buscará dar respuesta a los problemas jurídicos que plantea la admisión de la analogía *in bonam partem* en nuestro Derecho, principalmente, acerca de cómo armoniza con el principio de legalidad y con el derecho a la seguridad jurídica. Se tomarán como principales referencias a las opiniones doctrinales de varios especialistas del Derecho en los campos de la lógica y argumentación jurídica, en derecho constitucional e internacional y, por supuesto, en el ámbito penal. La base y fuente principal de investigación será la obra de Montiel -pues es, sin duda, la más extensa y completa sobre el tema-, aunque se tomará distancia en algunas posturas y el análisis se construirá exclusivamente dentro del Derecho penal ecuatoriano.

En el primer capítulo se explicará en qué consiste la analogía, qué modalidades de analogía se reconocen, cuáles son sus requisitos para su aplicación y en qué sentido podría admitirse en el Derecho penal.

El segundo capítulo repasará los fundamentos para admitir la analogía *in bonam partem* en nuestro ordenamiento jurídico. Para tales efectos se confrontará a este método con el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica. Los fundamentos se extraerán de la comprensión del COIP, de la Constitución y de la noción del Estado constitucional e internacional de Derecho. En este capítulo, también se establecerán los límites a los que debe sujetarse la analogía *in bonam partem*, para no fomentar una direccionalidad excesiva o arbitrariedad en los jueces.

Para concluir, el último capítulo consistirá en un análisis ilustrativo de lo revisado en los capítulos precedentes. Se ensayará dos procesos de integración analógica, tanto para la creación judicial de causas eximentes y como también para la creación judicial de circunstancias atenuantes. Para tales efectos, se seleccionarán dos ejemplos concretos con relevancia práctica en la realidad del Ecuador.

1 La analogía como método de integración del Derecho

El primer capítulo de esta investigación se centra en la campo de la argumentación jurídica y tiene como objetivo explicar el rol que cumple la analogía en el Derecho; establecer una clasificación de analogías; las clases de lagunas jurídicas que pueden ser superadas a través de la analogía y; por último, dejar planteada la problemática que engloba el empleo de la analogía en el Derecho penal.

1.1 Concepto y clases de analogía

La admisión de la analogía jurídica, como herramienta integradora del Derecho, parte del presupuesto de que en los sistemas normativos existen lagunas jurídicas, ya sea porque son incompletos (existen lagunas normativas), o bien, porque adolecen de insuficiencias valorativas (existen lagunas axiológicas)⁴. En relación al primer problema, Norberto Bobbio aclara que “un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema”⁵. *Contario sensu*, cuando al juez se le presenta un caso que no tiene ninguna solución, el sistema es incompleto y contiene una laguna normativa⁶. No obstante, las lagunas no se manifiestan únicamente ante la falta de plenitud de un sistema normativo, pues puede darse el caso en que un supuesto de hecho efectivamente encuentre una solución en el ordenamiento jurídico, pero ésta -utilizando las palabras de los maestros argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin- se considera inadecuada porque el legislador no ha tomado en cuenta alguna propiedad relevante que amerita el caso en cuestión⁷. En estos casos, se manifiesta una laguna axiológica en el sistema.

Más adelante se otorgará un tratamiento detenido al examen de las lagunas jurídicas; por lo pronto, es importante dejar claro que un juez tiene que identificar una laguna -ya sea

⁴ Montiel Fernández, Juan Pablo. *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*. Tesis Doctoral. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2008, p. 328.

⁵ Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1997, p. 208.

⁶ Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987, p.41.

⁷ *Ibíd.* p. 158.

de carácter normativa o axiológica- para hacer uso de la analogía⁸, precisamente para superar la insuficiencia detectada y resolver el caso que le ha sido planteado.

De acuerdo al filósofo y jurista Tarsicio Jáñez Barrio, “analogía significa homología entre dos o más objetos en alguna propiedad o relación”⁹. De esta definición es importante resaltar la palabra “homología” -también utilizada por Ulrich Klug- que se emplea dentro de varios campos científicos para describir relaciones de semejanza y equivalencia¹⁰. No obstante, al enfoque de esta investigación no le interesa el concepto aislado de analogía, cuanto sí la argumentación por analogía, que requiere, además de la identificación de alguna propiedad semejante entre dos entidades, de un razonamiento para llegar a una conclusión. En este sentido, de acuerdo a Jáñez Barrio, la argumentación por analogía “parte de la similitud o semejanza entre dos o más entidades consideradas en uno o varios aspectos, para concluir la similitud o semejanza entre de esas mismas entidades en algún otro aspecto”¹¹. Este razonamiento se puede ejemplificar de una manera simplista con el siguiente esquema:

$$\begin{array}{l} Q \text{ es } P \\ S \text{ es semejante a } Q \\ \hline S \text{ entonces es } P^{12} \end{array}$$

Como ya se ha mencionado, el razonamiento por analogía cobra importancia en el Derecho para colmar lagunas jurídicas, o dicho de otro modo, para integrar un sistema normativo lagunoso. Esto se puede alcanzar gracias a la función “autointegradora” que cumple la analogía. Como expone Emilio Betti, “la función de la analogía es la de la autointegración del orden jurídico en relación con la eliminación de las inevitables lagunas que presenta la disciplina legislativa o consuetudinaria”¹³. En efecto, como señala el

⁸ Parte de la doctrina sostiene que únicamente las lagunas normativas pueden ser integradas mediante la analogía. No obstante, más adelante se defenderá la tesis, apoyada principalmente en Montiel Fernández, que sostiene que las lagunas axiológicas también son integrables mediante analogía.

⁹ Jáñez Barrio, Tarsicio. *Lógica Jurídica. Hacia una argumentación jurídica*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1997, p. 146.

¹⁰ Cfr. Klug, Ulrich. *Lógica Jurídica*. Bogotá: Temis, 1998, pp. 163-164.

¹¹ Jáñez Barrio, Tarsicio. *Óp. Cit.*, p. 147.

¹² Klug, Ulrich. *Óp. Cit.*, p. 167. En el mismo sentido, Bobbio, Norberto. *Óp. cit.*, p. 234.

¹³ Betti, Emilio. *La interpretación de las leyes y actos jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 156.

referido autor, la analogía provee la integración del orden jurídico por medios propios, ya sea a través la aplicación de normas del propio ordenamiento jurídico que regulan casos semejantes (analogía legis); o a través de la apelación de los principios generales del derecho (analogía iuris)¹⁴. En el mismo sentido, Bobbio resalta que a través de éste método, la integración es “llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos, o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante”¹⁵. En definitiva, la analogía es un método de autointegración del Derecho, que se vale de normas y principios del propio ordenamiento jurídico para colmar lagunas jurídicas. En adelante, al emplear la palabra analogía, se hará referencia a este método autointegrador¹⁶.

Dicho esto, es necesario aclarar que en la analogía las normas jurídicas existentes en el orden jurídico no superan por sí mismas las lagunas jurídicas -de lo contrario no podría hablarse de una laguna jurídica-, sino que sirven de base o modelo para la creación de una nueva norma jurídica análoga, que será aplicada al caso individual. De ahí que, la analogía cumple una auténtica función creadora de nuevos preceptos normativos, aunque, con la importante aclaración, con una aplicación limitada al caso bajo examen. Por lo tanto, como bien expone Alberto Vicente Fernández, docente y abogado argentino, es erróneo afirmar “que la norma que rige al caso previsto se aplica analógicamente al no previsto”, pues lo que sucede en realidad es la creación de una nueva norma con supuestos semejantes al precepto establecido legislativamente¹⁷. En el mismo sentido, Ulrich Klug explica que el razonamiento analógico es “el camino del procedimiento por analogía jurídica [...] que, en

Es importante recalcar que la analogía no es la única forma de autointegración de la ley. Cuando se aplican directamente los principios generales de derecho para colmar una laguna jurídica o, cuando se acude a la equidad como método correctivo de la ley para resolver un conflicto, también se está cumpliendo con una función autointegradora. Cfr. Squella, Agustín. *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 674.

¹⁴ Betti, Emilio. *Óp. cit.*, p. 155.

¹⁵ Bobbio, Norberto. *Óp. cit.*, p. 231.

¹⁶ Las lagunas jurídicas no sólo pueden ser superadas mediante la autointegración de la ley. Dependiendo de la situación, existe también la posibilidad de acudir a la “heterointegración”. De acuerdo a Agustín Squella, se puede hablar de heterointegración, “cuando la integración de la ley es llevada a cabo por medio de un ordenamiento diverso al jurídico –por ejemplo, el derecho natural– o echando mano de fuentes formales distintas de la propia ley”. Cuando la heterointegración recurre a fuentes jurídicas distintas de la ley, puede adoptar estas tres formas: el recurso a la costumbre, a la jurisprudencia o a la doctrina. Cfr. Squella, Agustín. *Óp. cit.*, p. 673.

¹⁷ Fernández, Alberto Vicente. *Función creadora del Juez*. Tesis Doctoral. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 96.

su conjunto, a partir de una norma jurídica concluye en una norma jurídicamente análoga”¹⁸.

Si bien la analogía implica creación de Derecho, esto no quiere decir que sea una fuente de Derecho. De acuerdo a Manuel Atienza no es una fuente de Derecho “el uso de cualquier procedimiento de inferencia deductivo. Lo que aquí puede considerarse fuente, no es la analogía misma, sino la norma general o principio que se crea a través del procedimiento analógico”¹⁹.

Sin duda, la labor decisiva que desentraña la analogía para el juzgador, radica en descifrar los rasgos de semejanza que representan los dos casos, es decir, aquel caso que no encuentra solución en el sistema normativo, o lo hace de manera insatisfactoria, y aquel caso genérico regulado de manera semejante. En este aspecto, hay que enfatizar que, a pesar de las semejanzas, los casos contrastados deben ser diferentes, por cuanto la analogía consiste precisamente en “tratar casos diferentes como si fueran iguales”²⁰. En efecto, “la analogía es la aplicación del principio de igualdad jurídica, en virtud del cual se exige que casos semejantes sean disciplinados por normas también semejantes”²¹.

En cuanto a la semejanza, Bobbio explica que no puede ser cualquiera, “sino una *semejanza relevante*, es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la *razón suficiente* por la cual al caso regulado se le ha atribuido esa consecuencia y no otra”²². De esta explicación se concluye que los dos casos deben tener en común los siguientes aspectos: a) una semejanza relevante; y b) una razón suficiente, llámese también identidad de razón o *ratio legis*.

En relación al primer aspecto, corresponde al juez encontrar los elementos relevantes en los que se asemeja uno y otro caso²³. Ulrich Klug habla de la tarea de identificar un círculo de semejanza definido por los elementos o propiedades que componen a los dos casos²⁴. Es decir, el juzgador deberá identificar si los casos contrastados tienen una

¹⁸ Klug, Ulrich. Óp. Cit., p. 167. En el mismo sentido; Bobbio, Norberto. Óp. cit., p. 172.

¹⁹ Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013, p. 232.

²⁰ *Ibíd.*, p. 226.

²¹ Galindo Garfias, Ignacio. *Estudios de derecho civil*. México: Universidad Autónoma Nacional de México, 1081, p. 76. En el mismo sentido, Atienza, Manuel. Óp. cit., p. 231.

²² Bobbio, Norberto. Óp. cit., p. 235.

²³ Jáñez Barrio, Tarsicio. Óp. cit., p. 456.

²⁴ Klug, Ulrich. Óp. cit., p. 171.

estructura similar en función de las propiedades que se hallen presentes en uno y otro²⁵. En este sentido, la jurista española, Teresa Jiménez París, bien complementa que los casos “pueden tener diferencias en los elementos accesorios o accidentales, pero no en los elementos esenciales”²⁶. Esto conduce al análisis hacia el segundo punto, la *ratio*, que es el elemento esencial que deben tener en común los dos casos.

Según lo expuesto, el análisis de semejanza no se detiene solamente en las propiedades fácticas que componen los supuestos contrastados, pues, para que el juzgador pueda estar convencido de que los casos son suficiente análogos en su esencia, es imprescindible -al menos en la analogía *legis*²⁷- que identifique una razón suficiente o *ratio legis* común a ambos. La *ratio legis* es lo que finalmente justifica el procedimiento analógico, según el aforismo jurídico *ubi eadem est ratio, eadem juris dispositio debet* (donde hay igual razón, debe haber igual disposición)²⁸.

Acorde a esto, Betti expone que el principio de razón suficiente se utiliza para demostrar que dos situaciones presentan un idéntico motivo o un común fundamento²⁹. En el mismo sentido, Guastini sostiene que la identificación de la *ratio legis* equivale al motivo o al fin para el que se dispuso la norma; o dicho de otro modo, al principio que justifica la norma³⁰. Por su parte, Atienza se refiere a este elemento como “identidad de razón” e igualmente lo relaciona con el objeto y la finalidad perseguidos por la norma. El mencionado autor asegura que la identidad de razón es “el núcleo del razonamiento por analogía [...] ya que la semejanza entre dos supuestos es fácilmente constatable pero no tanto su *relevancia* en sí o frente a otro precepto que regule otro supuesto igualmente semejante al no regulado”³¹.

²⁵ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 164.

²⁶ Jiménez París, Teresa Asunción. “Las fuentes supletorias de la ley y la aplicación de las normas jurídicas”. *Tema: Portal de Recursos Educativos Abiertos*. Disponible en pdf: http://eprints.ucm.es/12734/1/Las_fuentes_supletorias_de_la_ley_y_la_aplicaci%C3%B3n_de_las_normas_jur%C3%ADdicas.pdf, [acceso: 19/03/2015], p.24.

²⁷ Como se verá más adelante, el núcleo o fundamento de la analogía *iuris* no es la *ratio legis*, sino los principios generales del Derecho.

²⁸ Cisneros Farías, Germán. *Diccionario de frases y aforismos latinos*. México: Universidad Autónoma de México, 2003, p. 125.

²⁹ Betti, Emilio. Óp. cit., p. 158.

³⁰ Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 61.

³¹ Atienza, Manuel. Óp. cit, p. 229.

A pesar de que todavía no se ha explicado cuáles son los tipos de analogía, es oportuno remarcar que la *ratio* tiene un significado distinto según se aplique la analogía *legis* o la analogía *iuris*. En el primer caso se extrae la *ratio legis* que apela al principio fundamentador de la norma; mientras que en el segundo, a un principio general del Derecho que puede denominarse *ratio iuris*³². Se ahondará en esta diferencia más adelante, al explicar la analogía *iuris*.

Como se puede observar, la analogía se aparta de la argumentación lógica al momento en que el juez define la relación de semejanza, pues, como menciona Atienza, “la identidad de razón está sujeta a criterios axiológicos y no lógicos”³³. De hecho, es necesario un proceso inductivo por parte del juzgador para extraer la *ratio* o el principio fundamental que inspira una norma. Dicho esto, resulta bastante completa la definición de analogía propuesta por María José Falcón y Tella, quien resalta la importancia que cumple la *ratio legis* o “esencia de identidad”:

A ella [(la analogía)] se refieren y de ella hacen uso los jueces cuando aplican a un caso que no aparece contemplado de manera directa por ninguna norma jurídica –situación de laguna jurídica– la consecuencia jurídica prevista por una norma jurídica para un supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso no regulado guarda semejanza, y en la *ratio* o esencia de identidad, siempre que el legislador no haya demostrado su voluntad en contra³⁴.

Para el objetivo de esta investigación, resulta muy importante resaltar la parte final de esta cita, pues la aplicación de la analogía solamente es válida en los casos en que la ley no la prohíbe expresamente³⁵. Sin embargo, al ser una herramienta que, además de corregir problemas de plenitud, aporta coherencia e innovación al sistema jurídico³⁶, no requiere de una norma expresa que la declare admisible³⁷. No obstante, hay que tomar en cuenta los ámbitos en los que el legislador ha querido que su aplicación esté vedada o, por lo menos,

³² Dorantes Díaz, Javier. “Algunos argumentos jurídicos especiales. La analogía y la abducción. Los argumentos a contrario y a fortiori”. *Revista Alegatos* Núm 79. México: diciembre de 2011, p. 726.

³³ Atienza, Manuel. *Óp. cit.*, p. 229.

³⁴ Falcón y Tella, José María. *Estudios de Filosofía Jurídica y Política*. México: Instituto de Investigación jurídicas UNAM, 2009, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2699> [acceso: 17/03/2015] p. 146.

Esta definición es completa en relación al establecimiento de las semejanzas, pero, a criterio personal, insuficiente en relación a las lagunas jurídicas, por cuanto no abarca el tema de las lagunas axiológicas.

³⁵ Betti, Emilio. *Óp. cit.*, p. 156.

³⁶ *Cf.* Atienza, Manuel. *Óp. cit.*, p. 231.

³⁷ Betti, Emilio. *Óp. cit.*, p. 159.

limitada, como sucede en el Derecho penal, de lo cual se ocupará el análisis de fondo de esta investigación.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano está incorporado, de manera expresa, un precepto de admisión general respecto de la analogía, contenido en artículo 18, numeral *infine* del Código Civil:³⁸

A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas se ocurrirá a los principios del derecho universal³⁹.

El Código Orgánico de la Función Judicial también contiene una disposición respecto de la analogía en relación a las normas procesales:

Cualquier vacío en la disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que reglen casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y generales del derecho procesal⁴⁰.

Por su parte, en la normativa penal, existe una prohibición expresa para acudir a la analogía, pero limitada para la creación de infracciones, la ampliación de normas que permitan la aplicación de sanciones o medidas cautelares o para establecer excepciones o restricciones de derechos. En suma, de acuerdo al COIP, la analogía está vedada para la creación de cualquier precepto jurídico que limite los derechos de las personas procesadas:

Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos⁴¹.

1.1.1 Analogía legis

Al explicar el concepto general de analogía, esta investigación ha intentado utilizar términos amplios en procura de abarcar las dos clases de analogía que distingue la mayor parte de la doctrina: la analogía *legis* y la analogía *iuris*. No obstante, es oportuno reconocer que las características antes señaladas competen en mayor medida a la analogía *legis*, por cuanto esta es la modalidad del razonamiento por analogía por excelencia⁴².

³⁸ De este artículo se desprende que el Código Civil solamente contempla la posibilidad de colmar lagunas normativas (“a falta de ley”); sin embargo veremos más adelante que su aplicación también procede para lagunas axiológicas.

³⁹ Código Civil. RO-S 46, 24 de junio de 2005, art. 18 núm. 7.

⁴⁰ Código Orgánico de la Función Judicial. RO-S 544, 9 de marzo de 2009, art. 29. El COFJ utiliza la palabra “cualquier vacío”, lo cual invita a pensar que el legislador reconoce que hay otro tipo de lagunas más allá de los puramente normativas, es decir, este precepto podría tratarse de un reconocimiento de que las lagunas axiológicas también pueden ser integradas mediante el uso de la analogía.

⁴¹ Código Orgánico Integral Penal. RO – S 180, 10 de febrero de 2014, art. 13 núm. 3.

⁴² Dorantes Díaz, Javier. Óp. cit., p.727.

En la analogía *legis*, como señala Bobbio, se obtiene una nueva regla a partir de una regla que se refiere a un caso individual⁴³. Precisamente esta es la característica distintiva de la analogía *legis*: el contraste de semejanzas del supuesto de hecho no regulado, o regulado inadecuadamente, se realiza en relación a un precepto normativo concreto, que tiene preestablecida una determinada consecuencia jurídica. De esta norma se extrae el principio fundamental o *ratio legis*, para concluir en una nueva norma jurídica con propiedades similares y con la misma identidad de razón. Esto es acorde a la definición propuesta por Rafael Díaz Roca, jurista español, según quien la analogía *legis* “parte de la investigación de una disposición concreta para hallar el principio o idea fundamental que lo inspira a fin de aplicarla a casos esencialmente iguales al regulado”⁴⁴.

Con esta aclaración, corresponden a la analogía *legis* la estructura y las características descritas en el acápite anterior, con la muy importante aclaración, que la relación de semejanza y la consecuencia jurídica se extraen de una norma jurídica en particular. En suma, se puede recapitular el concepto de analogía *legis* con los siguientes rasgos estructurales:

- a) Procede ante un caso no regulado o regulado inadecuadamente (caso de una laguna jurídica).
- b) Este caso guarda una similitud relevante con un caso regulado por una norma jurídica en particular.
- c) El núcleo en la argumentación es la *ratio legis*, por cuanto el supuesto de hecho no regulado, o regulado inadecuadamente, tiene que guardar una identidad de razón con el caso regulado.
- d) Se crea una nueva regla aplicable al caso lagunoso, que extrae la consecuencia jurídica del caso análogo.

1.1.2 Analogía *iuris* y analogía *iuris imperfecta*

El artículo 18 del Código Civil reconoce claramente dos mecanismos de autointegración para colmar lagunas jurídicas. El primero, -“a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos”- corresponde al procedimiento de analogía *legis* previamente descrito; pero además, se reconoce otra posibilidad: “[...] no habiéndolas se

⁴³ Bobbio, Norberto. Óp. cit., p. 236.

⁴⁴ Díaz Roca, Rafael. *Teoría general del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 260.

ocurrirá a los principios del derecho universal”⁴⁵. Este último procedimiento, que se remite a los principios universales o generales del Derecho para colmar lagunas jurídicas, se conoce como analogía *iuris*.

La estructura de la analogía *iuris* no es diferente al de la analogía *legis*, pero sí difieren sus elementos. En la analogía *iuris* ya no se busca una similitud con una norma jurídica en particular, sino con un conjunto de normas, de las cuales se extrae un principio general⁴⁶. Bobbio entiende por analogía *iuris* “el procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto, no ya por la regla que se refiere a un caso individual, como sucede en la analogía *legis*, sino por todo el sistema jurídico o por una parte del sistema”⁴⁷. En consecuencia, con éste método se pretende dar una solución al caso afectado por una laguna jurídica, ya no a partir de la *ratio* que lo une con una norma jurídica en particular, sino a través de un principio general del Derecho que es común a un conjunto de reglas. Susana Sánchez Ferro, docente y filósofa jurídica española, ofrece una explicación esclarecedora:

Consiste esta última (la analogía *iuris*) en la extracción de un principio general de una serie de normas. Estas normas, aisladamente consideradas, no serían aplicables al caso que trata de resolverse, pero de una visión conjunta de las mismas resulta posible concluir que constituyen manifestaciones de un mismo principio regulador, principio que debe ser aplicado también al caso que se trata de resolver por el grado de similitud que une a este último supuesto con aquellos otros que se encuentran efectivamente regulados por ese grupo de normas⁴⁸.

Como se puede observar, los elementos que componen a la analogía *iuris* son diferentes a los de la analogía *legis*: en lugar de tomar como base un precepto legal específico para establecer la semejanza; se toma un conjunto de normas. En lugar de identificar la *ratio legis* de un precepto legal, interesa hallar un principio general común al grupo de normas. Por último, en lugar de concluir con la creación de una nueva regla que solamente es aplicable al caso individual, en la analogía *iuris*, el principio general sirve

⁴⁵ Código Civil, art. 18 núm. 7.

⁴⁶ Cfr. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli. *La atenuante analógica en dilaciones indebidas. Analogía e interpretación. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., 2007, p. 16.

⁴⁷ Bobbio, Norberto. Óp. cit., p. 236.

⁴⁸ Sánchez Ferro, Susana. “*Analogía e Imperio de la Ley*”. *Anuario de filosofía del derecho* Nº 13-14. Dialnet, 1996-1997, disponible en internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142348> [acceso: 19/03/2015], p. 653.

para moldear la solución jurídica que demanda el caso individual, principio que a su vez, tiene validez para un número indeterminado de posibles configuraciones de casos⁴⁹.

Karl Larenz denomina a este método como analogía general y explica que el núcleo argumentativo consiste en extraer el principio general de Derecho, al cual describe como una “*ratio legis* común a todos los preceptos particulares, así como a su generalización”⁵⁰. Para evitar confusiones, se utilizará la expresión *ratio iuris* para caracterizar al principio general de derecho extraído.

La identificación de este principio se obtiene a través de un proceso de generalización conocido como inducción, que implica ir de lo particular a lo general⁵¹. Es decir, desde la propia legislación positiva se extraen principios contenidos de modo implícito en el sistema normativo⁵². Es importante no confundir a un principio general del Derecho con la *ratio legis* empleada para analogía *legis*. Esta última solamente involucra al principio que fundamenta una norma en concreto, mientras que los principios generales del Derecho requieren de un nivel de abstracción superior, por cuanto fundamentan todo o una parte del sistema normativo⁵³.

En efecto, utilizando las palabras de Bobbio, los principios generales del Derecho, no son más que normas fundamentales o generalísimas en el sistema⁵⁴. Sobre este aspecto es muy importante remarcar que estos principios no necesariamente son expresos, sino que pueden ser formulados por el propio intérprete, extrayendo el comúnmente llamado “espíritu del sistema” de un conjunto de normas⁵⁵. De hecho, el Código Civil emplea la palabra “principios universales del derecho”, con lo que da a entender que no necesitan estar incorporados formalmente al ordenamiento jurídico, justamente porque tienen un carácter universal o generalísimo. Así, son apenas algunos ejemplos de principios generales del derecho: la regla del *pacta sunt servanda*, la doctrina de los actos propios, el

⁴⁹ Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 376-377.

⁵⁰ *Ibíd.* p. 379.

⁵¹ Con esto no quiero decir que la inducción no esté presente en la analogía *legis*, pues de todas maneras, la identificación del principio fundamentador de una norma jurídica en particular, implica una generalización.

⁵² Vintimilla, Jaime. “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *Ius Novus* ecuatoriano”. *Iuris Dictio Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*. No. 13, septiembre de 2012, p.51.

⁵³ Montiel Fernández, Juan Pablo. *Óp. cit.*, p. 139.

⁵⁴ Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1997, p. 239.

⁵⁵ *Ibíd.* p. 240.

principio de buena fe; o en materia penal: el principio de lesividad, el principio de culpabilidad, el principio *pro homine*, el principio de igualdad, el principio *in dubio pro libertate* o *pro reo*, entre otros.

En lo que concierne a la labor argumentativa del juez, como se ha dicho, la principal diferencia entre la analogía *legis* y la analogía *iuris* tiene que ver con el grado de abstracción, porque en este segundo método se trabaja con un principio que abraza a un grupo de normas que conforman todo o una parte del ordenamiento jurídico⁵⁶. Esto, de acuerdo a Sánchez Ferro, es un punto en contra de la analogía *iuris*, ya que “la flexibilidad a la hora de llegar a un principio aplicable cuando se recurre a un conjunto de normas, pues, es mayor que la que ofrece una sola norma”⁵⁷. En este sentido, según la referida autora, la selección del conjunto normativo que va tomarse como referencia no es una selección estándar, “sino que cada aplicador puede considerar que el conjunto relevante es éste o aquel y que incluye más o menos normas, y de ello va derivar inevitablemente la entrada en juego de principios diferentes aplicables al caso”⁵⁸.

Suscribo en parte la postura de Sánchez Ferro, pues evidentemente la analogía *iuris* plantea inconvenientes en relación al amplio margen de discrecionalidad que tienen los juzgadores para la selección del conjunto normativo. Además, resulta problemático el hecho de que, en cuanto mayor sea el grado de abstracción y más general sea el principio extraído, más se aleja el juez de las reglas prescritas por el legislador y también del supuesto de hecho que se pretende resolver. Este problema se intensificaría en el Derecho penal, donde los jueces deben un mayor apego al material dispuesto por el legislador en función del principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica.

No obstante de lo anterior, no estoy del todo de acuerdo con Sánchez Ferro, pues existe la posibilidad de reducir significativamente el nivel de discrecionalidad en la selección de normas y evitar que entren en juego principios diferentes según sea el criterio de cada juzgador. Para entender esto, hay que tener presente que dentro de la analogía *iuris* existen distintos grados de abstracción, según sea la amplitud del conjunto normativo que se tome como referencia para extraer el principio regulador. Así, se diferencian en cuanto al grado de generalización, los principios generales que fundamentan las normas de todo el

⁵⁶ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p.111.

⁵⁷ Sánchez Ferro, Susana. Óp. cit., p. 653.

⁵⁸ Sánchez Ferro, Susana. Óp. cit., p.653.

ordenamiento jurídico (por ejemplo, el principio de igualdad ante la ley), de los principios que fundamentan las normas del Derecho penal (por ejemplo, el principio de culpabilidad) y éstos, a su vez, de los principios que solamente fundamentan las normas que pertenecen a una determinada institución jurídica del Derecho penal (por ejemplo, el “principio del interés preponderante” que caracteriza a la institución jurídica de las causas de justificación).

A estos últimos -los principios que regulan una determinada institución jurídica- hay que presentarles especial atención, pues, como se verá más adelante, son los únicos que pueden limitar, en buena medida, la discrecionalidad judicial al acudir a la analogía *iuris*. Atienza llama al procedimiento analógico que apela a principios institucionales como *analogía iuris imperfecta*, para distinguirla del procedimiento que acude a principios más generales⁵⁹. Por su parte, Juan Pablo Montiel prefiere utilizar la denominación “*analogía institutionis*”⁶⁰. Este autor es quien mejor -o probablemente sea el único- desarrolla la aplicación de la analogía *iuris* imperfecta en el Derecho penal, por lo que se ahondará en sus valiosos aportes más adelante.

Para cerrar este acápite, es conveniente repasar las características estructurales de la *analogía iuris* y de la *analogía iuris imperfecta*:

- a) Procede ante un supuesto de hecho no regulado o regulado inadecuadamente (caso de una laguna jurídica).
- b) Este supuesto de hecho es una concreción de un principio general que fundamenta a un grupo de preceptos normativos. Éstos pueden referirse a todo el ordenamiento jurídico o a una parte de él (*analogía iuris*), o bien, a una determinada institución jurídica (*analogía iuris imperfecta*).
- c) A partir del principio general extraído, se crea una solución jurídica aplicable al caso afectado por una laguna.

1.2 Distinción entre analogía e interpretación extensiva

Trazar una línea que diferencie a la analogía de la interpretación extensiva es una tarea que no resulta del todo sencilla, porque ambos conceptos tienden a confundirse. Si bien la admisión de la interpretación extensiva en el Derecho penal también es un tema de

⁵⁹ Atienza, Manuel. Óp. cit., p. 234.

⁶⁰ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 125-126.

discusión, este es un tópico que se extralimita de la materia de esta investigación⁶¹. Por este motivo, es conveniente ensayar una distinción de conceptos para evitar confusiones.

En primer lugar, es importante aclarar que la analogía es una forma de integrar el derecho y no de interpretarlo. De hecho, la interpretación es un paso previo al procedimiento por analogía, por cuanto este último, presupone que se hayan superado todos los obstáculos semánticos que pueda presentar una norma⁶². En este aspecto, antes de acudir a la analogía, no sólo debe estar claro el sentido literal de las normas, sino también su alcance teleológico para extraer la *ratio legis* o el principio rector. Sin esta claridad respecto de los preceptos normativos, ni siquiera sería posible identificar la presencia de una laguna jurídica.

A pesar de lo antes mencionado, existen dificultades para distinguir estos dos conceptos. La primera dificultad para establecer una distinción precisa es que no hay unanimidad doctrinaria respecto del significado de interpretación extensiva. Así, varios autores la describen como una forma de modificar el sentido literal de la norma apelando al “espíritu de la ley”⁶³. Esta concepción, en realidad nada tiene que ver con la interpretación de la ley, sino que más bien, parece un método de integración o desarrollo normativo, como la analogía, si se entiende que el espíritu de ley equivale a la *ratio legis*⁶⁴. De adoptarse este punto de vista, no tendría sentido buscar distinciones en donde no parece haberlas. Por consiguiente, la línea distintiva se trazará en relación a una concepción de interpretación extensiva que sí guarda relación con el sentido y alcance de la ley, es decir, con lo que en realidad significa interpretación jurídica.

Esta segunda concepción de interpretación extensiva parte del supuesto de que una norma tiene límites expresos y límites no expresos o implícitos⁶⁵. Dentro de los primeros, la norma incluye a todos los supuestos de hecho que se derivan de su estricta literalidad, es

⁶¹ Acorde a esta acepción, Guastini no dejan entrever diferencias entre la interpretación extensiva con la analogía. Si se entienden como términos sinónimos, obviamente la interpretación extensiva es materia de análisis dentro de esta tesina. Cfr. Guastini, Riccardo. *Óp. cit.*, p. 69.

⁶² Montiel Fernández, Juan Pablo. *Óp. cit.*, p. 84-85.

⁶³ En este sentido: Guastini, Riccardo. *Óp. cit.*, p. 34.

Montiel refiere que otros autores como Welzel, Bauman, Weber, Mitch, Fuchs, entre otros, también comparten este punto de vista. Cfr. Montiel Fernández, Juan Pablo. *Óp. cit.*, p. 117.

⁶⁴ Cfr. Montiel Fernández, Juan Pablo. *Óp. cit.* p. 117.

⁶⁵ Cfr. Bacigalupo, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 78; Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 194-195; Montiel Fernández, Juan Pablo. *Óp. cit.*, p. 118.

decir, solamente los casos que puedan extraerse del sentido propio de la simple redacción de la ley⁶⁶. Este límite, sin embargo, puede expandirse a través de la interpretación extensiva, con la que se puede obtener el máximo significado de la literalidad de una norma, incluyendo también a supuestos de hecho no expresos, pero que sí están implícitos en la mente del legislador⁶⁷. La forma de incluir los casos implícitos que contempla la norma, requieren ir más allá de una interpretación basada en la semántica de las palabras, pues, para obtener el máximo significado de una norma, es necesario considerar los motivos del legislador o la finalidad perseguida por la norma⁶⁸. La interpretación extensiva consiste pues, en la adopción del significado amplio de un precepto normativo.

Si se adopta este concepto de interpretación extensiva, sí es posible distinguirla con claridad de la analogía. En el primer caso, se opta por el significado más amplio que se puede extraer de la ley, acudiendo a sus elementos más intrínsecos, como a su finalidad. En la analogía, en cambio, el alcance de la ley, aún en sentido amplio, es claro, y por lo mismo, se concluye que no regula -o lo hace de manera insatisfactoria- un determinado supuesto de hecho, lo que obliga al juzgador a crear una nueva norma jurídica para regular el caso. Santiago Mir Puig sintetiza esta diferencia de manera esclarecedora:

La diferencia entre interpretación y analogía es la siguiente: mientras que la interpretación es la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su “sentido literal posible”, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal⁶⁹.

1.3 Lagunas jurídicas

Al inicio de esta investigación se explicó el significado de las lagunas jurídicas y se estableció que son una patología dentro de los sistemas normativos, que puede ser subsanada por intermedio de la analogía. También se ha dicho que tanto las lagunas normativas, como las lagunas axiológicas, pueden ser superadas mediante el uso de la analogía. Sin embargo, hasta aquí se ha dado un tratamiento escueto de estas dos clases de lagunas, y no lo suficientemente profundo para evitar una confusión de conceptos. Por lo

⁶⁶ Cfr. Salinas Araneda, Carlos. “Interpretación e integración del derecho canónico” en *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos*. Santiago: Universidad de Chile, 1992. p. 400.

⁶⁷ Cfr. Baciglaupo, Enrique, Óp. cit. p. 78; Salinas Araneda, Carlos. Óp.cit., p. 400.

⁶⁸ Cfr. Galindo Garfias, Ignacio. Óp. cit., p., 74; Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 118.

⁶⁹ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aries: Bdf, octava edición, 2008, p.115; de igual manera: Larenz, Karl. Óp.cit.,p. 318, 141.

tanto, en este apartado se dará un trato más amplio a los conceptos de laguna jurídica y cómo se interrelacionan con la argumentación analógica.

1.3.1 Lagunas normativas

Ya se mencionó que las lagunas normativas responden a un problema de plenitud del sistema normativo. Sobre este tema, Hans Kelsen sostuvo que todo derecho es siempre un sistema completo, y por lo mismo, no existen lagunas normativas⁷⁰. Hoy en día esta tesis ha sido mayoritariamente abandonada, pues, acogiendo el criterio del jurista ecuatoriano Pablo Egas Rey, “es imposible que el legislador pueda tomar en cuenta todas las vicisitudes en un conjunto de normas que forman una legislación en particular”⁷¹. Por lo tanto, para que un sistema normativo realmente quede exento de cualquier laguna normativa, debe contener una regla de clausura expresa, como sucede en el Derecho penal.

De acuerdo a Carlos Santiago Nino, existe una laguna normativa “cuando el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa”⁷². De esta definición no debe entenderse que todo supuesto de hecho no regulado es una laguna jurídica, pues hay un sinnúmero de situaciones que no tienen ninguna relevancia jurídica y que no demandan de una disposición de la ley. Estos casos no son lagunas jurídicas sino simples “silencios de la ley” que sobrepasan la esfera del Derecho. Por consiguiente, como explica Agustín Squella, sólo cabe hablar de lagunas normativas ante la “ausencia de una regulación jurídica en un caso en que cabría razonablemente esperarla”⁷³.

Alchourrón y Bulygin explican que una laguna normativa se manifiesta cuando alguna configuración de un caso genérico -entiéndase por caso genérico a un conjunto de propiedades que configuran un acontecimiento jurídico no individualizado (por ejemplo “arrendamiento mercantil” o “compraventa” u “homicidio calificado”)-⁷⁴ no encuentra ninguna solución en las normas del sistema.⁷⁵

⁷⁰ Kelsen se basa en el principio de clausura (todo lo que no está prohibido está permitido) para sostener tal criterio. Cfr. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Primera ed. 1960. Buenos Aires: Eudeba, 2009, pp. 134 -135.

⁷¹ Egas Reyes, Pablo. “La interpretación en materia tributaria” *FORO Revista de Derecho*, No. 3. Quito: UASB, 2004, disponible en pdf: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1608/1/RF-03-AV-Egas.pdf> p.145. [acceso: 19/03/2015].

⁷² Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 281.

⁷³ Squella, Agustín. *Óp.cit.*, p. 674.

⁷⁴ Lo contrario de caso genérico, es un caso individual, es decir, un acontecimiento que se produce en determinada ocasión (localización, espacio temporal); por ejemplo: “el homicidio de Pedro a Luis en la Av.

Un ejemplo de laguna normativa podría darse en relación a las configuraciones que contempla el Código Civil para determinar el domicilio civil de las personas. De acuerdo al artículo 48 del CC, el domicilio civil se determina por dos posibles configuraciones: a) por el lugar donde una persona está de asiento, o b) por el lugar donde una persona ejerce habitualmente un arte o profesión⁷⁶. La laguna normativa en este precepto saldría a flote ante la configuración de un caso en el que una persona que no reúne ninguno de estos dos elementos, es decir, no está de asiento en lugar alguno, ni ejerce habitualmente un arte o profesión en un lugar determinado (podría, por ejemplo, ser este el caso de un músico ambulante que no tiene residencia y se dedica a tocar música de lugar en lugar, sin asentarse en ninguno de ellos).

Como ya se ha explicado, las lagunas normativas se pueden colmar mediante el uso de la analogía. Sin embargo, esta práctica no tiene cabida en el Derecho penal, por la simple razón de que no se pueden identificar lagunas normativas en este sistema normativo. El motivo se deriva del principio de legalidad, que impone una clausura a este sistema normativo e impide que cualquier configuración de un caso genérico quede sin solución. Esto es así, porque en el Derecho penal, el principio de clausura, según el cual “todo lo que no está prohibido, está permitido”, tiene fuerza suprema al estar consagrado en la Constitución a través del principio de legalidad. Así, cualquier caso que se le presente al juez, va a encontrar una solución en las normas penales, que le van a indicar con precisión qué situaciones de hecho deben ser examinadas por las normas penales y cuáles quedan fuera del tratamiento penal.

Con esta explicación, queda definitivamente descartada la posibilidad de colmar lagunas normativas en el Derecho penal. En consecuencia, no se ampliará el análisis respecto de este tipo de lagunas. No obstante, es necesario distinguirlas de las lagunas axiológicas, que, como se verá, sí tienen relevancia para estudiar la recepción de la analogía en el Derecho penal.

Eloy Alfaro y Amazonas”. De acuerdo a Alchourrón y Bulygin, “los casos genéricos pueden ejemplificarse en un número ilimitado de casos individuales.” Cf. Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. *Óp.cit.*, p. 59.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 58.

⁷⁶ Código Civil, art. 48.

1.3.2 Lagunas axiológicas

El término “laguna” no solamente se utiliza en el Derecho para expresar la ausencia de una solución en el sistema. Es así, como la doctrina suele acuñar el término “laguna axiológica” para describir una insuficiencia dentro de los sistemas jurídicos que nada tiene que ver con su plenitud o taxatividad, sino con cuestiones valorativas ligadas al ideal de justicia.

Bobbio expone que ningún ordenamiento jurídico positivo es perfecto, ya que solamente puede aproximarse a lo que el Derecho “debería ser”⁷⁷. Esto, de acuerdo al autor, significa que en todo sistema jurídico existen lagunas axiológicas (a las que llama “lagunas ideológicas”), que se refieren “a la ausencia no ya de una solución, sino de una «solución satisfactoria» o, en otras palabras, no ya a la ausencia de una norma, sino a la falta de una norma justa, o sea la norma se desearía que existiese y que no existe”⁷⁸.

Bobbio resume muy bien el concepto, pero resulta quizás insuficiente para una total comprensión del término. No se puede caer en el error de considerar como una laguna axiológica a cualquier desacuerdo valorativo que tenga un juez con respecto de una solución jurídica. Para evitar confusiones, resulta muy útil la obra de Alchourrón y Bulygin⁷⁹.

Para los autores mencionados, las lagunas axiológicas son “situaciones en las cuales, si bien existe una solución –por lo cual esas situaciones no son lagunas normativas– la solución existente es axiológicamente inadecuada (injusta, mala)”⁸⁰. Agregan que “no toda solución injusta o mala supone una laguna”, solamente se habla de lagunas “cuando la solución es inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta”⁸¹.

Lo que los autores quieren enfatizar, es que la identificación de una laguna axiológica está supeditada a una valoración sobre lo que *debe* o *debería darse* en el estado de las cosas⁸². A esto, es lo que denominan como “hipótesis de relevancia”, criterio esencial para

⁷⁷ Bobbio, Norberto. Óp. cit., p. 226.

⁷⁸ *Ibíd.* p. 226.

⁷⁹ Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. Óp.cit.

⁸⁰ *Ibíd.* p. 158.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² *Ibíd.* p. 154.

la identificación de lagunas axiológicas. La hipótesis de relevancia se refiere al conjunto de propiedades (elementos de un caso) que *deben ser* relevantes para que se le pueda imputar determinada solución a un caso⁸³. Es decir, se habla una propiedad que no ha sido tomada por relevante dentro del sistema normativo (*tesis de relevancia*), pero que es relevante para un caso según un criterio axiológico (*hipótesis de relevancia*)⁸⁴. Esto quiere decir que en las lagunas axiológicas “se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto, y que de haberla considerado, le hubiera dado una solución específica”⁸⁵ (más justa). En efecto, el desacuerdo valorativo se funda “en la consideración de que debería tomarse como relevante una propiedad que para el derecho no lo es”⁸⁶. En síntesis, no todas las soluciones injustas son lagunas axiológicas, sino solamente aquellas en las que el legislador no ha tomado en cuenta todas las distinciones pertinentes⁸⁷.

De manera congruente con los lineamientos de Alchourrón y Bulygin, Nino esgrime esta explicación:

Una laguna axiológica se daría, pues, cuando un caso esté correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas.

[...]

Si el derecho estipula, por ejemplo, la prohibición de la conducta *s* cuando se dan las propiedades **E** y **V** – siendo irrelevante para tal prohibición que además se de la propiedad **R** – se puede disentir de lo estipulado y pretender, de conformidad con ciertos criterios axiológicos, que se tome a **R** como relevante, de tal modo que, ante su presencia, deba prescribirse la permisión de *s*. En ese caso habría una laguna axiológica⁸⁸.

Un ejemplo claro de una laguna axiológica en nuestro ordenamiento jurídico, puede extraerse del artículo 1463 del Código Civil que contempla los supuestos de incapacidad legal. Los primeros incisos de esta norma textualmente contemplan:

Art. 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

⁸³ Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. Óp.cit., p. 158.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Nino, Carlos Santiago. Óp. cit., p. 288.

⁸⁷ Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. Óp. cit., p. 159.

⁸⁸ Nino, Carlos Santiago. Óp. cit., p. 287.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.⁸⁹

En atención a esta norma, se plantea el siguiente caso hipotético: ¿Cuál sería la validez de un contrato, en el que una de las partes contratantes es un sordomudo que no puede darse a entender por escrito, pero que sí es absolutamente capaz de manifestar su voluntad a través del lenguaje corporal de señas?

No se puede considerar que este caso esté afectado por una laguna normativa, pues la referida norma claramente prevé una solución jurídica: el contrato no sería válido, porque una de las partes contratantes es un incapaz absoluto. No obstante, es fácil darse cuenta que el caso está afectado por una laguna axiológica, pues la solución jurídica que prevé el artículo 1463 del Código Civil es injusta, ya que no existe razón para invalidar los actos de una persona que es capaz de manifestar su voluntad. Es evidente que en este caso el legislador no tomó en cuenta que existen otros medios, además de la escritura, a través de los cuales los sordomudos podrían manifestar su voluntad, como sucedería precisamente con el lenguaje de señas. Es decir, el legislador no consideró relevante las demás formas en las que un sordomudo puede darse a entender. Para superar la laguna detectada, no sería necesario acudir a la analogía legal, pues se podría invocar directamente el principio de igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 66 número 4 de la Constitución y concluir que el contrato no adolece de un vicio por incapacidad legal de uno de los contratantes.

Otro ejemplo concreto de laguna axiológica, en el ámbito penal, que traen a colación Alchourrón y Bulygin, así como Montiel, data de un fallo del Tribunal del Reich alemán o *Reichsgericht* (en adelante RG) del 11 de marzo de 1927, que se refiere al aborto por prescripción médica⁹⁰. En el caso puesto en consideración del RG, un médico practicó un aborto para salvar la vida de la mujer embarazada. Para aquella época, el Código Penal vigente en Alemania reprimía el aborto de forma genérica (art. 218 *StGB*)⁹¹ y solamente reconocía el estado de necesidad cuando el peligro inminente recaía sobre el autor del hecho o un pariente de éste (art. 57 *StGB*)⁹². No obstante, a pesar de que la actuación del médico no se encuadraba en ninguno de los supuestos de un causa de justificación, el RG

⁸⁹ Código Civil, art. 1463.

⁹⁰ Sentencias del Tribunal del Reich alemán del 11 de marzo de 1927, citado en Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. Óp. cit., p. 162; Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 91.

⁹¹ *StGB*: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán).

⁹² Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 91.

decidió absolverlo, argumentando la existencia de una laguna en el Código Penal que se colmó con la creación de una causa suprallegal de justificación, semejante al estado de necesidad⁹³.

La laguna a la que hace referencia el RG no es normativa, pues el caso en cuestión tenía una solución (la aplicación de la pena prevista para el aborto). Lo que aquí entró en conflicto fue un juicio valorativo del tribunal respecto de la solución dada por la norma. Ésta resultaba injusta, pues el legislador, al regular el estado de necesidad justificante, no tomó cuenta como propiedad relevante los casos de aborto para salvar la vida de la mujer. Como se puede observar, este no sólo es un caso típico de una laguna axiológica, sino un excelente ejemplo de cómo se pueden colmar este tipo de lagunas mediante la analogía, pues, lo que hizo el RG, no fue otra cosa que integrar el Derecho con la creación de una nueva regla semejante al estado de necesidad.

Más allá de este buen ejemplo, algunos autores solamente se pronuncian respecto de la posibilidad de colmar lagunas normativas mediante la analogía y omiten o incluso rechazan esta posibilidad para las lagunas axiológicas⁹⁴. Hay quienes también podrían aferrarse a esta tesis argumentando que el art. 18 del CC sólo prevé el uso de la analogía “a falta de ley”, es decir, para lagunas normativas. No obstante, otros cuerpos normativos internos no hacen esta apreciación, como el COFJ, que utiliza la palabra “cualquier vacío”, lo cual podría dar a entender que hay otro tipo de lagunas más allá de las puramente normativas que pudieran requerir de la analogía. Aún así, la analogía no es algo que deba reconocerse expresamente en ley para que sea admitida. Basta con que no exista una prohibición expresa y en nuestra legislación no hay fundamentos para sostener que la analogía esté prohibida para colmar lagunas axiológicas. Al contrario, se verá en el siguiente capítulo que hay suficientes fundamentos constitucionales que avalan su empleo.

Montiel Fernández es uno de los autores que mejor refuta la tesis según la cual la analogía es exclusiva para colmar lagunas normativas. El autor justifica la tesis contraria dentro del ámbito del Derecho penal favorable al procesado (*in bonam partem*), bajo el argumento de las enormes bondades que ofrecería esta práctica para evitar decisiones

⁹³ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 91.

⁹⁴ Los propios Alchourrón y Bulygin, a pesar de que citan el fallo del RG para ejemplificar la existencia de lagunas axiológicas, consideran que solamente las lagunas normativas son superables mediante la analogía. Cfr. Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. Óp. cit., p. 44; en la misma línea: Nino, Carlos Santiago. Óp. cit., p. 285.

injustas y limitar el ejercicio del poder punitivo⁹⁵. Claro está, el uso de la analogía para colmar insuficiencias axiológicas en el Derecho penal debería utilizarse de manera excepcional y estar sujeto a ciertos límites para evitar decisiones arbitrarias o contrarias a los fines del Derecho penal, puesto que, al fin y al cabo, demanda de un grado de discrecionalidad del intérprete. Se hará referencia a estos límites al confrontar la analogía con la certeza jurídica en el capítulo correspondiente.

Esta investigación suscribe la tesis que admite el uso de la analogía para superar vacíos axiológicos en el Derecho y se intentará dar ejemplos de su buen funcionamiento dentro del área penal.

1.4 La analogía como método de integración del Derecho penal

Hasta aquí se ha hecho referencia a la analogía como método de integración de los sistemas normativos en general. Toda vez que ya se han aclarado varios conceptos, es momento de delimitar el análisis dentro del ámbito penal. El desarrollo doctrinario sobre la analogía en el derecho penal es reducido, pero varios autores se pronuncian sobre su admisibilidad. De esta manera, se distinguen dos criterios en la doctrina: por un lado, están quienes rechazan por completo el uso de la analogía en el Derecho Penal⁹⁶, por otro, están quienes la rechazan solamente si se la utiliza en perjuicio del procesado⁹⁷.

Al confrontar estas dos tesis, se puede apreciar unanimidad en un criterio: la analogía está prohibida para perjudicar al procesado, es decir, no se pueden crear mediante analogía tipos penales, circunstancias agravantes, medidas cautelares o cualquier otro precepto que restrinja los derechos de una persona. A esto es lo que la doctrina denomina como analogía *in malam partem*.

⁹⁵ Cfr. Montiel Fernández, Juan Pablo. *Óp. cit.*, p. 326.

⁹⁶ Por nombrar a algunos: Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Tomo Primero. Parte General*. 3ra ed. Santiago De Chile: Editorial Jurídica De Chile, 1999, p. 114; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: EDIAR, 1998, p. 310.

⁹⁷ Por nombrar a algunos: Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, 158; Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 382; Mezger, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 65; Betti, Emilio. *Óp.cit.*, pag.170; Montiel Fernández, Juan Pablo. *Óp. cit.*, p. 326.

La contraposición de opiniones surge con respecto al uso de la analogía que no perjudica al procesado, sino que al contrario, le beneficia o mejora su situación. Para estos casos se utiliza la denominación analogía *in bonam partem*.

1.4.1 Analogía *in malam partem*

In malam partem es toda analogía que se utiliza para crear una infracción o para hacer más gravosa la punibilidad de lo que se señala en la literalidad de las normas⁹⁸. Las razones por las cuales la doctrina rechaza unánimemente este tipo de analogía se resumen en el principio de legalidad y el mandato de *lex stricta* que prohíbe expandir el alcance de la punibilidad más allá de la literalidad de norma.

No se puede poner en tela de duda la prohibición de la analogía en este sentido. Por lo tanto, el análisis se concentrará en la admisibilidad de la analogía *in bonam partem*.

1.4.2 Analogía *in bonam partem*

In bonam partem es la analogía que se utiliza para crear preceptos normativos que favorezcan al procesado. Esto implica la creación judicial, a través del procedimiento analógico, de circunstancias atenuantes, causas de justificación o causas de exclusión de la culpabilidad que no estén ya contempladas en las normas penales.

Como ya se mencionó, las distintas posiciones doctrinarias pierden unanimidad respecto de la admisibilidad de la analogía *in bonam partem*. Quienes la rechazan, se fundan en el principio de legalidad, en el principio de separación de poderes, o bien, en que su admisibilidad afectaría la seguridad jurídica⁹⁹.

Esta investigación se mueve dentro de la teoría que admite la aplicación de la analogía *in bonam partem*. Sostener este criterio, conlleva la obligación de explicar en qué sentido el principio de legalidad armoniza con la analogía *in bonam partem*, cuáles son los fundamentos que la avalan y cómo se resuelve el problema de una excesiva discrecionalidad judicial. Todos estos puntos serán abordados en los capítulos siguientes.

⁹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Óp.cit., p. 309.

⁹⁹ Cfr. Cobo del Rosal, Manuel y Tomás Salvador Vives Antón. *Derecho penal, parte general*. Quinta edición. Valencia: Tirant Le Blanch, 1999, p. 168-169; Etcheberry, Alfredo. Óp. cit., p. 114; Zaffaroni, Eugenio Raúl. Óp. cit. p. 309.

2 Análisis de admisibilidad de la analogía *in bonam partem* en el Derecho ecuatoriano

En este capítulo se buscará determinar si la analogía *in bonam partem* es admitida por nuestro ordenamiento jurídico y de ser así, bajo qué condiciones. Primero, se repasarán los fundamentos y los fines del principio de legalidad, con el objetivo de determinar si son compatibles con la analogía *in bonam partem*. Posteriormente, se confrontará a este método con el derecho a la seguridad jurídica. Por último, se analizará cuáles modalidades de analogía *in bonam partem* merecen ser admitidas y cuáles rechazadas en nuestro orden jurídico.

2.1 Principio de legalidad y analogía *in bonam partem*

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de legalidad tiene una jerarquía constitucional. El artículo 76 número 3 de la Constitución lo consagra de la siguiente manera:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.¹⁰⁰

Complementariamente, el artículo 5 número 1 del COIP recoge el principio de legalidad como principio rector del debido proceso penal de la siguiente manera:

No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.¹⁰¹

Adicionalmente, el principio de legalidad y no retroactividad está reconocido en declaraciones y tratados internacionales reconocidos y ratificados por el Ecuador. Concretamente, se lo reconoce en los artículos 11 número 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰², el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos

¹⁰⁰ Constitución de la República del Ecuador. RO 449, 20 de octubre de 2008, art. 76 núm. 3.

¹⁰¹ Código Orgánico Integral Penal, art. 5 núm. 1.

¹⁰² “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.” Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de la ONU, 10 de diciembre de 1948, Art. 11 núm. 2.

Humanos (en adelante “CADH”)¹⁰³ y el artículo 15 número 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁴ (en adelante “PIDCP”).

De estas disposiciones normativas que definen al principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico, junto con las opiniones doctrinarias o jurisprudenciales que se han desarrollado respecto de su aplicación, es posible deducir varias conclusiones en lo que concierne a la admisión de la analogía *in bonam partem*. Para esto, sin embargo, primero es importante entender los fundamentos y las finalidades que tiene este principio en nuestro sistema.

Antes de entrar en el análisis, considero importante adelantar y recapitular una primera conclusión a la que ya se ha hecho referencia: el principio de legalidad impone una regla de clausura en el sistema normativo penal que imposibilita la presencia de lagunas normativas. Como exponen Alchourrón y Bulygin, la regla *nullum crimen sine lege* hace que el Derecho penal sea un sistema cerrado en relación al universo de soluciones penales¹⁰⁵. Sin embargo, como se ha visto, la regla de clausura no interfiere con las lagunas axiológicas, pues los jueces efectivamente pueden detectar que una solución que el sistema penal prevé para un caso es injusta y amerita una disposición diferente.

Sin embargo, no hay tanta claridad respecto de si el juez, una vez que detecta una laguna axiológica, está efectivamente autorizado a crear una disposición diferente a la que contempla la ley, aun cuando esta sea únicamente para beneficiar al procesado. En efecto, las dudas respecto de la admisibilidad de la analogía *in bonam partem* surgen a partir de aquí; pues cabe preguntarse: ¿Cuál es el verdadero alcance del principio de legalidad?; ¿Rige únicamente para las normas penales que crean infracciones, restringen derechos o agravan la punibilidad?; O, ¿Alcanza también a las normas penales no punitivas como las

¹⁰³ “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978, art. 9.

¹⁰⁴ “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de la ONU, Res. 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 25 de marzo de 1976, art. 15 núm. 1.

¹⁰⁵ Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. *Óp. cit.*, p. 198.

circunstancias atenuantes y causas eximentes? En definitiva, este capítulo pretende comprender el alcance, los fundamentos y las finalidades que tiene el principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico para encontrar respuestas a estas interrogantes y, finalmente, poder conocer si el juez está facultado para superar lagunas axiológicas dentro del derecho penal valiéndose de la analogía *in bonam partem*.

2.2 Análisis de la legalidad penal frente a la analogía *in bonam partem* desde el garantismo penal y en el Código Orgánico Integral Penal

Antes de que el principio de legalidad se formalice como piedra angular del Derecho penal, el brillante Marqués Cesare Beccaria, ya advertía de los peligros de un poder punitivo ilimitado. Fue así como el Marqués, en su célebre obra *De los delitos y las penas*, desarrolló un conjunto de principios, entre ellos el de legalidad, cuya observancia finalmente legitimaba “el derecho a castigar”.

[S]ólo las leyes pueden decretar penas sobre los delitos; y esa autoridad no puede rescindir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por el contrato social.¹⁰⁶

El principio de legalidad fue finalmente recogido por Feuerbach bajo el aforismo “*nullum crimen, nullum poena sine lege*”¹⁰⁷ e inspiró a los nuevos Estados a consagrar esta regla dentro de sus ordenamiento jurídicos como una conquista a favor de la libertad humana y de la certeza jurídica¹⁰⁸. En la actualidad el principio de legalidad no solamente continúa vigente, sino que se ha extendido “por todo el mundo como principio fundamental del Estado de Derecho”¹⁰⁹.

La doctrina reconoce cuatro mandatos que pertenecen al principio de legalidad: *lex praevia, certa, scripta y stricta*¹¹⁰. Estos mandatos, de acuerdo al ilustre penalista español Santiago Mir Puig, son esenciales para que este principio ofrezca una garantía criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución para los ciudadanos¹¹¹. Bajo el requisito de *lex praevia*,

¹⁰⁶ Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. Estudio Preliminar de Nodier Agudelo B. Tercera Edición. Bogotá: Temis, 2006, p.12.

¹⁰⁷ Von Feuerbach, Anselm. *Tratado de Derecho Penal*. 1era ed. Giessen, 1847. Trad. Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63.

¹⁰⁸ El principio de legalidad fue una de las conquistas centrales de la Revolución francesa y se expresó en el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 y posteriormente en la Constitución francesa de 1791; cfr. Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Óp. cit., p. 105.

¹⁰⁹ Roxin, Claus. Óp. cit., p.143.

¹¹⁰ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Óp. cit., p. 106.

¹¹¹ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Óp. cit., p. 106.

se impone la prohibición de la retroactividad de la ley penal, con la excepción de las leyes penales más favorables¹¹². La *lex certa*, obliga al legislador a emplear una redacción precisa y clara en la formulación de las leyes penales y las penas, de modo que se pueda reconocer “qué características ha de tener la conducta punible” y “qué pena y qué cuantía se puede imponer”¹¹³. El mandato de *lex scripta* requiere que los delitos y las penas solamente provengan de una norma escrita que tenga rango de ley¹¹⁴. Por último, el requisito de *lex stricta*, también llamado principio de taxatividad penal, “exige al juez a castigar solamente aquellos hechos prohibidos por la ley y veda cualquier posibilidad de extender el castigo a casos no previstos por los tipos penales”¹¹⁵.

Es importante detenerse en este último requisito, la estricta legalidad o principio de taxatividad penal, pues su comprensión resulta determinante para evaluar el alcance del principio de legalidad y la admisión de la analogía *in bonam partem*. De acuerdo al célebre jurista italiano Luigi Ferrajoli, este mandato designa una reserva absoluta de la ley penal¹¹⁶. Por un lado, se prescribe al legislador taxatividad y precisión empírica en la formulación de los hechos punibles y se le prohíbe utilizar términos de extensión¹¹⁷. Por otro lado, prohíben al juez “extender el castigo a casos no previstos por los tipos penales”¹¹⁸. El COIP incorpora a la estricta legalidad como una regla de interpretación de las figuras delictivas: “los tipos penales y las penas se interpretarán de forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma”¹¹⁹.

De lo anterior se colige que la prohibición de la analogía *in malam partem* es corolario del mandato de estricta legalidad¹²⁰, dado que el juez no puede extender un castigo a situaciones de hecho no previstas en la ley, ni mucho menos, crear nuevos tipos penales.

¹¹² Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Óp. cit., p. 107.

¹¹³ Roxin, Claus. Óp. cit. p. 141.

¹¹⁴ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Óp. cit. p. 107.

¹¹⁵ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 17.

¹¹⁶ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Séptima edición. Madrid: Trotta, 2005, p. 35.

¹¹⁷ *Ibíd.* p. 35.

¹¹⁸ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 18; véase también, en relación a la prohibición de la analogía en el derecho penal: Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Óp. cit., p. 382.

¹¹⁹ Código Orgánico Integral Penal, artículo 13.

¹²⁰ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 17; Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Óp. cit., p. 107, Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Óp. cit., p. 382.

En palabras de Mir Puig, el fundamento de la prohibición de la analogía *in malam partem* “se basa en una función de garantía para el ciudadano, de que no se le podrá condenar por delito no previsto expresamente en la ley, ni con penas igualmente no expresadas legalmente”¹²¹.

¿Qué ocurre, sin embargo, con la analogía *in bonam partem* frente al principio de legalidad y el mandato de *lex stricta*? La doctrina mayoritaria concuerda en que la analogía favorable no contraviene el principio de legalidad¹²². Por su parte, el COIP menciona que la interpretación en forma estricta se aplica en relación a los “tipos penales y a las penas” y no incluye a las normas que son de aplicación favorable al procesado, como causas atenuantes o eximentes de responsabilidad¹²³. A esto, hay que añadir que el artículo 13 número 1 del COIP prohíbe expresamente la analogía en cuanto extienda el *ius puniendi*, pero no cuando le favorece al procesado¹²⁴.

Para comprender el alcance de la *lex stricta* debe examinarse el significado político del principio de legalidad dentro de un Estado constitucional de Derecho, es decir, desde su propósito garantista. Alberto Bovino, jurista y catedrático argentino, explica este concepto de la siguiente manera:

El significado político del principio de legalidad es evidente: representa una valla para la vocación punitiva del Estado, una garantía que protege al individuo frente al poder penal. Al mismo tiempo, el principio cumple con una exigencia de seguridad que permita la posibilidad de conocimiento previo de los hechos punibles y de sus penas respectivas¹²⁵.

De acuerdo a Ferrajoli la estricta legalidad corresponde precisamente a un modelo garantista de derecho penal que, en el plano político, busca minimizar la violencia y maximizar las libertades¹²⁶. En otros términos, como da a entender Ferrajoli, el garantismo penal busca hacer efectivo el uso de un derecho penal mínimo en los Estados:

¹²¹ Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Segunda edición. Buenos Aires: BdeF, 2007, p. 292.

¹²² Entre ellos: Roxin, Claus. *Óp. cit.*, p. 158; Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*, *Óp. cit.*, p. 382; Mezger, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 65.; Betti, Emilio. *Óp. cit.*, p.170; Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I. Madrid: Trotta, 1997, p. 95.

¹²³ Código Orgánico Integral Penal, art.13.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ Bovino, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del puerto, 1998, p. 72.

¹²⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. *Óp. cit.*, p. 351-352.

“Garantismo” y “derecho penal mínimo” son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial- someténdola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona.¹²⁷

El término “derecho penal mínimo” –según Ferrajoli, quien introdujo la expresión- debe entenderse en dos sentidos: por un lado, como una doctrina que justifica el Derecho penal “si y sólo si es un instrumento de minimización de violencia y del arbitrio que su ausencia se produciría” y, por otro lado, como un modelo normativo de derecho penal que contiene “un sistema adecuado de garantías –penales y procesales- para satisfacer estos fines”¹²⁸.

Dentro del garantismo penal, el *ius puniendi* sólo se justifica como medida de tutela de bienes jurídicos, empíricamente determinados, y –en un sistema constitucional rígido como el Ecuatoriano- anclados a la Constitución¹²⁹. En este sentido, al determinar las conductas y los bienes jurídicos que merecen una tutela penal, el legislador no puede pasar por el principio de lesividad u ofensividad, según el cual “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”¹³⁰. Este principio también debe ser observado por los jueces penales, que no podrán castigar “por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro”¹³¹.

El libro preliminar del COIP refleja en buena medida la doctrina garantista de Ferrajoli. El artículo primero menciona que entre las finalidades del Código se encuentra la tarea de “normar el poder punitivo del Estado”¹³². En el siguiente artículo se dice que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos son de aplicación directa

¹²⁷ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 193.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 252.

¹²⁹ Id. “El principio de lesividad como garantía penal” en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 8, No. 79, Medellín: Universidad EARAT, julio-diciembre 2012, p. 108.

¹³⁰ *Ibíd.* p. 111.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 111.

¹³² Código Orgánico Integral Penal, art. 1: “Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.”

en materia penal¹³³ y el artículo 13 número 1 menciona que la ley penal debe interpretarse en el sentido que más se ajuste a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos¹³⁴. Así también, dejando en claro el propósito garantista y función de última *ratio* que tiene el derecho penal, el artículo 3 del COIP reconoce expresamente el principio de mínima intervención penal en estos términos:

La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.¹³⁵

Si bien es cierto que de una lectura completa del COIP no se puede concluir que en nuestro sistema rige una doctrina de derecho penal mínimo, por lo menos, el legislador dejó establecidos principios garantistas que deben guiar la actuación de las autoridades judicial en ese sentido.

El propósito garantista del Derecho penal y del principio de legalidad, es lo que en definitiva motiva la absoluta prohibición de la *analogía in malam partem*. De esta manera, bajo la misma óptica, no habría motivo para mantener esta restricción respecto de la *analogía in bonam partem*, ya que esta práctica contribuiría a la realización de un derecho penal mínimo¹³⁶. A efectos de reforzar esta hipótesis, resulta ilustrativo traer a colación varias referencias doctrinarias que defienden esta postura.

Mir Puig es uno de los autores, que en base a los argumentos esgrimidos, se pronuncia en favor de la admisibilidad de la *analogía in bonam partem*:

Cuando favorezca al reo (*analogía in bonam partem*) no chocará, en cambio, con el sentido de límite garantizador que posee el texto legal: dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de ley, y no que no pueda ser castigado menos o incluso eximido de la pena si no lo preestablecido literalmente la ley. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio¹³⁷. (Mir Puig, Introducción, p.323)

¹³³ Código Orgánico Integral Penal, art. 2: “En materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los desarrollados en este Código.”

¹³⁴ Id. art. 13.1: “La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.”

¹³⁵ Id., art. 3: “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.”

¹³⁶ Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Óp. cit., p. 292.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 323.

Ferrajoli, de igual manera sostiene que:

La analogía está en efecto excluida si es *in malam partem*, mientras que se la admite *in bonam partem*, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del *favor rei*, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad¹³⁸.

Igualmente valiosa es la opinión de los maestros Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée:

No hay vulneración del principio de legalidad, por cuanto no significa arbitrariedad o abuso sobre la persona si se establece por analogía un atenuante o eximente. Ello de ningún modo significa una intervención abusiva del Estado sobre la persona, sino todo lo contrario, pues tienen relación con la protección de la dignidad personal y la libertad personal del sujeto¹³⁹.

Por último, no se puede dejar sin mencionar el criterio de Claus Roxin, quien además ilustra con un ejemplo cómo una causa eximente prevista para un grupo de delitos, puede aplicarse analógicamente para otros delitos para los cuales no está reconocida:

La analogía favorable al reo es también lícita sin la menor restricción en Derecho penal. Así p.ej. se puede aplicar por analogía el § 31 (eximente de desistimiento de los actos preparatorios del delito) a los tipos de la Parte especial que configuran actos preparatorios como delitos autónomos, pero que no contienen ninguna disposición sobre el desistimiento¹⁴⁰.

2.3 Análisis de la legalidad penal y de la analogía *in bonam partem* a la luz de la Constitución de Montecristi y de la valoración de justicia dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia

Todo lo explicado en el acápite anterior cobra especial sentido dentro del modelo constitucional ecuatoriano que es garantista en un alto grado, al menos visto desde la cantidad de garantías y derechos contenidos en la Constitución¹⁴¹. No en vano constan en la Constitución principios que favorecen la vigencia de los derechos humanos y, como expone el jurista ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría, “procuran construir un sistema coherente, integrado y garantista de derechos”¹⁴². Así, son de vital importancia para el

¹³⁸ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Óp. cit., p. 382.

¹³⁹ Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol I. Madrid: Trotta, 1997, p. 95.

¹⁴⁰ Roxin, Claus. Óp. cit., p. 158.

¹⁴¹ Ferrajoli habla de grados de garantismo tanto para el modelo constitucional como para el funcionamiento efectivo. En este aspecto, la Constitución ecuatoriana predica un modelo constitucional avanzado, sin embargo los niveles de garantismo son más bajos en cuanto a sus prácticas efectivas. Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Óp. cit., p. 852.

¹⁴² Ávila Santamaría, Ramiro. *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del Derecho Penal*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 22.

fortalecimiento del garantismo, las directrices reconocidas en el artículo 11 de la Constitución que versan sobre la aplicación directa de los derechos y garantías constitucionales y de la obligatoriedad para todos los funcionarios públicos de aplicar las normas que más favorezcan su vigencia:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos **serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial**, de oficio o a petición de parte.[...] ¹⁴³

4. **Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.**

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, **las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia** ¹⁴⁴. (Los resaltados me pertenecen).

A esto es importante agregar que los constituyentes ecuatorianos tomaron la iniciativa de abandonar la clásica formulación de “Estado de Derecho” y, de manera absolutamente innovadora, proclamaron al Ecuador como un “Estado constitucional de derechos y justicia” ¹⁴⁵. Más allá de las diferentes discusiones que pueda suscitar este cambio de nomenclatura, y que, seguramente más de una persona estará en desacuerdo con la adopción de una denominación del Estado que hasta la Constitución de Montecristi ni siquiera aparecía en la teoría ¹⁴⁶, resulta ilustrativo destacar el propósito detrás de este inédito calificativo. Para una mejor comprensión de los intereses y las implicaciones detrás de esta comprensión del Estado conviene explicar por separado “Estado de derechos” y “Estado de justicia”.

Con el primer término, se entiende que todos los poderes del Estado se someten a los derechos, “que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado” ¹⁴⁷. Esto en realidad no tiene nada de novedoso, ya que es una característica típica de las vertientes constitucionales garantistas impulsadas a partir de la II Guerra Mundial, para las cuales la doctrina ha designado denominaciones como “Estado constitucional de

¹⁴³ Roxin, Claus. Óp. cit., p.158.

¹⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador, art. 11 número 3.

¹⁴⁵ Id., art. 1.

¹⁴⁶ Ávila Santamaría, Ramiro. *La Constitución 2008 en el contexto andino*. Óp. cit. p. 28.

¹⁴⁷ *Ibíd.* p. 29.

Derecho” o “Estado democrático de Derecho”¹⁴⁸. Sin embargo, según Ávila S., con el nombre “Estado de derechos” se buscó poner mayor énfasis en “la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado”¹⁴⁹.

En lo que concierne al Derecho penal, esta comprensión del Estado obliga a los funcionarios judiciales a velar por la vigencia de los derechos reconocidos en el bloque constitucional por encima de la ley penal¹⁵⁰. En este aspecto, no sólo cumple un rol fundamental la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales, sino también, el principio de adecuación normativa, que establece la obligación de adecuar las normas y leyes penales a los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales¹⁵¹.

En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico ha configurado una “constitucionalización del derecho penal”, que en palabras de Luis Roberto Barroso, se resume en que la Constitución “irradia su fuerza normativa imbuida de supremacía formal y material” a las normas penales¹⁵². Es importante tener claro que este *efecto de irradiación* implica que la ley penal debe observar los derechos contenidos en la Constitución no sólo al momento de ser elaborada por los legisladores, sino también al momento de ser aplicada por los jueces¹⁵³.

En consecuencia, el principio de legalidad debe ser interpretado dentro del contexto de un derecho penal constitucionalizado. De ahí la importancia de mantener una taxatividad absoluta para los tipos penales, pues esto constituye una garantía para preservar los derechos fundamentales de las personas frente a la injerencia estatal. A la inversa, según este mismo razonamiento, no habría razones para mantener una taxatividad normativa tan estricta cuando el juez busque beneficiar al procesado y hacer efectivos sus derechos constitucionales mediante la extensión de las normas penales que le puedan ser favorables.

¹⁴⁸ Cfr. Barroso, Luis Roberto. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho*. México: UNAM, 2008, p. 2.

¹⁴⁹ Ávila Santamaría, Ramiro. *La Constitución 2008 en el contexto andino*. Óp. cit., p. 29.

¹⁵⁰ Constitución de la República del Ecuador, arts. 84, 424, 426.

¹⁵¹ Id., art. 84.

¹⁵² Barroso, Luis Roberto. Óp. cit. p. 35.

¹⁵³ Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: EDLE S.A., 2013, p. 205.

El segundo calificativo, “Estado de justicia” se refiere a la aplicación del derecho de una manera justa¹⁵⁴. Si bien autores como Hans Kelsen han concluido que la definición de justicia es una tarea subjetiva y relativa¹⁵⁵, las vertientes constitucionales garantistas contemporáneas -llamadas corrientes neoconstitucionalistas- han elaborado una determinación de lo justo “basada en el reconocimiento de que la dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales de la persona son las bases en las que se funda una ordenación justa de la comunidad política”¹⁵⁶. Siendo así, citando al jurista español Tomás de Domingo, hay que tener presente que, en un sistema constitucional altamente garantista como el ecuatoriano, “[l]os derechos fundamentales se convierten en el criterio básico de justicia: aquellas acciones –tanto de particulares como de poderes públicos- y normas que los lesionen podrán calificarse de injustas”¹⁵⁷.

El respeto de los derechos fundamentales y la búsqueda de resultados justos vinculan a todos los poderes públicos y en especial a los jueces, quienes están llamados a poseer una “cultura de derechos frente al poder”¹⁵⁸. Según explica el jurista ecuatoriano Jorge Zavala Egas, la actitud de los jueces frente al ordenamiento jurídico “no es de mero conocimiento, sino que [...] pasan a desempeñar una función crítica y de valoración de la ley”¹⁵⁹. En efecto, los jueces ordinarios -y no sólo los jueces constitucionales- son responsables del control constitucional¹⁶⁰ y deben utilizar toda herramienta a su alcance –técnicas interpretativas, argumentativas o de integración normativa– para hacer compatibles a las normas jurídicas vigentes con los derechos fundamentales y así procurar que el Derecho arroje resultados justos¹⁶¹. Esta tarea, en ciertos casos, incluye auténticas funciones de creación normativa como sucedería con la analogía *in bonam partem*. Sobre esta función activista que adquieren los jueces, resulta aclaratoria esta explicación de Ramiro Ávila S.:

¹⁵⁴ Cfr. Ávila Santamaría, Ramiro. *La Constitución 2008 en el contexto andino*. Óp. cit. p. 23 –28.

¹⁵⁵ Cfr. Kelsen, Hans. *¿Qué es justicia?* Tercera edición. Barcelona: Ariel, 1982, p. 63.

¹⁵⁶ de Domingo, Tomás. “Neoconstitucionalismo, Justicia y Principio de Proporcionalidad”. *Revista Persona y Derecho*, Núm. 56, 2007, disponible en pdf: http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14725/1/PD_56_11.pdf, [acceso: 19/03/2015], p. 248.

¹⁵⁷ de Domingo, Tomás. Óp. cit., p. 250-251.

¹⁵⁸ Zavala Egas, Jorge. *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Quito: Edilex S.A., 2010, p. 367.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ Cfr. Constitución de la República del Ecuador, arts. 11, 76.1, 172, 417, 426, 427.

¹⁶¹ *Ibíd.*; cfr. Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Óp. cit., p. 211.

Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; si no existe la regla, entonces debe crearla¹⁶².

Con esta breve explicación sobre el garantismo penal y el modelo neoconstitucionalista que envuelve al Derecho ecuatoriano, es posible concluir que nuestro ordenamiento jurídico ve con buenos ojos la admisión de la analogía *in bonam partem*. Es más, la teoría del garantismo invita a pensar que realmente no existe conflicto entre la legalidad penal y la analogía favorable al reo. Asimismo, el juez encontraría en la analogía *in bonam partem* un recurso idóneo para la superación de lagunas axiológicas en el derecho penal y así lograr que el sistema arroje resultados justos. Pareciera incluso, según lo explicado hasta aquí, que los jueces son libres para hacer uso de la analogía *in bonam partem* sin límite alguno, pues siempre que lo hagan, estarían actuando en favor de libertad de las personas procesadas.

No obstante, hay que enfatizar que no es posible quedarse en estas conclusiones. Todavía no se ha hecho mayor referencia a la seguridad jurídica -principio corolario del principio de legalidad- que impediría al juez actuar con una discrecionalidad desmedida. De ahí que, no sería correcto afirmar que la taxatividad normativa no alcanza en absoluto a las circunstancias atenuantes o causas eximentes, pues, en tal caso, ni si quiera sería necesario que éstas estén contenidas explícitamente en el texto del COIP (ya que el juez podría crear para cada caso las eximentes o atenuantes que considere necesarias, invocando directamente los principios y derechos contenidos en la Constitución)¹⁶³. No obstante, considero que este hipotético escenario de absoluta atipicidad de conductas eximentes o atenuantes, situaría a la sociedad en una situación de incertidumbre extrema, fomentaría la arbitrariedad e impunidad en el sistema y podría desalentar a las personas envueltas en una conducta típica, a emprender conductas favorables que atenúen o eximan su responsabilidad penal. En suma, considero se perdería el mínimo grado de certeza necesario para que los ciudadanos emprendan sus planes de vida¹⁶⁴.

Por estos motivos, a partir de las contribuciones de los autores José Juan Moreso y Juan Pablo Montiel, la tesis que se pretende defender sostiene que la taxatividad debe

¹⁶² Ávila Santamaría, Ramiro. *La Constitución 2008 en el contexto andino*. Óp. cit., p. 25.

¹⁶³ Moreso, José Juan. "Principio de legalidad y causas de justificación". *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, 1989, p. 536-538.

¹⁶⁴ Lo mismo podría decirse respecto de las demás causas eximentes, Cfr. *Ibíd.* p. 532.

aparecer de forma atenuada para las normas que reducen el *ius puniendi*¹⁶⁵, a fin de dar espacio a prácticas bondadosas como la analogía *in bonam partem*. Pero, al mismo tiempo, al recurrir a la analogía *in bonam partem*, el juez no debería desapegarse en extremo del material legislativo para no incurrir en decisiones sumamente discrecionales e imprevisibles para la población. En este sentido, de acuerdo a Moreso, “el umbral de precisión exigido para la formulación de los tipos penales ha de ser más alto que el umbral de precisión exigido para la formulación de las causas de justificación”¹⁶⁶.

En el siguiente apartado se buscará proponer algunas ideas de cómo armonizar la aplicación de la analogía *in bonam partem* con la seguridad jurídica para evitar que los jueces incurran en decisiones imprevisibles o incluso arbitrarias.

2.4 La seguridad jurídica o certeza del derecho en el sistema constitucional y penal ecuatoriano frente a la analogía *in bonam partem*

Hasta aquí ha quedado claro que aplicación de la analogía comporta cierto grado de discrecionalidad por parte del juez. Se ha dicho también, que en el caso de la analogía *in bonam partem* esta discrecionalidad judicial se encuentra justificada porque no atenta contra el sentido garantizador del principio de legalidad. Sin embargo, al terminar el acápite que antecede, se planteó la idea de que una discrecionalidad ilimitada por parte del juez, que desvirtúe por completo el principio de taxatividad –es decir, un alejamiento excesivo del texto legal- generaría problemas de incertidumbre, por más que se busque beneficiar al procesado.

La certidumbre en la población sobre las consecuencias jurídicas que acarrear determinados actos está relacionada con la seguridad jurídica. A través de la seguridad jurídica, precisamente, se busca reducir la falta de certeza o previsibilidad en el Derecho. En este sentido, el jurista Sainz Moreno define a la seguridad jurídica como la “cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro”.¹⁶⁷ Por su parte, Pérez Luño entiende que la seguridad jurídica “establece ese clima cívico de confianza en

¹⁶⁵ Sostienen esta opinión: Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. Cit., p. 54; Moreso, José Juan. Óp. cit., p. 545.

¹⁶⁶ Moreso, José Juan. Óp. cit., p. 545.

¹⁶⁷ Sainz Moreno, Fernando. "Seguridad jurídica". *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Espasa, 2001, p. 1302.

el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho”¹⁶⁸.

La doctrina suele clasificar a la seguridad jurídica dentro de dos nociones, una subjetiva y otra objetiva. La primera, se refiere al significado que se acaba de describir, es decir, a la "certeza del Derecho"¹⁶⁹. En palabras de Zavala Egas la faceta subjetiva de la seguridad jurídica implica que los sujetos de Derecho "adquiere[n] la certeza o la certidumbre de las consecuencias de sus actos y las de los demás".¹⁷⁰

Por su parte, la noción objetiva, se refiere a la "exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones"¹⁷¹. Caben pues dentro de la acepción objetiva, las exigencias de leyes claras, públicas, previas, irretroactivas y con cierto grado de inalterabilidad en el tiempo¹⁷².

Se puede ver que las nociones subjetiva y objetiva se complementan. En este aspecto, concuerdo con el jurista Guillermo Oliver Calderón, según quien, "la concepción objetiva de la seguridad jurídica sería un presupuesto de la concepción subjetiva de ésta"¹⁷³. En definitiva, se puede decir que la finalidad última de la seguridad jurídica es garantizar a la población certeza en el Derecho a través del ordenamiento jurídico y de la actuación de los funcionarios del Estado.

La Constitución del Ecuador otorga a la seguridad jurídica la categoría de derecho y lo define en los siguientes términos en el artículo 82:

El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes¹⁷⁴.

De lo expuesto se puede ver que la seguridad jurídica va de la mano con la legalidad, pues solamente se puede garantizar certeza y previsibilidad en las actuaciones del Estado, a

¹⁶⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique. "Seguridad jurídica". *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Espasa, 2001, p. 1302.

¹⁶⁹ Calderón, Guillermo Oliver. "Seguridad jurídica y Derecho penal". *Revista de Estudios de la Justicia*, No.11, 2009, p. 183.

¹⁷⁰ Zavala Egas, Jorge. "Teoría de la seguridad jurídica". *Iuris Dictio Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*. No. 8, octubre de 2004, p.14.

¹⁷¹ Calderón, Guillermo Oliver. Óp. cit., p. 183.

¹⁷² *Ibíd.*, p. 184.

¹⁷³ *Ibíd.*

¹⁷⁴ Constitución de la República del Ecuador, art. 82.

través del respeto de las normas jurídicas. Dicho esto, cabe preguntarse, ¿Cuán rígido e inalterable debe ser un sistema normativo para evitar que las decisiones sean “imprevisibles” y así se garantice el derecho a la seguridad jurídica? y, definitiva ¿Atenta la analogía *in bonam partem* contra el derecho a la seguridad jurídica?

Según ilustra Montiel, para responder a estas preguntas hay que entender cuál es el alcance que tiene la certeza jurídica dentro del constitucionalismo contemporáneo, que es muy diferente al que tenía durante el constitucionalismo clásico de los primeros Estados de Derecho. Por lo tanto, es importante aclarar que la seguridad jurídica tiene una relevancia distinta según el modelo normativo en el que sitúe, ya sea -utilizando los términos de Ferrajoli- dentro de un “Estado legislativo de Derecho”, o dentro de un “Estado constitucional de Derecho”¹⁷⁵. Considero pertinente traer a colación en este trabajo, la distinción que plantea Montiel entre estas dos modelos normativos¹⁷⁶.

2.4.1 La seguridad jurídica en el constitucionalismo clásico o Estado legislativo de Derecho

Las primeras Constituciones de los Estados modernos, impulsadas durante la Ilustración, situaron a la legalidad y a la certeza jurídica en el centro de su organización¹⁷⁷. Solamente a través de un sometimiento estricto del poder a la ley -emanada de un órgano que actúa en representación del pueblo- se podía garantizar previsibilidad en las decisiones provenientes del poder y así, finalmente, proveer la libertad¹⁷⁸.

Montesquieu, uno de los grandes precursores del liberalismo, sostuvo que la libertad de las personas se podía alcanzar a través de la separación del Estado en tres poderes independientes: legislativo, judicial y ejecutivo¹⁷⁹. Entre estos poderes, resaltaba la preeminencia del legislativo y en general, el sometimiento de todas las actuaciones del Estado a la voluntad de la ley. De esta manera, los jueces debían respetar y aplicar de manera rigurosa el texto de la ley, ya que sólo así, se podría proveer seguridad jurídica para los ciudadanos o, en palabras de Montesquieu, “saber con exactitud los compromisos

¹⁷⁵ Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p. 14.

¹⁷⁶ Cfr. Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 27-35.

¹⁷⁷ Cfr. Ibíd. p. 30, 31.

¹⁷⁸ Cfr. Ibíd., p. 28.

¹⁷⁹ Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*. Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, cuarta edición, 1985, p. 107.

contraídos en sociedad”¹⁸⁰. En definitiva, durante la Ilustración se impulsó la idea de un poder legislativo supremo y de un poder judicial mermado, en el que los jueces no eran más que “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”¹⁸¹.

En complemento de lo anterior, es importante remarcar que en los primeros Estados liberales, la valoración de la justicia estaba supeditada por completo a la legalidad, de modo que cualquier decisión judicial que no estuviera conforme a la literalidad de las normas jurídicas, se consideraba arbitraria¹⁸². Sobre este aspecto, Cesare Beccaria, uno de los grandes filósofos iluministas y cuyo *De los delitos y las penas* influenció la revolución liberal, puso énfasis en la limitada labor que les corresponde a los jueces, “quienes ni si quiera deben tener la facultad de discutir o interpretar la ley, por la simple razón de que no son legisladores”¹⁸³ y porque de hacerlo, atentarían contra la seguridad jurídica que exigen los ciudadanos¹⁸⁴. En este sentido, de acuerdo al Marqués:

[c]uando un Código fija leyes, que deben observarse a la letra no deja al juez otra incumbencia que la de examinar las acciones de los ciudadanos y juzgarlas conforme o disconformes a la ley escrita[...]. Así adquieren los ciudadanos la seguridad de sí mismos, que es la justa, porque es el fin para el cual los hombres se hallan en sociedad; que es la útil, porque los pone en el trance de calcular exactamente los inconvenientes de un delito.¹⁸⁵

En este sentido, Ferrajoli explica que en el Estado legislativo de Derecho “una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa”¹⁸⁶. Esto se refleja en la clásica formulación hobbesiana: *auctoritas, non veritas facit legem* (es la autoridad, no la verdad, la que hace la ley), que planteó la necesidad de concebir al principio de legalidad como el mecanismo más eficiente para garantizar la certeza y la libertad frente al uso arbitrario del poder¹⁸⁷.

¹⁸⁰ Montesquieu. Óp. cit., p. 109.

¹⁸¹ Ibíd. p. 111.

¹⁸² Cfr. Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p.28.

¹⁸³ Beccaria, Cesare. Óp. cit., p. 13.

¹⁸⁴ Ibíd., p. 15.

¹⁸⁵ Ibíd.

¹⁸⁶ Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Óp. cit., p. 16.

¹⁸⁷ Cfr. Ibíd. p. 15-16.

En suma, debido a que el principio legalidad y sobre todo de taxatividad jurídica, eran las “únicas fuentes de legitimación” de la jurisdicción en el Estado legislativo de Derecho¹⁸⁸, irremediablemente las prácticas de extensión legislativa a través de la vía judicial, como la analogía -sin importar que sea *in bonam partem* o *in malam partem*-, estaban vedadas, al atentar contra la certeza que demanda el pueblo y contra el principio de separación de poderes¹⁸⁹.

2.4.2 La seguridad jurídica en el constitucionalismo contemporáneo o Estado constitucional (e internacional) de Derecho

Los sucesos de la II Guerra Mundial impulsaron a los Estados a plantearse la necesidad de abandonar el modelo legalista que impuso el Estado legislativo de Derecho, que si bien fue concebido como un triunfo para la libertad de las personas, no es menos cierto que sirvió de vehículo para la creación de regímenes autoritarios y violentos, que se valieron del imperio de la ley para ejecutar atroces actos en contra de la dignidad humana.

El principal cambio que se produjo en los Estados de Derecho tras la II Guerra Mundial, es el protagonismo que adquiere la Constitución en los Estados occidentales de herencia napoleónica. Ésta deja de ser un documento esencialmente político y pasa a ser una norma jurídica con plena eficacia¹⁹⁰ y, adoptando la tradición norteamericana, con supremacía frente al resto de normas que componen el ordenamiento jurídico del Estado¹⁹¹. Esta transformación, tanto del modelo de Estado de Derecho, como también de la teoría del Derecho, es conocida como neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo¹⁹² y consagra al Estado constitucional de Derecho.

De acuerdo a Prieto Sanchís, el Estado constitucional de Derecho reclama una nueva teoría del Derecho, cuyo síntoma más evidente es la crisis de la ley o “crisis de la teoría del Derecho positivista, forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del Derecho”¹⁹³. De esta manera, el constitucionalismo contemporáneo consagra nuevas

¹⁸⁸ Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. Óp. cit., p. 16.

¹⁸⁹ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 31.

¹⁹⁰ Barroso, Luis Roberto. Óp. cit., p. 6.

¹⁹¹ *Ibíd.* p. 8.

¹⁹² Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Op cit., p. 123.

¹⁹³ *Ibíd.* p. 131.

características para la teoría del Derecho, las cuales Pietro Sanchís, de manera muy ilustrativa, sintetiza en cinco epígrafes:

(1) más principios que reglas; (2) más ponderación que subsunción; (3) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; (4) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y por último, (5) coexistencia de una constelación plural de valores [...] en lugar de homogeneidad ideológica [...]”¹⁹⁴ (los números me pertenecen).

Estos rasgos equivalen a lo que Guastini identifica como un proceso de constitucionalización del Derecho, algo a lo que ya se ha hecho referencia y que se resume en el fenómeno de impregnación o irradiación del texto constitucional en todo el ordenamiento jurídico¹⁹⁵.

A efectos de estudiar el alcance de la seguridad jurídica dentro del Estado constitucional de Derecho, es importante detenerse en la crisis de la legalidad, por cuanto ésta también significa, en cierto sentido, una crisis en la certeza jurídica. La crisis de la legalidad se produce por la impregnación de las garantías constitucionales en todas las leyes del ordenamiento jurídico. Esta fuerza que irradia la Constitución, hace que el legislador pierda autonomía, por cuanto toda regulación legal “nunca se verá por completa exenta de la evaluación judicial a la luz de la Constitución”¹⁹⁶. En efecto, son los jueces -y no ya los legisladores- quienes adquieren un papel protagónico en la aplicación del Derecho. Así, en lugar de la supremacía legislativa que reinaba en la teoría clásica del Estado de Derecho, Robert Alexy habla de una “omnipotencia de los Tribunales” como característica distintiva del Estado constitucional¹⁹⁷.

Lo anterior se explica desde la función de garante de la Constitución que adquiere el juez. Susanna Pozzolo lo ilustra de la siguiente manera:

Este último (el intérprete), al que le está confiada la tarea de garantizar la Constitución, [...] se transforma en «legislador concurrente» y, con una actividad extensa y penetrante, se empuja remodelar la ley sobre los contenidos de la «Constitución-norma», o

¹⁹⁴ Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Óp. cit., p. 131.

¹⁹⁵ *Ibíd.* p. 132; Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Óp. cit., p. 50.

¹⁹⁶ Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Óp. cit., p. 133.

¹⁹⁷ Alexy, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft: Rechtstheorie* 18/4, 1987, p. 406, citado en García Figueroa, Alfonso. “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Óp. cit., p. 167.

sea, la específica concepción [...] del significado de las normas constitucionales, que se afirma positivamente en el Derecho Concreto”¹⁹⁸.

En consecuencia, como señala Ferrajoli, “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”¹⁹⁹.

Dentro de este paradigma, también se empieza a cuestionar al Derecho penal clásico, concebido hasta entonces como una mera “técnica jurídica”, lo cual, según el ilustre penalista alemán Hans Welzel, es producto de una errónea concepción positivista “que supone que el derecho en su integridad es producto del legislador”²⁰⁰. De esta manera, Welzel, a mediados del siglo XX, ya advertía que en sistema penal, “el legislador no es en manera alguna omnipotente, y que está ligado a determinados límites dados en la materia del derecho”²⁰¹.

También es importante resaltar que la crisis de la legalidad y de la certeza jurídica, no se deben únicamente a la adopción de Constituciones garantistas y con fuerza suprema, sino también a la consagración de régimen jurídicos internacionales, que tienen sus orígenes en las relaciones internacionales entre las superpotencias después de la Segunda Guerra²⁰². A medida que los Estados contrajeron compromisos y obligaciones de carácter internacional, se configuró un nuevo orden jurídico que trasciende el derecho interno y que ha recibido la denominación de Estado de derecho internacional. La adopción del Estado de derecho internacional implica una internacionalización del *rule of law*, en vista de que el Estado pasa a someterse también a un orden internacional, que no sólo se integra al ordenamiento interno, sino que también busca impregnarlo. En el Estado de Derecho internacional, el objeto de protección son los derechos de los individuos. En tal razón, uno de sus principales objetivos, es orientar a los Estados a establecer reglas compatibles con sus obligaciones internacionales en derechos humanos y fomentar la protección de estos

¹⁹⁸ Pozzolo Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Óp. cit., p. 193.

¹⁹⁹ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, cuarta edición, 2004, p. 26.

²⁰⁰ Welzel, Hans. *Derecho penal, parte general*. Óp. cit., prólogo del autor para la edición española.

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² Cfr. Ruiz Valerio, José. “El Estado de derecho internacional. Una aproximación cartográfica a su definición.” en *Estado de derecho internacional*. Coordinadores: Manuel Becerra Ramírez / Nuria González Martín. [en línea]. México: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2012, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3070> [acceso: 17/03/2015], p. 41-43.

derechos en las actividades de todas las autoridades del Estado. De esta manera, como señala Dondé Matute, el Estado de derecho internacional cumple la importante función de determinar cómo y bajo qué circunstancias una autoridad puede limitar los derechos de los individuos; “sobre todo cuando se emplea el poder punitivo, base de cualquier derecho penal”²⁰³. Respecto a la labor judicial, en modelos constitucionales como el ecuatoriano, donde los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos son receptados en el orden interno como parte del bloque constitucional, los jueces están llamados a efectuar un “control de convencionalidad” que significa “que cualquier norma [...] debe ser analizada no solo en función de la norma constitucional nacional, sino también en función de las obligaciones internacionales asumidas por [el Estado] en materia de derechos humanos”²⁰⁴.

Con esta explicación, en vista de que el Derecho deja de reducirse a lo expresamente establecido por el legislador y dado el protagonismo que adquieren los jueces para solucionar los casos puestos a su consideración, es lógico que se pierda cierto grado de previsibilidad en las decisiones judiciales. De ahí que, en ciertas circunstancias, para conseguir que una decisión judicial se ajuste a la Constitución y a las convenciones internacionales de Derechos Humanos, el juez tenga que alejarse de la literalidad de las leyes. Esto es precisamente lo que sucedería con la analogía *in bonam partem*, a través de la cual se justifica un alejamiento del texto legal para lograr la satisfacción de derechos fundamentales.

De lo explicado, queda claro que la seguridad jurídica ya no ocupa el lugar central que tenía en el Estado legislativo de Derecho. Sin embargo, bajo ningún punto de vista debe entenderse que este principio ya no tiene importancia en el constitucionalismo contemporáneo, ni mucho menos, que el juez es libre de hacer y deshacer los preceptos legislativos a su antojo. Al contrario, como ya se remarcó, la Constitución ecuatoriana reconoce a la seguridad jurídica como un derecho y como tal, también debe ser exigido y respetado.

Lo que sí resulta totalmente válido a la luz de la teoría neoconstitucionalista y del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es sacrificar ciertos márgenes de certeza jurídica para satisfacer plenamente otros derechos, que para un caso en concreto, resulten imperantes.

²⁰³ Dondé Matute, Javier. “Derecho penal internacional y Estado de derecho internacional.” en *Estado de derecho internacional*. Óp. cit., p. 338.

²⁰⁴ Salmón, Elizabeth y Cristina Blanco. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP, 2012, p. 49.

Esto entra dentro de la lógica de la ponderación de principios, que consiste “en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto”²⁰⁵. Así, cada vez que el juez modifica o no aplica lo que la ley prevé para un caso determinado, evidentemente está limitando el derecho a la seguridad jurídica; no obstante, esta limitación puede estar justificada si se establece una ponderación de principios, es decir, si es que el juez valorativamente considera y motiva que existe un principio que debe ser atendido con prioridad, aun cuando esto signifique sacrificar grados de previsibilidad en el Derecho.

Dicho esto, es importante remarcar que en ningún momento se ha hablado de «suprimir» la seguridad jurídica para hacer valer otros derechos. Muy de otro modo, se ha dicho que las prácticas de creación judicial y en concreto, la analogía *in bonam partem*, implican un cierto menoscabo a la certeza jurídica o, en otras palabras, un límite debidamente justificado del derecho a la seguridad jurídica, pero no un desvanecimiento del mismo.

Tal es así, que la analogía no es un proceso de argumentación arbitrario, sino que precisa de varios requisitos previos y pasos a seguir, tal como se explicó en el primer capítulo. Además, si bien se desvanece la previsibilidad que deriva de la estricta sujeción al material legislativo, con el procedimiento analógico subsiste la previsibilidad que emana de la materialidad de la Constitución, de los tratados internacionales de Derechos Humanos y de las condiciones previas que deben reunirse para que proceda la analogía. Asimismo, como la analogía se fundamenta en el principio de igualdad jurídica y parte de la similitud entre un supuesto de hecho con una norma (analogía *legis*) o grupo de normas (analogía *iuris* o *iuris* imperfecta), no siempre existe un alejamiento excesivo de los preceptos legislativos o una absoluta imprevisibilidad en las decisiones judiciales. De todas maneras, como se verá más adelante, mientras más abstracto sea el procedimiento analógico empleado por el juez, mayor distancia toma con lo prescrito por el legislador y su decisión se torna más difícil de prever. Por este motivo, resulta necesario establecer ciertos límites de los que se hablará más adelante.

²⁰⁵ Moreso, José Juan. “Conflictos entre principios constitucionales” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Óp. cit., p. 103.

2.4.3 La seguridad jurídica en el Derecho penal frente a la analogía *in bonam partem*

En el derecho penal, la seguridad jurídica requiere de una especial observancia en virtud del principio de legalidad. Enrique Bacigalupo explica la relación entre la seguridad jurídica y la legalidad penal en estas palabras:

En el ámbito del derecho penal, la idea de seguridad jurídica se vincula especialmente con la *fijación* del contenido de éste en leyes escritas, estrictas y previas al hecho que se juzga. Estas exigencias son consecuencia del principio de legalidad. La significación del principio de legalidad y su sentido político-social no necesita, por tanto, de una fundamentación especial. Gracias a su vigencia se piensa que un ciudadano puede sentirse "seguro" frente a un tribunal de justicia porque éste sólo condenaría si el hecho por él cometido "está" prohibido por una ley anterior a su ejecución bajo amenaza de penal²⁰⁶.

Tomando en cuenta lo anterior, el juez penal debe elegir con mucha cautela los casos en los que un menoscabo a la previsibilidad que ofrece la ley resulte necesario y justificado. Como ya se mencionó, en virtud del mandato de taxatividad, un alejamiento del material legislativo solamente sería viable para mejorar la situación del procesado y nunca para empeorarla.

Pero aún en estos casos de actuación *in bonam partem* o *in favor rei*, el juez debe proceder con mesura y no puede pasar absolutamente por alto el derecho a la seguridad jurídica, pues este principio no solamente asiste a las personas procesadas, sino también a las víctimas de un delito y a la sociedad²⁰⁷.

En base a lo anterior, Montiel fundamenta que la analogía *in bonam partem* debería estar sujeta a ciertos límites para satisfacer plenamente todos los fines del derecho penal²⁰⁸. El mencionado autor deja en claro que la analogía *in bonam partem* es un valioso mecanismo para hacer valer los derechos contenidos en la Constitución, corregir los excesos en los que haya incurrido el legislador y reducir el *ius puniendi*. Sin embargo, un uso desmedido y sin límites de la misma, lesionaría los intereses que tiene el derecho penal frente a la víctima y la sociedad²⁰⁹. Es en este punto donde la seguridad jurídica -y con ello también la legalidad- entra en colisión con la posibilidad de admitir de manera ilimitada a la analogía *in bonam partem*.

²⁰⁶ Bacigalupo, Enrique. Óp. cit., p. 75.

²⁰⁷ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 31.

²⁰⁸ Cfr. Ibíd. p. 59-62.

²⁰⁹ Cfr. Ibíd. p. 51.

No se puede pasar por alto, aún dentro de un modelo garantista, que el derecho penal tiene fines preventivos y utilitaristas que tutelan a la sociedad frente a infractores que atenten contra bienes jurídicos. De esta manera, la propia Constitución, a través del sistema de rehabilitación social, consagra lo que doctrinariamente se conoce como una «función preventiva especial positiva de la pena»²¹⁰, según la cual, la pena cumple con una finalidad de “tratamiento del condenado para su reeducación y readaptación a la normalidad de la vida social”²¹¹. Según von Liszt, el objetivo último de la prevención especial, es la protección de bienes jurídicos y consecuentemente, prevenir delitos²¹².

Por lo tanto, en el Derecho penal, la seguridad jurídica no sólo se enfoca en ofrecer garantías para los ciudadanos frente al juzgamiento de hechos ilícitos, sino también en proveer certeza a la sociedad de que existen bienes jurídicos que están siendo efectivamente tutelados y que el Estado combate la impunidad. En efecto, para Zaffaroni, la coerción penal se explica únicamente desde la misión que tiene el Derecho penal en proveer seguridad jurídica para la sociedad, es decir, desde su función de asegurar coexistencia o paz social²¹³. Esta finalidad, de acuerdo al jurista argentino, se alcanza mediante “la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afecten en forma intolerable, lo que, ineludiblemente, implica una aspiración ético-social”²¹⁴. Rafael Alcacer Guirao, resume lo mencionado en estas palabras: “el fin preventivo del Derecho penal –además del fin garantístico de protección del ciudadano frente a la violencia estatal- radica primordialmente en la protección de bienes jurídicos”²¹⁵. En suma, como bien advierte Montiel, se debe entender “que la configuración del Derecho penal tiene lugar en un contexto de armonización entre los

²¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, art. 201.

²¹¹ Baratta, Alessandro. “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal”. *Prevención y Teoría de la Pena*. Dir: Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSut Ltda., 1995, p.83.

²¹² Cfr. von Liszt, Franz. *Aufsätze*, p.142, citado en Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Óp. cit., p. 85.

²¹³ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Óp. cit., p. 44-51.

²¹⁴ *Ibíd.* p. 50.

²¹⁵ Alcacer Guirao, Rafael. “Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LI, 1998, p. 576.

intereses de la víctima y la sociedad, por un lado, y los del potencial delincuente, por el otro”²¹⁶.

En relación a lo anterior, debe entenderse que el Derecho penal tiene una doble fundamentación: por un lado, una fundamentación de prevención que legitima el *ius puniendi* y, por otro lado, se fundamenta en la protección de los derechos del procesado, lo cual opera como un límite al *ius puniendi*²¹⁷. La aplicación de la analogía *in bonam partem*, evidentemente fortalece la segunda aspiración y con ello satisface las pretensiones de un Derecho penal mínimo. Sin embargo, para no dejar de lado la primera fundamentación, un Estado democrático también debe exigir que la analogía *in bonam partem* no se utilice como un mecanismo para enervar por completo los intereses de la sociedad frente al Derecho penal. En otras palabras, que la analogía *in bonam partem* no se emplee para crear escenarios de impunidad o para truncar la expectativa social de que el Estado está protegiendo los bienes jurídicos de las personas. En definitiva, para que la analogía *in bonam partem* también respete los fines preventivos del Derecho penal, es importante aplicar ciertas restricciones en su uso.

Para este propósito, resulta especialmente valiosa la obra de Moreso²¹⁸ y, sobre todo, la de Montiel²¹⁹. Dichos autores sostienen que, aún tratándose de causas eximentes o atenuantes, no se pueden pasar por alto los principios de legalidad y taxatividad, precisamente para no lesionar el ideal de certeza que demanda la sociedad y para no alimentar en exceso la discrecionalidad de los jueces²²⁰. De todas formas, para estos autores, en este tipo de circunstancias favorables al procesado, la taxatividad debe ser mucho más baja, “a favor de poder excluir de los comportamientos punibles, aquellos que caen más allá de las razones justificantes”²²¹.

Para impedir una discrecionalidad desmedida de los jueces, Montiel propone una solución que a mi criterio resulta bastante convincente, pues rescata la armonía entre los fines preventivos y garantistas Derecho penal, dando prevalencia al uso de un derecho

²¹⁶ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 50.

²¹⁷ Cfr. *Ibíd.*, p.43.

²¹⁸ Moreso, José Juan. “Principio de legalidad y causas de justificación”. Óp. cit.

²¹⁹ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit.

²²⁰ Moreso, José Juan. “Principio de legalidad y causas de justificación”. Óp. cit., p. 28-29.

²²¹ *Ibíd.*

penal mínimo. De esta manera, como se explicará en el siguiente acápite, para el referido autor, la analogía *in bonam partem* debe admitirse en las modalidades analogía *legis* y analogía *iuris imperfecta*, y no cabría aplicar, en ningún supuesto, la analogía *iuris* en su sentido más amplio.

2.5 Límites en la aplicación de la analogía *in bonam partem*: recepción de las distintas modalidades de analogía

Como se expuso en el primer capítulo, la analogía se subdivide en analogía *legis*, analogía *iuris* y analogía *iuris imperfecta*. De acuerdo a lo antes visto, cada una se sitúa en un nivel distinto de argumentación y abstracción. Si bien todas implican un alejamiento del material legislativo, mientras más abstracto resulte el razonamiento analógico, mayor distancia toma la decisión adoptada por el juez de lo prescrito por el legislador. Si el juez se aparta exageradamente del contenido de las leyes, de modo que su decisión resulte imprevisible e inclusive arbitraria, se puede decir que ha rebasado los límites de discrecionalidad judicial que tolera el Derecho en una sociedad democrática. A continuación, se explicará por qué a través de la analogía *iuris in bonam partem* se corre el riesgo de incurrir en este tipo de decisiones inciertas. De modo distinto, se verá que a través de un empleo correcto de la analogía *legis in bonam partem*, e incluso de la analogía *iuris imperfecta in bonam partem*, las decisiones judiciales permanecen suficientemente previsible para la sociedad, no quebrantan la certeza jurídica, ni promueven una direccionalidad desmedida de los juzgadores.

2.5.1 Inadmisibilidad de la analogía *iuris in bonam partem*

En el primer capítulo se estableció la diferencia entre analogía *legis* y *iuris*. A su vez, dentro de la analogía *iuris*, se realizó una distinción entre una concepción más general y una más restringida; concretamente, entre la analogía *iuris* propiamente dicha y la analogía *iuris imperfecta*. En este apartado es necesario dar un trato diferenciado a la analogía *iuris* y a la analogía *iuris imperfecta*, pues la primera, por su nivel de abstracción, plantea una serie de inconvenientes para el Derecho penal que no aparecen en la segunda.

A manera de recapitulación, la analogía *iuris*, en su acepción más amplia, es aquel proceso inductivo a través del cual se extrae un principio general del Derecho de un

conjunto de normas legales, para dar solución a un caso no regulado o regulado de manera deficiente (caso de laguna jurídica)²²².

Sin duda, la analogía *iuris* se sitúa en el nivel de abstracción más alto. A diferencia de la analogía *legis*, en donde el juez crea una nueva norma en base a la similitud e identidad de razón que guarda el caso de laguna con una sola norma legal existente, en la analogía *iuris* el juez toma como molde un principio general del Derecho para crear la nueva norma aplicable al caso. Lo que finalmente le interesa al juez, es que el caso de laguna se trate de una especificación del principio general de Derecho extraído²²³.

El problema de la analogía *iuris* radica precisamente en su grado de generalidad y abstracción, que se traducen en un amplio margen de discrecionalidad para el juez²²⁴. Por esta razón, no parece extraño que el Código Civil reconozca que la posibilidad de acudir a los principios del Derecho universal sea el última opción que tiene el juez para integrar lagunas de ley, sólo cuando no le sea posible aplicar la analogía *legis*²²⁵.

En materia penal, la problemática de la analogía *iuris* es todavía más palpable que en el Derecho privado, puesto que, aún en el caso que se la admita solamente para beneficiar al procesado, los altos márgenes de discrecionalidad que adquiere el juez para resolver casos individuales, amenazan a la certeza jurídica y a la satisfacción de los fines preventivos del Derecho penal²²⁶. Lo anterior se puede explicar por las siguientes razones:

1) En primer lugar, si un juez tomara como molde un principio general del Derecho para crear una causa eximente o atenuante, se alejaría de manera extrema de las causas eximentes y atenuantes que el legislador prescribió²²⁷. En vista de que la analogía *iuris* no exige al intérprete extraer la *ratio legis* de una norma en concreto, ni asimilar la regla que se pretende crear a un precepto legal vigente, su admisibilidad implicaría un alejamiento extremo de la legalidad.

Ciertamente, el objetivo de esta tesis es abogar por una taxatividad reducida para las causas eximentes y atenuantes, a fin de que los jueces puedan incluir una mayor cantidad

²²² Larenz, Karl. Óp. cit., p. 376.

²²³ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 174.

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ Código Civil, art. 18 núm. 7.

²²⁶ Cfr. Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 177.

²²⁷ *Ibíd.*

de casos de los que previó el legislador dentro de estas categorías y así limitar el *ius puniendi*. Sin embargo, como también se ha mencionado, no es motivo de esta investigación defender la postura de una exclusión absoluta de taxatividad para este tipo de circunstancias, precisamente por los riesgos que esto implicaría para la eficacia de la seguridad jurídica. En este aspecto, el uso de la analogía *iuris in bonam partem* no parece ser conveniente en el derecho penal, porque a través de ella se toma demasiada distancia de las leyes vigentes, lo cual hace extremadamente difícil prever la decisión que tendrá el juez frente al cometimiento de una conducta penalmente relevante.

2) En segundo lugar, y en relación a lo anterior, es preciso recordar que uno de los pasos previos para aplicar la analogía *in bonam partem* consiste en identificar una laguna axiológica en el sistema normativo. Esta tarea, de por sí, ya precisa de criterios valorativos del juez y, por lo tanto, de un grado de discrecionalidad. En este aspecto, tampoco sería favorable para la eficacia de la seguridad jurídica, conceder al juez demasiadas facultades discrecionales para modificar los preceptos legislativos que considere inadecuados. En vista de que en la analogía *iuris*, al juez solamente le interesa que el caso que considera afectado por una laguna axiológica sea una especificación de un principio general del Derecho²²⁸, le resultará extremadamente fácil identificar este tipo de lagunas y crear nuevas reglas que arrojen resultados distintos a los que consideró el legislador. En este supuesto, no sólo se afectaría de sobremanera la certeza en el Derecho, sino que además, la analogía *in bonam partem* probablemente dejaría de ser una herramienta que se utilice en casos excepcionales y estrictamente necesarios.

3) Un tercer argumento en contra de la analogía *iuris in bonam partem* tiene que ver con la enorme discrecionalidad que adquiere el juez para definir las propiedades y la consecuencia jurídica de la nueva regla que pretende crear y aplicar al caso individual²²⁹. En vista de que el molde para esta nueva regla es un principio general del Derecho, que por su grado de generalidad es aplicable a un sinnúmero de casos individuales, el juez tiene una enorme libertad para definir las propiedades y la consecuencia jurídica de la regla que pretende crear. Montiel Fernández sostiene que esto hace inadmisibles a la analogía *iuris in bonam partem* y fundamenta su criterio de esta manera:

²²⁸ Cfr. Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 177.

²²⁹ Cfr. Ibíd. p. 174.

La eximente creada por el juez a partir del recurso a la analogía *iuris* deberá fundirse en la matriz de unos principios que, por fundamentar todo el Derecho (o una rama del mismo), dejan al juez un amplísimo margen de maniobra argumentativa. Además de que estos principios pueden ser aplicados prácticamente para explicar cualquier caso, también el juez deberá crear la consecuencia jurídica que se deriva de su utilización. [...]

Puede apreciarse entonces que al tomar el juez como molde de la norma por crear a los principios generales del Derecho o del Derecho penal, sus facultades se ven ampliadas al no deber sujetarse a una determinada consecuencia jurídica sino que puede también asignar la que le parezca más adecuada²³⁰.

4) A pesar de lo mencionado, tampoco sería correcto afirmar que la analogía *iuris* se aleja por completo de lo prescrito por el legislador, puesto que el principio general del Derecho se extrae de un conjunto de normas legales vigentes. Sin embargo, como el conjunto normativo está formado por reglas de todo el ordenamiento jurídico –y en el mejor de los casos, de toda una rama del Derecho– aquí la argumentación se lleva a cabo en un plano tan abstracto, que resultará extremadamente difícil dilucidar algún rastro de la voluntad legislativa en la norma que se cree por esta vía. Además de esto, tampoco existe mayor certeza respecto de cuál será el conjunto de normas legales que seleccionará el juez para extraer el principio general del Derecho. Este problema ha sido identificado por Sánchez Ferro, quien sostiene que la selección del conjunto normativo que se toma como base para la analogía *iuris* puede variar según el criterio de cada juez, lo cual conllevaría que para un mismo caso puedan aplicarse principios diferentes. Esto, sin lugar a dudas, genera altos márgenes de incertidumbre e imprevisibilidad. Para una mejor ilustración, me permito citar a la autora mencionada:

en la analogía *iuris* (o, sin más, la analogía que recurre a una pluralidad de normas como base de razonamiento y no a una sola) la selección del conjunto normativo que va a tomarse como referencia no es una selección que podríamos denominar estándar, sino que cada aplicador puede considerar que el conjunto relevante es éste o aquél o que incluye más o menos normas ; y de ello va a derivar inevitablemente la entrada en juego de principios diferentes aplicables al caso²³¹.

Para ilustrar los argumentos señalados, se puede poner como ejemplo a un juez que considere que se debe eximir la pena en un delito de peligro, porque no ha existido una lesión a un bien jurídico y, por lo tanto, de aplicar una pena, se estaría alejando del principio de lesividad (hay que reconocer que en los delitos de resultado, el principio de lesividad aparece de manera más evidente que en los delitos de peligro, lo cual no quiere decir que no exista lesividad en el peligro concreto de un bien jurídico).

²³⁰ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 175.

²³¹ Sánchez Ferro, Susana. Óp. cit., p. 653.

Si se admitiera la analogía *iuris in bonam partem* el juez podría argumentar que el legislador debía haber tomado como propiedad relevante para establecer tipos penales únicamente a aquellas conductas que lesionen bienes jurídicos y, al sancionar su puesta en peligro, habría configurado una laguna axiológica. Para subsanar esta laguna, el juez podría acudir al principio de lesividad -que fundamenta de manera general al Derecho penal- y a partir de éste, crear una causa eximente para liberar de responsabilidad a la persona que incurrió en un delito de peligro concreto.

En este ejemplo se evidencia un razonamiento extremadamente discrecional y alejado del material legislativo. En primer lugar, es una potestad legítima del legislador tutelar el peligro concreto de bienes jurídicos a través de tipos penales y, aunque el principio de lesividad sea más tenue en estos casos, no dejaría de ser una valoración demasiado subjetiva y discrecional catalogarlos como lagunas axiológicas. En segundo lugar, el principio de lesividad, por ser un principio general del Derecho, es demasiado laxo para ser utilizado como fundamento para la creación de una eximente suprallegal. En efecto, este principio no es exclusivo de ninguna de las eximentes que se reconocen en nuestro ordenamiento -ya sean causas de justificación o causas de exclusión de la culpabilidad-. Por lo tanto, con un activismo judicial de esta magnitud, la voluntad legislativa quedaría prácticamente irreconocible.

En este orden de ideas, de acuerdo con los argumentos que se acaban de mencionar, se llega a la conclusión de que la analogía *iuris in bonam partem* no debe ser admitida, porque alimenta de manera extrema el activismo y la discrecionalidad de los jueces, con lo cual podría verse comprometida la seguridad jurídica que asiste a las víctimas de delitos y a la sociedad en general, en virtud de los fines preventivos del Derecho penal.

2.5.2 Admisibilidad de la analogía *iuris imperfecta in bonam partem*

En la analogía *iuris imperfecta*, también llamada analogía *institutionis*, tampoco se llega a la concreción con la que opera la analogía *legis*. Sin embargo existe una diferencia importante respecto a la analogía *iuris* general, puesto que aquí ya no se trabaja con principios que fundamentan todo el ordenamiento jurídico, sino con aquellos que fundamentan una determinada institución jurídica. Lo que se busca en la analogía *iuris*

imperfecta, es que el caso afectado por una laguna sea una concreción de un principio institucional, que para el caso en cuestión, no ha sido tomado en cuenta por el legislador²³².

En el ámbito penal, la analogía *iuris* imperfecta *in bonam partem* no presenta los mismos problemas que hacen inviable a la analogía *iuris in bonam partem*. La principal razón tiene que ver con el nivel de abstracción que se requiere para extraer principios institucionales, que es muy inferior al que se emplea para la extracción de principios generales del Derecho. La consecuencia de esto es que en la analogía *institutionis*, el juez se aleja en un grado mucho menor de las normas legales vigentes y sus facultades discrecionales se ven mayormente limitadas.

Hay que tener en cuenta que el grupo de normas que el juez toma como base para extraer un principio institucional es reducido y claramente limitado por la institución jurídica que se tome como referencia. Así, para que el juez pueda crear una causa de justificación mediante analogía *iuris* imperfecta, deberá tomar como referencia todas las normas que conforman la institución jurídica de la justificación y extraer un principio que sea exclusivamente común a estas normas. En palabras de Montiel, “si lo que se está creando por vía suprallegal es una causa de justificación o bien una nueva atenuante de responsabilidad, servirán de molde a esta nueva norma los principios que fundamentan la justificación y la atenuación de responsabilidad penal, respectivamente”²³³. Por lo tanto, se puede inferir que estos principios recogen varios elementos que tienen en común todas las normas que conforman una determinada institución jurídica penal.

Por ejemplo, el «principio de interés preponderante»²³⁴ fundamenta exclusivamente la institución jurídica de las causas de justificación, es decir, al grupo de normas que conforman la legítima defensa, el estado de necesidad, el mandato de autoridad, el cumplimiento de un deber legal o ejercicio legítimo de un derecho y de las demás causas específicas contenidas en el COIP. En tal razón, para justificar el procedimiento analógico, el juez deberá fundamentar que el caso afectado por una laguna axiológica es una concreción del principio de interés preponderante, y que por tal motivo, amerita la misma consecuencia jurídica prevista para las demás causas de justificación. En efecto, Jiménez

²³² Cfr. Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 169 -170.

²³³ *Ibíd.*, p. 175.

²³⁴ El principio de interés preponderante sostiene que “frente a un interés hay otro de mayor valor que justifica la conducta”. Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol II. Madrid: Trotta, 1997, p. 117.

de Asúa reconoce que el principio del interés preponderante –al cual denomina principio de valuación de los bienes jurídicos- permite configurar una justificación suprallegal:

El principio de la valuación de los bienes jurídicos permite que cuando colisionan dos de ellos, y uno es superior al otro, aunque no esté expresamente formulado e la ley se pueda justificar semejante conducta²³⁵.

De lo explicado, resalta inmediatamente que los principios institucionales son mucho más cercanos a las reglas²³⁶. En efecto, como advierte Montiel, estos principios “presentan una estructura que tiende a asemejarse a las reglas”, porque correlacionan un caso genérico con un solución jurídica²³⁷. Si bien es cierto que los principios institucionales no llegan a la concreción de las reglas, pues no individualizan todas las propiedades de un caso genérico ni enuncian sus condiciones de aplicación de un modo cerrado, si lo hacen de una manera abierta e inclusive asignan una consecuencia jurídica²³⁸. Así, cuando se esté frente a principios que fundamentan las causas de justificación, se sabe que la consecuencia jurídica será excluir la pena porque la conducta no se considera antijurídica.

En el mismo sentido, dando entender que existe similitud entre estos principios y las reglas creadas a nivel legislativo, la jurista Elvira López Díaz considera que la analogía que acude a reglas de una institución cumple una función de analogía *legis*:

Se verifica una función de analogía de ley (*legis*) cuando es suficiente acudir a reglas de una institución para señalar las normas aplicables a la no prevista, por el contrario se realiza una labor de analogía de derecho (*iuris*) cuando para ello sea necesario utilizar las reglas de varias instituciones²³⁹. (Lo escrito entre paréntesis me pertenece).

Sobre este tema, también resulta importante traer a colación la posición de Roxin, quien es partidario de que la legalidad no puede exigirse de manera estricta para las normas permisivas del derecho penal, sin embargo, en alusión a las causas de justificación, el mencionado jurista da a entender que los principios institucionales que las fundamentan, sí deben permanecer vigentes en las causas de justificación “extrapenales” que se incorporen al Derecho penal como producto de la actividad judicial. Me permito citar al propio Roxin:

en las causas de justificación la interpretación correspondiente al principio *nullum crimen* no está vinculada al límite del tenor literal, sino sólo a los principios ordenadores

²³⁵ Jiménez de Asúa, Luis. *Principios del derecho penal, la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 320.

²³⁶ Montiel Fernández, Juan Pablo. *Óp. cit.*, p. 138.

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ López Díaz, Elvira. *Iniciación al Derecho*. Madrid: Delta Publicaciones, 2006, p.68.

inmanentes a las respectivas causas de justificación, de tal manera que también se pueden incorporar al Derecho penal causas de justificación extrapenales con resultados interpretativos específicos de sus respectivos campos jurídicos y las evoluciones sociales pueden influir en el Derecho penal tipificado y comparativamente «rígido»²⁴⁰.

Como se puede ver, la discrecionalidad del juez en esta modalidad de analogía es limitada, pues necesariamente, la regla creada por analogía *iuris imperfecta* deberá tener características comunes al resto de reglas que conforman la institución jurídica que se tome como referencia. Asimismo, a diferencia de la analogía *iuris*, aquí el juez no puede asignar la consecuencia jurídica que le parezca adecuada, sino solamente aquella que es común al resto de normas que conforman la institución jurídica. Por último, como la selección de normas para extraer el principio institucional es estándar y reducida -además de que existe una misma consecuencia jurídica para todos los casos genéricos comprendidos dentro de la institución- no se puede considerar que la decisión que tome el juez sea imprevisible. En este sentido, considero que la analogía *iuris imperfecta in bonam partem* no contraviene el derecho a la seguridad jurídica.

Por las razones expuestas, se puede concluir que esta modalidad de analogía cumple con la función de mantener un equilibrio entre las finalidades preventivas y la finalidad de reducir el *ius puniendi* que tiene el Derecho penal²⁴¹. Por lo tanto, no hay razones para no admitirla como un método de integración de lagunas axiológicas en el Derecho penal ecuatoriano. En el último capítulo se ilustrará con detalle dos ejemplos concretos de analogía *iuris imperfecta in bonam partem* para la creación de una causa eximente y de una circunstancia atenuante respectivamente.

2.5.3 Admisibilidad de la analogía *legis in bonam partem*

En el nivel más bajo de abstracción se encuentra la analogía *legis*. En esta modalidad no se trabaja con principios que fundamenten las normas de todo el ordenamiento, tampoco con principios que sean comunes a las normas que forman una institución, sino con la *ratio legis* de una regla determinada por la función legislativa. Según lo explicado, utilizando la definición de Dorantes Díaz, “la analogía *legis* se basa en una disposición concreta de la ley, para que, con base en su *ratio legis*, pueda ser aplicada a casos idénticos en su esencia”²⁴².

²⁴⁰ Roxin, Claus. Óp. cit., p. 286-287.

²⁴¹ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 177.

²⁴² Dorantes Díaz, Javier. Óp. cit., p.726.

En vista de que en la analogía *legis*, la relación de semejanza entre el caso lagunoso y el caso genérico descrito por la contenido de la norma es fácilmente reconocible, se la ha caracterizado como el procedimiento de analogía por excelencia²⁴³.

Si se llegó a la conclusión de que se debe admitir la analogía *iuris* imperfecta *in bonam partem*, bajo la premisa de que los principios institucionales tienden a asimilarse a las reglas, con mayor razón debería admitirse la analogía *legis in bonam partem*. A través de esta vía, la regla creada judicialmente para integrar una laguna axiológica en el sistema penal, deberá reflejar la mayoría de propiedades, la *ratio legis* y la solución jurídica de una disposición legislativa vigente. Por lo tanto, aquí no existe un alejamiento excesivo del material legislativo, sino apenas una ampliación del alcance de un precepto legal vigente, con el fin de evitar una decisión injusta.

En relación a la problemática de la seguridad jurídica, la gran ventaja de esta modalidad, es que la *ratio legis* permite identificar con mayor claridad la presencia de la voluntad legislativa en la regla creada judicialmente. Además, como ya se dijo, la mayoría de propiedades y la solución jurídica de la nueva regla, vienen predeterminadas por una disposición legislativa vigente.

De todas maneras, la analogía *legis in bonam partem* también requiere de cierto grado de activismo y discrecionalidad judicial, pues como resultado, el juez estaría aplicando para un caso, una eximente o atenuante que en estricto sentido no ha sido formulada por el legislador. No obstante, este alejamiento de la ley no merece reproche alguno, pues permite reducir el *ius puniendi*, hacer efectiva la doctrina del derecho penal mínimo y corregir excesos del legislador, sin que a cambio se pierda de manera significativa la previsibilidad o certeza que brinda el derecho positivo para la sociedad.

Un ejemplo concreto de analogía *legis in bonam partem* podría construirse a partir del artículo 31 del COIP que establece la atenuante de la causa de justificación incompleta o excesiva:

Art. 31.-Exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad.- La persona que se exceda de los límites de las causas de exclusión será sancionada con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal.

En vista de que el legislador hace alusión a las “causas de exclusión de la antijuridicidad”, esta atenuante, en estricto sentido, sólo es aplicable para el exceso en las

²⁴³ Dorantes Díaz, Javier. Óp. cit., p.726.

causas de justificación y no para otras eximentes. Sin embargo, por medio de la analogía *legis in bonam partem*, el juez podría aplicar esta misma consecuencia jurídica (la atenuación) al exceso en las causas de exclusión de la culpabilidad²⁴⁴. De esta manera, al amparo de la misma *ratio legis* que fundamenta la atenuación en una causa de justificación incompleta, se debería también atenuar el exceso en las causas de exclusión de la culpabilidad²⁴⁵. La *ratio legis*, en ambos casos, consistiría en que el juicio de reproche al sujeto activo es menor, y por lo tanto, amerita una atenuación en la pena. Con este razonamiento, el juez podría aplicar la misma solución jurídica para las causas de inculpabilidad incompletas creando una atenuante supralegal.

²⁴⁴ Por ejemplo, el estado de inconciencia parcial sobrepasa los límites de la causa de inculpabilidad del estado de plena inconciencia establecido en el artículo 24 del COIP; por la tanto, se trataría de una causa de inculpabilidad excesiva o incompleta. Cfr. Código Orgánico Integral Penal, art. 24.

²⁴⁵ El COIP, a través de atenuantes específicas, contempla la atenuación para algunos supuestos en dónde se exceden los límites de la inculpabilidad, como en el caso de la embriaguez incompleta y el trastorno mental que permite comprender la ilicitud de la conducta. Sin embargo, no prevé este efecto para todas las causas de inculpabilidad incompletas. Cfr. Código Orgánico Integral Penal, arts. 36, 37.

3 Análisis de algunas circunstancias en las que cabe la aplicación analogía *in bonam partem*: exposición ilustrativa

Ha llegado el momento de concretar la presente investigación en el estudio de circunstancias puntuales en las que cabría acudir a la analogía *in bonam partem* para superar lagunas axiológicas en el Derecho penal.

De manera alguna pretendo que este estudio empírico sea exhaustivo, pues el propósito central de esta investigación consiste en estudiar los fundamentos para admitir la analogía *in bonam partem* en el Derecho ecuatoriano, y no tanto en repasar casos prácticos en los que cabría su aplicación, o en identificar las lagunas axiológicas que presenta el COIP. Sin embargo, para fines ilustrativos, es oportuno enunciar ejemplos concretos de integración analógica favorable al procesado en el contexto ecuatoriano.

Con este propósito, se repasará brevemente la teoría sobre las normas que contienen circunstancias eximentes y atenuantes en el Derecho penal. Dentro de este examen, se buscará identificar la presencia de algunas lagunas axiológicas en el COIP y, a partir de ahí, asumir el rol de un juez para analizar si estas insuficiencias podrían ser superadas con alguna de las modalidades de analogía que admite el Derecho penal y cuáles serían las consecuencias de acudir a este procedimiento.

En primer lugar, se estudiará la recepción de la analogía *in bonam partem* en las causas eximentes de responsabilidad penal, a partir de la integración de una laguna axiológica en las causas de justificación. Para ilustrar este análisis, se utilizará como ejemplo concreto a la causa de justificación supralegal del aborto sentimental. En segundo orden, se estudiará la recepción de la analogía para la creación judicial de circunstancias atenuantes. Para este análisis, se utilizará como ejemplo concreto a la creación analógica de la atenuante de las dilaciones indebidas.

3.1 Recepción de la analogía *in bonam partem* en las causas eximentes

De acuerdo a lo planteado en el análisis precedente, la analogía *in bonam partem* cumple un rol fundamental para evitar la imposición de resultados injustos debido a sobreinclusiones punitivas dentro del material legislativo.

Dentro de las normas favorables al procesado, cuyo alcance podría ser ampliado vía analogía *in bonam partem*, ocupan un importante espacio aquellas reglas permisivas en la teoría del delito, que por determinadas circunstancias, liberan de responsabilidad penal a

aquellas personas que incurrieron en actos típicos. Estas normas permisivas o eximentes de la responsabilidad penal, no requieren de una redacción estricta y taxativa por parte del legislador, porque excluyen el campo de punición. Al contrario, deben estar redactas con suficiente amplitud, de tal modo que favorezcan a la constante innovación del ordenamiento jurídico y así evitar un uso excesivo de la potestad punitiva. La analogía *in bonam partem*, precisamente, vendría a enmendar supuestos en los que el legislador incurrió en excesos de punición, al no abarcar con suficiente amplitud las causas de justificación o de exculpación de la pena. Como se verá en los siguientes ejemplos, la técnica legislativa en el COIP resulta a veces demasiado restrictiva en la redacción de normas permisivas, sobretodo, en la regulación de ciertas causas de justificación específicas.

A continuación, se expondrá un ejemplo concreto de analogía *in bonam partem* para crear una eximente supralegal. En particular, se explicará cómo un juez podría crear una causa de justificación en el aborto, adicional a las que prescribe legislador. Para tales efectos, primero, es conveniente explicar el concepto y los fundamentos de las causas de justificación y su regulación en el COIP. Posteriormente, se incluirá un análisis acerca de la naturaleza de las indicaciones del aborto no punible que reconoce el COIP. A partir de esta comprensión, se analizará si el juez estaría facultado para crear una justificación adicional del aborto por medio de la analogía.

3.1.1 Concepto, regulación y fundamentos de las causas de justificación

Las causas de justificación constituyen una importante limitación al *ius puniendi*, en cuanto restringen el alcance de la ilicitud en las conductas típicas. La analogía *in bonam partem* tendría un rol fundamental para integrar lagunas axiológicas en la institución de la justificación, si se acepta que este tipo de normas, no abarcan todas las conductas típicas que jurídicamente ameritan una justificación.

El estudio de las causas de justificación se sitúa en el segundo elemento constitutivo del delito después de la tipicidad, que es la antijuridicidad. Se entiende por antijuridicidad, de acuerdo a Muñoz Conde, a “la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico²⁴⁶.” La doctrina distingue entre una acepción formal y material de la antijuridicidad. “A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento

²⁴⁶ Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. Segunda edición. Bogotá: Temis, 2008, p. 65.

jurídico se le llama *antijuridicidad formal*²⁴⁷.” En cambio, se habla de *antijuridicidad material* para referirse a “la ofensiva al bien jurídico que la norma quiere proteger”²⁴⁸.

Es importante recalcar que “la antijuridicidad no es específica del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo”²⁴⁹.

Como exponen Bustos y Hormazábal, la incompatibilidad con el ordenamiento jurídico que presupone la antijuridicidad se manifiesta en dos momentos:

constatando, por una parte, la afección efectiva del bien jurídico imputable a la situación de riesgo que el autor ha creado con su comportamiento típico, y por la otra, que la conducta típica no ha sido realizada bajo ciertas y determinadas circunstancias que, anulando su ilegalidad, podrían constituir los presupuestos de una causa de justificación²⁵⁰.

Esto último, significa que existen normas permisivas en el Derecho penal que eliminan la antijuridicidad en actos típicos, conocidas como causas de justificación. Éstas corresponden a casos concretos en los que el legislador permite el cometimiento de un “hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan”²⁵¹. Por lo tanto, es válida la definición que emplea Roxin, quien señala que “una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación que excluya la antijuridicidad”²⁵². Luzón Peña define a las causas de justificación en estos términos:

Las causas de justificación son circunstancias eximentes que por determinadas razones excluyen la antijuridicidad o ilicitud de la conducta en principio típica –que realiza en su parte objetiva del tipo positivo, indiciario de la antijuridicidad-. Por eso se las denomina también causas de exclusión de la antijuridicidad o del injusto²⁵³.

Como se puede ver, el efecto de las causas de justificación es eximir la responsabilidad penal del sujeto activo en un acto típico, al convertir en lícita su conducta. Como menciona Muñoz Conde, esta conversión de lo ilícito a lícito, es lo que diferencia a las causas de justificación de otras eximentes, como las causas de exclusión de culpabilidad:

²⁴⁷ Muñoz Conde, Francisco, Óp. cit., p. 65.

²⁴⁸ *Ibíd.* p. 66.

²⁴⁹ *Ibíd.* p. 65.

²⁵⁰ Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. II., Óp. cit., p. 99

²⁵¹ Muñoz Conde, Francisco. Óp. cit., p. 71.

²⁵² Roxin, Claus. Óp. cit., p. 557.

²⁵³ Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, parte general, I*. Primera edición, 1996. Madrid: Editorial Universitas S.A., 2006, p.574.

A diferencia de lo que sucede con las causas de inculpabilidad, las de justificación no solo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que convierten ese hecho en lícito, aprobado por el ordenamiento jurídico²⁵⁴.

Las causas de justificación, como toda eximente, constituyen un límite al *ius puniendi*. En consecuencia, no rige para ellas el mandato de *lex stricta* que emana del principio de legalidad²⁵⁵. Por esta razón, la redacción para definir las propiedades de las causas de justificación suele ser amplia, con el fin de abarcar la mayor cantidad de casos concretos que no ameritan ser catalogados como antijurídicos. En este sentido, Moreso considera que “es necesario que las causas de justificación estén formuladas de una forma tal que permita moldear adecuadamente los argumentos a favor de la exención de la responsabilidad, de manera que en este ámbito no reste ningún supuesto de sobreinclusión²⁵⁶.”

En relación a los fundamentos de las causas de justificación, la doctrina se divide en posiciones unitarias y dualistas. Las primeras, sostienen que existen fundamentos o principios comunes a todas las causas de justificación²⁵⁷. Las segundas, en cambio, sostienen que cada causa de justificación tiene su propio fundamento²⁵⁸. Personalmente, no encuentro que las teorías unitarias y dualistas sean contrapuestas, pues existe la posibilidad de extraer principios comunes a todas las causas de justificación, sin que aquello implique desconocer que cada causa de justificación, individualmente considerada, tenga también una fundamentación especial.

La posibilidad de identificar principios comunes a la institución de la justificación es especialmente relevante para esta investigación, pues de ello dependerá la aplicabilidad de la analogía *iuris imperfecta in bonam partem* para la creación judicial de causas de justificación supraleales. Mezger reconoce dos grandes principios que fundamentan a la justificación: el *principio de ausencia de interés* y el *principio del interés preponderante*²⁵⁹.

²⁵⁴ Muñoz Conde, Francisco. Óp. cit., p. 71.

²⁵⁵ Cfr. Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. II., Óp. cit., p. 115.

²⁵⁶ Moreso, José Juan. “Principio de legalidad y causas de justificación” Óp. cit., p. 23.

²⁵⁷ Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. II., Óp. cit., p. 115.

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ Mezger, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 341.

De acuerdo a Bustos y a Hormazábal, el principio de ausencia de interés se manifestaría en los casos de consentimiento del ofendido²⁶⁰. Por otra parte, como explica Mezger, “la justificación con arreglo al principio del interés preponderante se produce cuando frente al interés lesionado por la realización típica aparece, en el caso concreto, un interés de más valor que desplaza al primero²⁶¹.” Actualmente, existe un predominante consenso en que el consentimiento del ofendido configura en realidad una causa de atipicidad, por lo que la única fundamentación de la justificación válida sería la del principio del interés preponderante²⁶². De igual manera, en el COIP, solamente se puede advertir que las causas de justificación son concreciones del principio del interés preponderante, y no así, del principio de ausencia de interés.

El principio del interés preponderante, también llamado *principio de ponderación de intereses* o, con mayor especificidad, *principio del interés preponderante frente a un mandato o una prohibición jurídico-penal*²⁶³, tiene la naturaleza de un principio institucional, ya que “sería erigido como la razón fundamental de la que se derivan todas las causas de justificación concretamente reconocidas por el legislador”²⁶⁴. Además, como advierte Montiel, no puede decirse que este principio “fundamenta todo el Derecho o ni si quiera a otras instituciones jurídico-penales como la exculpación”²⁶⁵. Por la tanto, valga la insistencia, al ser éste un principio exclusivo de la justificación, se trata de un verdadero principio institucional. Dada esta naturaleza del principio del interés preponderante, se podría acudir a la analogía *iuris imperfecta in bonam partem* para crear causas de justificación supraleales. Para tales efectos, habría que justificar que el caso afectado por una laguna axiológica es una concreción del principio del interés preponderante²⁶⁶.

Por otra parte, las causas de justificación pueden estar reguladas de forma genérica y específica²⁶⁷. Las genéricas se circunscriben a los delitos en general, mientras que las

²⁶⁰ Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol II. Óp. cit. p. 117.

²⁶¹ Mezger, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. Óp. cit., p. 341.

²⁶² *Ibíd.*

²⁶³ Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit. p. 196.

²⁶⁴ *Ibíd.* p. 198-199.

²⁶⁵ *Ibíd.* p. 199.

²⁶⁶ *Ibíd.* p. 200.

²⁶⁷ Cfr. Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal. Parte general II: Teoría jurídica del delito*. Sexta edición. Madrid: Tecnos, 2000, p.189-190.

específicas, suelen ser concreciones de las anteriores, aunque contempladas para un acto típico en particular, y en consecuencia, suelen estar redactadas de una manera más restringida y con variaciones respecto de las causas genéricas.

El COIP contempla de forma genérica cuatro causas de justificación: 1) el estado de necesidad; 2) la legítima defensa; 3) el cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente; y 4) el cumplimiento de un deber legal²⁶⁸. Adicionalmente es posible encontrar causas de justificación en la parte especial del COIP, como las indicaciones del aborto no punible²⁶⁹.

Como se colige del análisis hasta aquí llevado a cabo, las normas que contienen causas de justificación reúnen los requisitos para ser objeto de la analogía *in bonam partem*. Al ser normas de tipo permisivo que excluyen la punibilidad, no se encuentran dentro del ámbito de prohibición que prescribe el artículo 13 número 3 del COIP. Sin embargo, para mantener un ambiente de certeza jurídica y evitar una desmedida discrecionalidad, o incluso arbitrariedad judicial, deberá exigirse, por lo menos, que sean principios propios de la justificación los que sirvan de fundamento para proceder con la integración analógica²⁷⁰. Por lo tanto, como ya se mencionó, se admiten para la creación de causas supralegales de justificación, las modalidades de analogía *legis in bonam partem* y de analogía *iuris in bonam partem* únicamente cuando apela a principios institucionales.

3.1.2 Regulación de las indicaciones del aborto no punible en el COIP y su fundamentación en el principio del interés preponderante

Como ya se adelantó, en este capítulo se pretende ilustrar con un ejemplo puntual, cómo opera la analogía *in bonam partem* en la creación judicial de una causa de justificación. En concreto, se pretende ejemplificar cómo el juez podría aplicar una justificación del aborto, que no esté comprendida en la legislación, a un caso concreto. Para este propósito, primero es necesario demostrar que las indicaciones del aborto no punible son, en efecto, causas de justificación. Es importante realizar esta aclaración, pues no existe unanimidad doctrinaria respecto de su naturaleza. Por lo tanto, en este apartado se estudiará la regulación que contempla el COIP en relación a las indicaciones no punibles del aborto y se buscará justificar su naturaleza de causas de exclusión de la antijuridicidad.

²⁶⁸ Código Orgánico Integral Penal, art. 30.

²⁶⁹ Cfr. Cerezo Mir, José. Óp. cit., p.190.

²⁷⁰ Roxin, Claus. Óp. cit., p. 286-287.

Previo a la aprobación del COIP, uno de los temas más discutidos al interior de la Asamblea Nacional fue, sin duda, la regulación penal del aborto. Si bien, en un principio, existió una iniciativa para excluir la punibilidad en las prácticas de aborto como consecuencia de una violación sexual, el COIP finalmente fue aprobado sin cambios de fondo en este aspecto en relación al último Código Penal vigente en nuestra legislación²⁷¹. En definitiva, el aborto está penalizado de forma genérica, con dos excepciones:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental²⁷².

Adicionalmente, como establece el encabezado del artículo 150 del COIP, son requisitos del aborto no punible: 1) que sea practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado; 2) que se cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo²⁷³.

La primera indicación no punible que reconoce el COIP se conoce como *aborto terapéutico*. La doctrina suele calificar al aborto terapéutico como una concreción del estado de necesidad justificante, por cuanto se fundamenta en la protección de un bien jurídico de mayor valor –vida o salud de la madre- en sacrificio de un bien jurídico de menor valor -vida del *nasciturus*-²⁷⁴. Sin embargo, según entiendo, y en concordancia con los juristas argentinos Arbaldes y De La Fuente, no se trata de un supuesto de la eximente genérica del estado de necesidad que regula el COIP en el artículo 32²⁷⁵, sino de un estado

²⁷¹ Solamente hay un cambio en la redacción de las indicaciones del aborto no punible, pues el COIP finalmente eliminó la expresión “mujer idiota o demente” en la indicación del aborto eugenésico y, en su lugar, incluyó “mujer que padezca de discapacidad mental”. Cfr. Código Orgánico Integral Penal, art. 150.

²⁷² Código Orgánico Integral Penal, art. 150.

²⁷³ *Ibíd.*

²⁷⁴ Cfr. Yahia, Julieta. “La eximente de aborto terapéutico a propósito de una nueva decisión judicial.” en *Revista de Derecho Penal 2007-1: eximentes de la responsabilidad penal II*. Director: Edgardo Alberto Donna. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p.536.

²⁷⁵ Código Orgánico Integral Penal, art. 32: “Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.”

de necesidad específico previsto para la práctica del aborto²⁷⁶. En el aborto terapéutico, a diferencia de lo que ocurre con los supuestos que se adecúan al estado genérico de necesidad, no es necesario que el peligro a la vida o a la salud de la mujer sea “actual”, pues “basta con que dicho peligro se demuestre basándose en la propia *lex artis*”²⁷⁷. De cualquier manera, lo importante es reconocer que el aborto terapéutico corresponde a una auténtica causa de justificación, donde el principio del interés preponderante es fácilmente reconocible.

La segunda indicación de aborto no punible -aquel practicado en una mujer con discapacidad mental que ha sido violada- es considerada como un supuesto de *aborto eugenésico* o *embreopático*, por cuanto “resulta probable que el feto nazca con graves malformaciones físicas o psíquicas”²⁷⁸. Como explican Abralde y De La Fuente, hoy en día el fundamento de esta justificación no debe entenderse bajo ningún punto de vista como un práctica destinada preservar la “pureza” humana, lo cual resultaría absolutamente reprochable y discriminatorio, sino que el Estado acepta la decisión de la embarazada de no concebir un hijo con graves enfermedades, atendiendo a la propia incapacidad mental que padece la embarazada, “y a los trastornos y perturbaciones que ello generaría para la madre y su grupo familiar”²⁷⁹. Es decir, el fundamento del legislador para permitir esta clase de abortos, solamente puede ser entendido desde la situación de “conflicto” en la que se encuentra la embarazada²⁸⁰.

Se discute si la indicación eugenésica es una causa de justificación o una excusa absolutoria. Las excusas absolutorias, a diferencia de cualquier eximente, representan casos excepcionales en los que el legislador, por motivos de utilidad pública²⁸¹, ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una actuación típica, antijurídica y culpable²⁸². Éstas tienen una naturaleza compleja, pues, en vista de que no se

²⁷⁶ Cfr. Abralde, Sandro F. y Javier Esteban De La Fuente. “El aborto no punible en el sistema de las indicaciones” en *Revista de Derecho Penal 2006-2: Eximentes de la responsabilidad penal – I*. Director: Edgardo Alberto Donna. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2006, p. 517.

²⁷⁷ En este sentido: Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 87; Abralde, Sandro F. y Javier Esteban De La Fuente. *Óp. cit.*, p. 517; Yahia, Julieta. *Óp. cit.*, p.535.

²⁷⁸ Abralde, Sandro F. y Javier Esteban De La Fuente. *Óp. cit.*, p. 509.

²⁷⁹ *Ibíd.*

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. *Óp. cit.*, p. 433.

²⁸² Muñoz Conde, Francisco. *Óp. cit.*, p. 134-135.

valoran a la luz de la culpabilidad, ni de la antijuridicidad, no son realmente eximentes de la responsabilidad penal. En efecto, se las considera como “meras condiciones de procedibilidad” de un delito, por lo que no son más que auténticos elementos objetivos del tipo penal que describen una ausencia de conducta. Por tales razones, al integrar la descripción del tipo penal, las excusas absolutorias se circunscriben al mandato de estricta legalidad. En consecuencia, si se aceptara que la causal de aborto eugenésico que contempla el COIP es una excusa absoluta, se renunciaría a la posibilidad de extender su alcance mediante analogía²⁸³.

En esta investigación se rechaza la postura que considera a la indicación eugenésica del aborto como excusa absoluta. Se trataría, al igual que la indicación terapéutica, de una auténtica causa de justificación. Las razones de esta postura han sido abordadas por Arbalde y De la Fuente, según quienes, si bien en este caso, no hay una clara similitud con el estado genérico de necesidad, sí se puede identificar claramente “un verdadero conflicto de intereses que el Derecho Penal ha resuelto a favor de la madre.”²⁸⁴ En tal razón, la indicación del aborto eugenésico “debe estimarse típica, pero justificada, al estar autorizada por el ordenamiento jurídico, en función de los intereses en juego”²⁸⁵. Es notoria la fundamentación en el principio del interés preponderante, por cuanto el legislador ha estimado que, para este puntual caso de aborto, deben primar los intereses de la mujer con discapacidad mental, por encima de la vida del *nasciturus*.

En resumen, las dos causales por las cuales la práctica del aborto consentido está permitido en el Ecuador, se fundamentan en el principio del interés preponderante y constituyen causas de justificación.

²⁸³ Esto, en virtud de que en realidad se estaría modificando el alcance del contenido objetivo de un tipo penal -lo cual está prohibido por el principio de legalidad-, en lugar de extender el alcance de una norma permisiva. Al respecto, Montiel ilustra con suficiencia las razones por las cuales la analogía *in bonam partem* no procede para las excusas absolutorias; cfr. Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. Cit. p. 287-303.

²⁸⁴ Arbalde, Sandro F. y Javier Esteban De La Fuente. Óp. Cit., p. 517-518.

De acuerdo a Arbalde y De La Fuente, en concordancia con Cerezo Mir, el aborto eugenésico no reúne las características del estado de necesidad, pero sí es “una ampliación del ámbito de la eximente de ejercicio legítimo de la profesión médica, a la cual se atribuye unánimemente la naturaleza de una causa de justificación.” Arbalde, Sandro F. y Javier Esteban De La Fuente. Óp. cit., p. 519

²⁸⁵ *Ibíd.*, p. 517-518.

3.1.2.1 Identificación de una laguna axiológica en las indicaciones del aborto no punible en el COIP: la indicación del aborto sentimental

Toda vez que se ha aclarado la naturaleza y alcance de las indicaciones de aborto no punible en el COIP, considero oportuno utilizar como ejemplo ilustrativo del procedimiento analógico *in bonam partem*, a la superación de una laguna axiológica que a mi criterio se manifiesta claramente en estas normas. Para tales efectos, plantearé el siguiente caso hipotético:

María toma un taxi en las calles de Quito, el taxista la conduce hacia un despoblado y le viola. Días después, María descubre que está embarazada; ella tiene absoluta certeza de que el embarazo es producto de la agresión sexual de la que fue víctima días atrás. María acude donde un médico capacitado, a quien le solicita interrumpir su embarazo. Él médico comprende las razones de María y practica el aborto.

De acuerdo a lo visto, si este caso entrara en conocimiento de un tribunal penal, y los jueces que lo conforman, se limitaran a aplicar lo dispuesto en el COIP, la solución jurídica que se tendría que adoptar es clara: se configuró el delito de aborto consentido comprendido en el artículo 149 del COIP²⁸⁶, no es aplicable ninguna de las causas de justificación que prevé el COIP para este delito y, en consecuencia, a María se le impondría una pena privativa de libertad de seis meses a dos años, y al médico, una pena privativa de libertad de uno a tres años.

Considero que la solución jurídica que el sistema normativa arroja para el caso hipotético es insatisfactoria a toda luz y que configura una laguna axiológica. Intentaré explicar mis razones a continuación.

Procuraré no entrar valoraciones respecto de la penalización aborto, pues está entre las facultades del legislador considerar que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico que amerita tutela penal, toda vez que la propia Constitución reconoce y garantiza la vida desde la concepción²⁸⁷. Aun teniendo claro que la prohibición del aborto colisiona con otros

²⁸⁶ Código Orgánico Integral Penal., art. 149: “La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.”

²⁸⁷ Constitución de la República del Ecuador. art. 45: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos también protege, en general, la vida desde la concepción: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4.1.

derechos constitucionalmente reconocidos, como los derechos sexuales y reproductivos de la mujer²⁸⁸ y el derecho a la salud²⁸⁹, no deja de ser una decisión legítima del legislador ponderar la vida del *nasciturus* por encima de aquellos.

No obstante, considero que el legislador, al regular las causas por las cuales se debe justificar del aborto, incurrió en una sobreinclusión punitiva, concretamente, al no eximir de responsabilidad al médico y la madre en los casos en que el embarazo es producto de una violación. Este tipo de aborto, que no se debe a razones terapéuticas ni eugenésicas, ha recibido la denominación de aborto *criminológico* o *sentimental*²⁹⁰.

En los casos de embarazo por violación, los derechos sexuales y reproductivos de la mujer toman una especial importancia, ya que, además de ser embarazos no planificados, son producto de la violencia de género y no se le puede atribuir responsabilidad alguna del embarazo a la mujer. Además, una agresión sexual, no sólo implica lesiones físicas, sino daños psicológicos difícilmente superables. Estos menoscabos podrían acentuarse si la víctima, encima, se ve obligada a soportar durante nueve meses un embarazo forzado, y además, tener que concebir y criar a un hijo no planificado. Volviendo al caso hipotético, no sería justo entonces, que a María se le prohíba el acceso a un aborto seguro, y peor aún, que se le criminalice al médico y a ella por esta conducta.

Todo esto, debe además valorarse en la realidad social ecuatoriana, donde existen altos índices de violencia contra la mujer y de violaciones sexuales. De acuerdo al Atlas de las Desigualdades Socio-Económicas, publicado en el 2013 por el propio Estado, el 25.7% de las mujeres ecuatorianas han sufrido algún tipo de agresión sexual²⁹¹ y alrededor de

²⁸⁸ Constitución de la República del Ecuador, art. 66 núm. 10: “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.”

²⁸⁹ “Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.” Constitución de la República del Ecuador, art. 32.

²⁹⁰ Abraldes, Sandro F. y Javier Esteban De La Fuente. “El aborto no punible en el sistema de las indicaciones” en *Revista de Derecho Penal 2006-2: Eximentes de la responsabilidad penal – I*. Director: Edgardo Alberto Donna. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2006, p. 517-518.

²⁹¹ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. “Atlas de las Desigualdades Socio-Económicas del Ecuador”, Quito, 2013, disponible en pdf:

380.000 mujeres han sido víctimas de relaciones sexuales forzadas²⁹². Además, según informa el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), hay más de 3600 niñas menores de 15 años quienes son madres producto de la violación²⁹³. Así también, es un hecho que la ilicitud del aborto criminológico, no evita que muchas mujeres embarazadas decidan abortar. Sin embargo, la prohibición sí obstaculiza a que accedan a un aborto seguro y sin riesgo para su vida o salud. Como consecuencia, se registran altos índices de mortalidad o morbilidad materna a causa de abortos clandestinos²⁹⁴.

De acuerdo a lo expuesto, para la valoración jurídica del aborto sentimental, no sólo debe tomarse en cuenta la disposición constitucional que reconoce el derecho de las mujeres a tomar decisiones de manera libre, responsable e informada sobre su salud y su vida reproductiva, así como a decidir cuántos hijos desean tener y en qué momento de su vida²⁹⁵. A esto se suma la obligación del Estado de fomentar “el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva”²⁹⁶; los derechos de las víctimas de violencia doméstica y sexual a acceder a una atención prioritaria y especializada en el ámbito público y privado²⁹⁷; el derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual²⁹⁸; y el derecho de todas las personas a tener una vida libre de violencia²⁹⁹.

<http://documentos.senplades.gob.ec/Atlas%20de%20las%20Desigualdades.pdf> [acceso: 19 de marzo de 2015], p.100.

²⁹² Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Óp. cit. p.102.

Según informa la CEDAW, “[l]as cifras son más altas entre niñas y jóvenes. En los últimos diez años, se incrementó en un 74.8% el embarazo en niñas entre 10 y 14 años, situación estrechamente ligada a la violencia sexual.” Secretaria del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CEDAW). “Ref. Informe para la 60ava Sesión del Comité de la CEDAW (16 de febrero al 6 de marzo de 2015) sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva en Ecuador.” Disponible en internet: http://www.planv.com.ec/sites/default/files/informe_cedaw_2015_-_frente_.pdf (acceso: 19 de marzo de 2015), p. 2.

²⁹³ *Ibíd.*

²⁹⁴ De acuerdo a Human Right Watch, las “estadísticas gubernamentales recientes indican que el país aún no está en camino de cumplir su meta de reducir las muertes maternas en un 75 por ciento respecto de los niveles de 1990 -que alcanzarían las 150 muertes- a 29 muertes maternas cada 100.000 personas nacidas con vida.” Human Right Watch. “Criminalización de las víctimas de violación sexual. El aborto ilegal luego de una violación en Ecuador.” Estados Unidos de América, 2013, p. 16.

²⁹⁵ Constitución de la República del Ecuador, art.66. 10.

²⁹⁶ *Ibíd.* art.34.

²⁹⁷ *Ibíd.* art.34.

Por las razones expuestas, no debería haber mayor discusión en el análisis de ponderación de bienes entre los intereses de la mujer y de la vida del *nasciturus* en el contexto de una violación sexual. En resumidas cuentas, la balanza en este caso se inclina a favor de los intereses de la mujer, por las siguientes razones: 1) La violación sexual es un acto intolerable, con repercusiones físicas y psíquicas para las víctimas; mal podría el Derecho exigir a las víctimas asumir cualquier carga o responsabilidad que sea consecuencia de una agresión sexual; 2) la ilicitud del aborto colisiona con los derechos sexuales y reproductivos de una mujer y trunca su planificación de vida, más aún, en los casos en que se deriva de una violación, por tratarse de una maternidad forzada; 3) las realidades socio-económicas del país indican que la prohibición del aborto por violación obstaculiza la detección y prevención de la violencia de género y contribuye a que en Ecuador existan altos índices de mortalidad y morbilidad materna³⁰⁰. Todos estos argumentos estructurarían la *ratio legis*, por la cual se podría exigir la licitud del aborto sentimental.

En suma, en el contexto de una violación sexual, la ponderación de bienes que resulte entre los intereses de la mujer y la vida del *nasciturus*, no puede pender solamente de una valoración del legislador. Aquí, necesariamente, deben entrar en consideración estándares de derechos humanos que claramente favorecen a la mujer. En refuerzo de esta postura, existen pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos, emitidos expresamente para el Ecuador, que claramente se manifiestan en contra de la ilicitud del aborto practicado como consecuencia de una violación. De esta manera, en el 2012 el Comité de Derechos Económicos y Sociales recomendó al Estado ecuatoriano “la reforma del Código Penal con el fin de establecer excepciones a la penalización del aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación aunque no se trate de mujeres con discapacidad”³⁰¹. Asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en su informe sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva en

²⁹⁸ Constitución de la República del Ecuador. art.66. 3 (a).

²⁹⁹ *Ibíd.* art.66. 3 (e).

³⁰⁰ Human Right Watch. *Óp. cit.*, p.7.

³⁰¹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe de Ecuador, E/C.12/EQU/CO/3, 2012, recomendación 29.

Ecuador, concluyó que la penalización del aborto en casos de violación es contraria a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos³⁰².

Por último, no está demás aclarar el contexto político en el que fue aprobada la prohibición del aborto criminológico dentro de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, pues existieron claras injerencias del poder ejecutivo para evitar que los legisladores introduzcan esta justificación. Tal es así, que hasta el borrador definitivo del COIP del 13 de junio de 2012, se incluía la disposición de excluir de la esfera de la punibilidad al aborto “si el embarazo es consecuencia de una violación”³⁰³. Cabe recalcar, que esta iniciativa fue promovida por la asambleísta Ximena Ponce junto a 20 otras asambleístas de Alianza País, partido oficialista y mayoritario dentro de la Asamblea³⁰⁴. No obstante, las mencionadas asambleístas se retractaron de impulsar esta reforma, después de que el Presidente de la República, Rafael Correa, amenazara con renunciar a la presidencia “si la Asamblea aprobaba la propuesta y ordenó a su partido votar en su contra y acusó de traidora a Ponce”³⁰⁵. Además, Ponce y dos asambleístas que la apoyaron, fueron sancionadas con 30 días de silencio por su partido³⁰⁶. Estos acontecimientos son tan sólo un ejemplo de las constantes presiones e injerencias externas que existen sobre los legisladores en el Ecuador y que atentan contra la democracia. Esto, además de afectar a la independencia en los poderes del Estado, permite que los legisladores sean especialmente susceptibles de incurrir en lagunas axiológicas como la que se está analizando. En este caso, se podría pensar que la laguna axiológica que se configura con el castigo del aborto sentimental, no sólo es producto de una valoración inadecuada del legislador, sino también de una intromisión del poder ejecutivo, lo cual es inaceptable en cualquier democracia.

En base a los argumentos expuestos, la laguna axiológica, en los términos técnicos esbozados en el primer capítulo, quedaría configurada de esta manera:

³⁰² Secretaria del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CEDAW). Óp. cit., p. 6-7.

³⁰³ Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, 13 de junio de 2012, art. 142: “Aborto no punible: El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos: 1. Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. **Si el embarazo es consecuencia de una violación.**”

³⁰⁴ Redacción Plan V. “Ecuador: las mujeres perseguidas por aborto”, 16/02/2015. <http://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-mujeres-perseguidas-aborto> (acceso: 19 de marzo de 2015).

³⁰⁵ *Ibíd.*

³⁰⁶ *Ibíd.*

- 1) La *tesis de relevancia*, es decir, la propiedad que el legislador **no tomó** como relevante para dar solución al caso, es que los intereses de la mujer embarazada se sobreponen a la protección de la vida del *nasciturus* en el caso de una violación sexual.
- 2) De igual manera, la *hipótesis de relevancia*, es decir, el desacuerdo valorativo con el legislador, consiste en que **debía** haberse tomado como propiedad relevante al hecho de que los intereses de la mujer embarazada se sobreponen a la protección de la vida del *nasciturs* en el contexto de un embarazo por violación. De haber estimado esta propiedad, la consecuencia jurídica sería justa, pues se eliminaría la ilicitud del aborto *criminológico*.

En definitiva, se puede decir que la laguna axiológica detectada se manifiesta al confrontar *los intereses de la mujer embarazada en el contexto de una violación sexual frente a la protección a la vida del nasciturus*.

Dicho esto, no pretendo desconocer que la solución definitiva para eliminar esta laguna se alcanzaría con una planteo de inconstitucionalidad del artículo 149 del COIP y con la inclusión de una reforma legislativa en las indicaciones del aborto no punible, en la que se excluya la ilicitud de los abortos criminológicos o sentimentales. No obstante, mientras esto no ocurra, es una tarea de los jueces, en su calidad de garantes del bloque constitucional, no aplicar las penas que el COIP prevé para las mujeres y médicos que incurran en abortos sentimentales. Una salida jurídicamente viable, como se explicará a continuación, consistiría en la creación de una causa supralegal de justificación por medio de la analogía *in bonam partem*.

3.1.2.2 Integración de la laguna axiológica identificada a través de la analogía *in bonam partem*

El caso hipotético que se planteó en el apartado que antecede, es decir, el aborto practicado en María, reúne el requisito previo indispensable que exige la analogía *in bonam partem*: está afectado por una laguna axiológica.

De acuerdo a lo estudiado, si se pretende superar esta laguna por medio de la analogía *in bonam partem*, hay que tener claro que el efecto que se quiere alcanzar es la creación de una nueva regla que solucione el caso de manera justa. Esto quiere decir, de acuerdo a la hipótesis de relevancia planteada, que se requiere una regla que considere que los intereses

de la mujer embarazada deben primar sobre la vida del *nasciturus*, para el puntual caso del aborto sentimental.

Teniendo claro este objetivo, el siguiente paso consiste en determinar si el caso efectivamente puede ser abarcado por una de las modalidades de analogía. Para tales efectos, hay que comprobar si se configura una de estas dos posibilidades: a) el caso es similar a una eximente en particular y tiene la misma identidad de razón (analogía *legis*) o; b) el caso es similar a todas las normas permisivas que conforman una institución jurídico-penal, al ser también una concreción del principio institucional que las fundamenta (analogía *iuris* imperfecta).

Respecto a la primera posibilidad, no se puede advertir la existencia de una regla que configure un caso genérico similar al caso de aborto por violación. En principio, podría pensarse que alguna de las dos indicaciones del aborto no punible contempladas en el COIP son similares, pues ambas tienen por objeto eliminar la ilicitud de un aborto porque concurren circunstancias especiales. Sin embargo, la similitud no es suficiente, porque no es posible encontrar una *ratio legis* en común con ninguna de las dos causas justificativas. Por una parte, en la indicación del aborto terapéutico, la *ratio legis* consiste en el peligro a la vida o la salud que enfrenta la madre; por otra, en la indicación eugenésica, la *ratio legis* se manifiesta en la situación conflictiva de la embarazada con discapacidad mental, a la cual el Estado le otorga la posibilidad de no concebir un hijo con potenciales afectaciones físicas o psíquicas. Muy de otro modo, la *ratio legis* del caso lagunoso se resume en consideraciones criminológicas, éticas y socio-económicas que configuran estándares de derechos humanos que apuntan a no penalizar el aborto sentimental. En consecuencia, considero que queda descartada la posibilidad de acudir a la analogía *legis* para crear una causa supralegal de justificación que solucione de una manera satisfactoria el caso planteado..

A simple vista, la alternativa de moldear una nueva regla a partir de un principio institucional parece más plausible. Al momento de identificar la laguna axiológica en el caso bajo análisis, se insistió en que es necesario hacer una ponderación entre la protección a la vida del *nasciturus* frente a los intereses de la mujer embarazada en el contexto de una violación sexual. De esta valoración, se concluyó que el legislador no tomó como propiedad relevante los estándares de derechos humanos que indican que los intereses de la mujer embarazada en el contexto de una violación deben primar por sobre la protección a

la vida del no nacido; situación que configura la laguna axiológica. En definitiva, se puede observar que la laguna axiológica detectada es el resultado de un proceso de ponderación entre dos intereses en conflicto, donde uno tiene mayor peso que el otro. Dicho de otro modo, la laguna axiológica es abarcada por el principio del interés preponderante. Al ser éste un principio institucional de las causas de justificación, habría vía libre para acudir a la analogía *iuris imperfecta in bonam partem* y crear una causa de justificación supralegal que regule el caso planteado. La integración analógica se estructuraría a partir del siguiente razonamiento:

- 1) El aborto practicado en una mujer embarazada como consecuencia de una violación no debe ser penalizado en virtud del principio del interés preponderante (laguna axiológica).
- 2) El principio del interés preponderante fundamenta exclusivamente a la institución de la justificación.
- 3) El aborto practicado en una mujer embarazada como consecuencia de una violación, al estar marcado por el principio del interés preponderante, debe ser tratado como una causa de justificación. Ergo, en el caso hipotético, el juez estaría facultado para crear una casusa de justificación supralegal para eximir de responsabilidad a María y al médico que practicó el aborto.

La validez de esta argumentación encuentra respaldo en el fallo del RG mencionado en el primer capítulo. En aquella ocasión, a pesar de que el RG no utilizó los términos “analogía *in bonam partem*” ni “principio institucional” para justificar su decisión, realizó exactamente el mismo razonamiento. En efecto, el RG eximió de responsabilidad a un médico por haber practicado un aborto en el que corría peligro la vida de la madre, a pesar de que el *StGB* vigente a la época reprimía el aborto de forma genérica. Para llegar a esta solución, el tribunal se fundó en la existencia de una laguna marcada por el principio del interés preponderante y, en base a este principio, creó una regla de estado de necesidad supralegal que justificaba la conducta del médico³⁰⁷.

Con el ejemplo descrito, queda claro que analogía *in bonam partem* le otorga facultades discrecionales a los jueces para discernir con el legislador y asumir un rol activo en la creación de Derecho. Sin embargo, esta discrecionalidad no es arbitraria, pues va acompañada de una motivación en Derecho, tanto para justificar la apreciación de una

³⁰⁷ Cfr. Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 198.

alguna axiológica, como para justificar el procedimiento analógico. Además, a pesar de que se crea una regla no prescrita por el legislador, la voluntad legislativa, en esencia, no se pierde, pues el juez apela a los mismos principios institucionales que contempló el legislador dentro de la justificación, para crear una causa de justificación supralegal.

En el siguiente apartado, se verá con otro ejemplo concreto, como la analogía *institutionis in bonam partem* también es una poderosa herramienta para atenuar las penas de manera supralegal.

3.2 Recepción de la analogía *in bonam partem* en las circunstancias atenuantes de la pena

Las circunstancias atenuantes cumplen un efecto de graduación en el *ius puniendi*, pues, por determinadas circunstancias, permiten suavizar las penas previstas en el sistema penal. Por lo tanto, al ser reglas que benefician a los procesados, aquí tampoco existen reparos para admitir la analogía *in bonam partem*.

Se verá en este apartado que uno de los retrocesos del COIP en relación al Código Penal de 1938, consiste en la inadecuada técnica legislativa que se emplea en el catálogo de atenuantes. Mientras que el anterior Código dejaba claro que el catálogo propuesto por el legislador era ejemplificativo, la redacción del COIP podría conducir a la errónea interpretación de considerarlo taxativo, y que el legislador vedó la posibilidad de acudir a la analogía *in bonam partem* para la creación de atenuantes supralecales. No obstante, como se ha defendido a lo largo de esta investigación, los fundamentos del derecho penal mínimo avalan el empleo de la analogía *in bonam partem* en el ámbito de las atenuantes, y, de la lectura del artículo 13.3 del COIP, no puede concluirse otra cosa que su permisión.

Se explicará en este apartado, a través de un ejemplo concreto, cómo podrían extenderse los efectos de la atenuación de la pena a un supuesto que no es considerado formalmente como una atenuante en el ordenamiento jurídico.

3.2.1.1 Concepto, regulación y fundamentos de las circunstancias atenuantes en el COIP

Las atenuantes son una especie del género de las *circunstancias modificativas de la responsabilidad penal* o simplemente, como cataloga el COIP, *circunstancias de la infracción*. Aquellas se dividen en tres: atenuantes, agravantes o mixtas. De acuerdo al jurista chileno Cury Urzúa,

[a]tenuantes son aquellas cuya concurrencia determina la imposición de una pena más benigna; agravantes las que con su presencia conducen a que el sea castigado más severamente; mixtas, por fin, las que mientras en ciertos casos atenúan, en otros, agravan³⁰⁸.

En complemento, de acuerdo a Cerezo Mir, se puede decir que una circunstancia de la infracción consiste en un “hecho, relación o dato concreto, determinado, que es tenido en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad³⁰⁹.” En suma, consisten en factores de medición o graduación de la responsabilidad penal³¹⁰.

Las circunstancias atenuantes, al igual que las causas eximentes, forman parte del conjunto normativo que permite limitar el *ius puniendi*. Sin embargo, en las atenuantes, las propiedades relevantes consideradas por el legislador, no son meritorias de una exclusión de la responsabilidad penal, cuanto sí de una reducción de la pena prevista en la ley.

En el COIP se pueden identificar claramente atenuantes genéricas y específicas. Las primeras están comprendidas en el listado del artículo 45 del COIP³¹¹, a excepción del primer numeral que no es genérico, al ser únicamente aplacible para los delitos contra la propiedad. También son genéricas, dado que pueden ser aplicadas para diferentes delitos, la atenuante trascendental³¹², la atenuante del exceso en las causas de justificación³¹³, la atenuante del trastorno mental incompleto³¹⁴ y la embriaguez o intoxicación incompleta

³⁰⁸ Cury Urzúa, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1997, p. 100.

Un ejemplo de atenuante mixta en el COIP es el estado de embriaguez o toxicidad, que en determinadas circunstancias es un agravante y en otras, un atenuante. Cfr. Código Orgánico Integral Penal, art. 37.

³⁰⁹ Cerezo Mir, José. *Óp. Cit.*, p. 350.

³¹⁰ *Ibíd.* p. 351.

³¹¹ Código Orgánico Integral Penal, art. 45: “Son circunstancias atenuantes de la infracción penal:

Cometer infracciones penales contra la propiedad sin violencia, bajo la influencia de circunstancias económicas apremiantes.

Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia.

Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora.

Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima.

Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento.

Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción.”

³¹² *Ibíd.* art. 46.

³¹³ *Ibíd.* art. 31.

³¹⁴ *Ibíd.* art. 36.

fortuita³¹⁵. En cambio, las específicas, se encuentran en la parte especial del COIP y son aplicables para un determinado tipo penal o para un grupo reducido de delitos.

De acuerdo al COIP, no siempre es suficiente que acontezca una sola circunstancia atenuante para reducir la pena, ya que, si se configura tan sólo una de las atenuantes del artículo 45, la pena no se modifica –no obstante, que esto sí sirva de fundamento para aplicar el mínimo de la pena-. Entonces, para que en efecto se produzca una circunstancia modificativa atenuante, debe suceder alguna de las siguientes configuraciones: 1) Que concurran al menos dos circunstancias atenuantes del artículo 45³¹⁶; 2) que acontezca una de las circunstancias atenuantes genéricas especiales, es decir, la atenuante trascendental³¹⁷, la atenuante de exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad³¹⁸, la atenuante del trastorno mental incompleto³¹⁹, o la atenuante de la embriaguez o intoxicación incompleta fortuita³²⁰; 3) que tenga lugar alguna atenuante específica de la parte especial del COIP³²¹.

Cabe recalcar que las atenuantes pueden ser conductas anteriores o simultáneas al hecho delictivo (por ejemplo, el estado de embriaguez o intoxicación incompleta fortuita), como también posteriores a la infracción (por ejemplo, la reparación integral a la víctima).

En cuanto a la fundamentación de las atenuantes, es posible encontrar distintas *rationes legis* para cada una de ellas. No obstante, también existen principios que fundamentan a la atenuación como institución jurídico-penal. Sin embargo, en vista de que el desarrollo sistematizado de las atenuantes es escaso en la doctrina, resulta difícil encontrar opiniones sobre los principios que fundamentan a la institución de la atenuación. En este aspecto, una vez más, es importante la investigación de Montiel, quien sostiene que

³¹⁵ Código Orgánico Integral Penal. art. 37.

³¹⁶ Se impone la pena mínima reducida en un tercio.

³¹⁷ Se impone un tercio de la pena.

³¹⁸ Se impone la pena mínima reducida en un tercio.

³¹⁹ Se impone la pena mínima reducida en un tercio.

³²⁰ Se impone la pena mínima reducida en un tercio.

³²¹ Por ejemplo, en los delitos contra el ambiente y la naturaleza, la pena se puede reducir hasta un cuarto si se configura la atenuante contemplada en el artículo 259: “Se podrá reducir hasta un cuarto de las penas contenidas en este Capítulo, cuando la persona que ha cometido la infracción, adopte las medidas y acciones que compensen los daños ambientales. La calificación y seguimiento de las medidas y acciones se hará bajo la responsabilidad de la Autoridad Ambiental Nacional.” Código Orgánico Integral Penal, art. 259.

de una lectura de algunos fallos del Tribunal Supremo español³²², se colige que la fundamentación de reducir la dureza de una pena se concreta en el *principio de la disminución del merecimiento y la necesidad de la pena*, el cual, según cada atenuante, puede aparecer como una disminución del injusto o de la culpabilidad³²³.

Como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, la analogía *in bonam partem* es bien recibida para la integración de lagunas axiológicas que comporten circunstancias atenuantes. Esto quiere decir que ni el catálogo de atenuantes del artículo 45, ni cualquier otra atenuante en el COIP, deben considerarse como una locución taxativa del legislador. Sobre este punto, el Código Penal anterior era mucho más claro, ya que realizaba una descripción general de la atenuación y, al utilizar la expresión “como en los siguientes casos”, se deducía que enlistaba un catálogo ejemplificativo, de modo que otras circunstancias análogas también servían para el propósito de la atenuación³²⁴.

A pesar de que el COIP no prohíbe recurrir a la analogía para crear atenuantes, considero que el legislador incurrió en una omisión grave al reformular la redacción ejemplificativa del catálogo, pues seguramente, esto dará pie para que algunos jueces incurran en interpretaciones restrictivas para las circunstancias atenuantes.

Otro cambio que resalta a primera vista es que el catálogo de atenuantes del artículo 45 COIP es menos extenso que aquel que contemplaba el Código de 1938. Esto, sin embargo, no debería ser un obstáculo para que los jueces puedan aplicar, por medio de la analogía, las atenuantes que se eliminaron con la aprobación del COIP. Sin embargo, habría que ver cuáles de ellas están realmente marcadas por el *principio de la disminución del merecimiento y la necesidad de la pena*, para que puedan ser incorporadas a casos individuales vía analogía *iuris imperfecta in bonam partem*. Por ejemplo, no considero que

³²² Estos fallos se refieren a la creación analógica de la atenuante de las dilaciones indebidas. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español. 1363/2004, Sala de lo Penal, de 29 noviembre; Sentencia del Tribunal Supremo español. 742/2003, Sala de lo Penal, de 22 mayo; Sentencia del Tribunal Supremo español. 655/2003, Sala de lo Penal, de 8 mayo; Sentencia del Tribunal Supremo español. 622/2001, Sala de lo Penal, de 26 noviembre; sentencias citadas en Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 324.

³²³ Montiel Fernández, Juan Pablo. *Fundamentos y Límites de la Analogía In Bonam Partem en El Derecho Penal*. Tesis Doctoral. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2008, p. 324-325.

³²⁴ Código Penal, art. 29: “Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, **como en los casos siguientes**: 1. [...]”

la atenuante de la “rusticidad del delincuente” que contemplaba el anterior Código, cumpla hoy en día con esta exigencia.

La integración de lagunas axiológicas en las circunstancias atenuantes tendría lugar especialmente a través de la analogía *iuris* imperfecta *in bonam partem*. Con esto no quiero decir que la analogía *legis in bonam partem* no sea viable, pero resulta complicado encontrar casos similares, tanto en las propiedades como en la *ratio legis*, a las atenuantes reconocidas por el legislador. Esto se debe a la amplitud con la que están redactadas la mayoría de atenuantes. Así, por ejemplo, cuando el legislador contempla como atenuante al hecho de “colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción”, deja abierta varias posibilidades de colaboración, por lo que no sería necesario buscar situaciones análogas.

En el siguiente apartado, se explicará con un ejemplo concreto de analogía *iuris* imperfecta *in bonam partem*, cómo un juez podría conceder efectos atenuantes a un supuesto que formalmente no tiene este efecto en nuestro sistema penal.

3.2.2 Creación judicial de atenuantes vía analogía *in bonam partem*: la atenuante supralegal de las dilaciones indebidas

Recientemente, la legislación española ha reconocido como una atenuante a las dilaciones indebidas en el proceso³²⁵. El fundamento para considerar que el culpable de una infracción merece una reducción de la pena en estos casos, se debe al sufrimiento e inhumana angustia que pueden provocar en el imputado las dilaciones injustificadas en el proceso que se instauró en su contra. Se considera que esta innecesaria angustia ya es una carga injustificada y un castigo para el responsable de un delito y, en tal razón, siempre que la dilación no sea atribuible al procesado, es meritorio reducir su pena. Por lo tanto, se trataría de una reducción por una suerte de *poena naturalis*³²⁶.

El interés de esta investigación en estudiar a la atenuante de las dilaciones indebidas, viene dada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (en adelante TSE), que desarrolló los fundamentos por los cuáles se debería atenuar una pena por esta circunstancia. De hecho, antes de que la atenuante de las dilaciones indebidas se incorpore

³²⁵ Código Penal español. LO 5/2010. Art. 21: “Son circunstancias atenuantes: [...] 6ª. La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculcado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.”

³²⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español. 5371/2012, Sala de lo Penal, 12 de julio de 2012.

formalmente en el Código Penal español a través de una ley reformativa en el 2010, el TSE ya había aplicado en varias ocasiones la atenuante de las dilaciones indebidas vía analogía³²⁷. Tomando como base este aporte jurisprudencial, se estudiará si un juez ecuatoriano estaría facultado para realizar la misma creación suprallegal, tomando en cuenta las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico, y ante todo, de nuestro marco constitucional y convencional.

3.2.2.1 Identificación de una laguna axiológica en la institución de la atenuación de la pena

El primer punto de análisis corresponde a determinar si realmente la no inclusión de la atenuante de las dilaciones indebidas en el COIP puede ser valorada como una laguna axiológica. En vista de que la identificación de este tipo de vacíos no debe reducirse a simples desacuerdos valorativos con el legislador, habría que motivar que la ausencia de esta atenuante produce resultados insatisfactorios a luz de las líneas constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos.

Lo primero a tener en cuenta es que la Constitución reconoce la garantía de “un proceso sencillo, rápido y eficaz”³²⁸ y enfatiza en que “no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho”³²⁹. El derecho a la rapidez y eficacia en los procesos, debe entenderse a favor de todas las partes que intervienen en él. Por lo tanto, en los procesos penales, el derecho a un proceso sin dilaciones, no opera solamente a favor de las víctimas, sino también de los imputados. Además, esta garantía se encuentra reforzada en normas convencionales y, sobretodo, por el desarrollo jurisprudencial a partir de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “la Corte”).

De este modo, el artículo 14.3 de PIDCP consagra el derecho del acusado de un delito “a ser juzgado sin dilaciones indebidas”³³⁰. En el mismo sentido, el artículo 8.1 de la CADH reconoce el derecho de toda persona a ser oída por un juez “dentro de un plazo

³²⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español 806/2002, Sala de lo Penal, 30 de abril de 2012; Sentencia del Tribunal Supremo español 1363/2004, Sala de lo penal, 29 de noviembre de 2004 ; Sentencia del Tribunal Supremo español 742/2003, Sala de lo Penal, 22 mayo de 2012; Sentencia del Tribunal Supremo español 655/2003, Sala de lo Penal, 8 mayo de 2003, citadas en Montiel Fernández, Juan Pablo. Óp. cit., p. 73.

³²⁸ Constitución de la República del Ecuador, art. 86.2 (a).

³²⁹ *Ibíd.*, art. 86.2 (e).

³³⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14 núm. 3.

razonable”³³¹. Esta garantía se complementa con el artículo 7.5 de la CADH que reconoce el derecho del acusado que está detenido a “ser procesado dentro un plazo razonable o ser puesto en libertad”³³².

Por su parte, la Corte IDH recalca que una demora prolongada en el proceso constituye una violación *per se* a los derechos humanos³³³. También deja claro que el “plazo razonable” no es un criterio estándar, sino que debe ser evaluado para cada caso en particular. En tal sentido, la Corte ha desarrollado estos cuatro criterios fundamentales para evaluar la razonabilidad del plazo y determinar si un proceso se ha dilatado indebidamente: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales³³⁴; y d) la intensidad o relevancia de la afectación que el curso del tiempo produce a la situación jurídica de la persona involucrada³³⁵.

Toda vez que las dilaciones injustificadas constituyen una violación a las garantías del debido proceso, es una obligación del Estado reparar a aquellas personas que fueron afectadas por este tipo de demoras, incluidas aquellas que obtuvieron una sentencia condenatoria.

Ahora bien, desde una óptica criminológica, también sería justo que aquellas personas condenadas después del transcurso de un proceso indebidamente prolongado, reciban una respuesta penal menos dura. Con esta disminución de la pena, no quiero decir que el Estado estaría cumpliendo con su deber de reparar integralmente al condenado, pero, de alguna manera, sí le compensaría por la excesiva demora en el proceso instaurado en su contra.

Precisamente, éste ha sido el sentido que ha pretendido darle el TSE a la atenuación de la pena por motivos de una dilación indebida.³³⁶ En este sentido, de acuerdo al TSE, la dilación injustificada en el proceso:

³³¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. art. 8.1.

³³² *Ibíd.* art. 7.5.

³³³ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de junio de 2002, párr. 145.

³³⁴ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Párr. 77.

³³⁵ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 27 de Noviembre de 2008. Serie C No. 192. Párr. 155.

³³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo español 457/2010, Sala de lo Penal, 25 de mayo de 2010.

debe compensar la parte equivalente de la gravedad de la culpabilidad en la determinación de la pena, pues la pérdida del derecho que se ha ocasionado al acusado comporta una equivalente reducción de la «deuda» que el mismo tiene con la sociedad como consecuencia de la comisión del delito³³⁷.

En este orden de ideas, considero que la inclusión de una atenuante analógica de dilaciones indebidas sería una alternativa viable para que el Estado pueda reparar parcialmente las conculcaciones al debido proceso de aquellas personas condenadas en procesos penales injustificadamente dilatados. Considero que el remedio adecuado en estos casos es la atenuación antes que la absolución, pues así se logra un equilibrio entre las aspiraciones de la víctima -ya que el delito, a pesar de la dilación, no queda impune- y las del procesado -por cuanto las aflicciones que le produjo la demora injustificada se compensan con la reducción de su condena-.

De lo contrario, siguiendo los lineamientos del TSE, si se estima que las dilaciones indebidas no tienen repercusiones en la graduación de la pena, se estarían contraviniendo los principios de culpabilidad -toda vez que acusado el acusado ya habría extinguido parte de su culpabilidad con la conculcación de sus derechos del debido proceso- y de proporcionalidad -según el cual, las consecuencias de un delito deben ser proporcionales a su gravedad-. En definitiva, la no consideración de esta atenuante, devendría en un resultado injusto (laguna axiológica), al imponer una pena excesiva al condenado. Las propiedades relevantes no tomadas en cuenta por el legislador (hipótesis de relevancia) serían los efectos aflictivos que supone duración excesiva de un proceso judicial para las personas involucradas.

Toda vez que se ha motivado la presencia de una laguna axiológica en el marco de las obligaciones constitucionales e internacionales contraídas por el Ecuador, es hora de analizar cómo los jueces podrían establecer esta atenuante vía analogía.

3.2.2.2 Integración de la laguna axiológica identificada a través de la analogía *in bonam partem*

De acuerdo a lo expuesto, de antemano es posible descartar a la analogía *legis in bonam partem* para la creación judicial de la atenuante de las dilaciones indebidas, pues no es posible encontrar en el COIP otra atenuante con similares características que tenga como *ratio legis* a la compensación o pena natural. La única regla que tiene esta fundamentación es exclusivamente aplicable para los delitos de tránsito, en los casos en

³³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo español 457/2010, Sala de lo Penal, 25 de mayo de 2010.

que los familiares del responsable resulten afectados como consecuencia de un accidente. Sin embargo, esta norma no se asimila en los elementos esenciales a la atenuante de las dilaciones indebidas. Por consiguiente, no hay una circunstancia análoga en el COIP a la atenuante de las dilaciones indebidas.

La opción restante para el juez, sería elevar la abstracción en el procedimiento analógico, para crear la atenuante deseada a partir de un principio que fundamente a toda la atenuación. De este modo, conforme a lo explicado en el acápite precedente, el principio de la disminución del merecimiento y la necesidad de la pena constituiría el molde de la nueva atenuante.

Precisamente, éste ha sido el fundamento del TSE para aplicar la atenuante analógica de las dilaciones indebidas vía analogía³³⁸, y no veo motivo para que este argumento carezca de validez en Ecuador por la fuerza constitucional y convencional con las que se reconocen a las garantías del debido proceso y al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Por los argumentos esgrimidos, se puede concluir que en los supuestos de dilaciones indebidas que afecten al condenado, no hay un merecimiento y necesidad alto de la pena, por todas las aflicciones que éste ya ha tenido que soportar a causa de la demora. En definitiva, la laguna detectada es una concreción del principio de la disminución del merecimiento y la necesidad de la pena. De esta manera, un tribunal penal efectivamente podría atenuar la pena de un individuo perjudicado por dilaciones indebidas en el proceso.

³³⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo Español 504/2003 (Sala de lo Penal) citada en Montiel Fernández, Juan Pablo. *Fundamentos y Límites de la Analogía In Bonam Partem en El Derecho Penal*. Tesis Doctoral. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2008, p. 73. Montiel, 137.

4 Conclusiones

1. La analogía es un método de autointegración del derecho, porque sin recurrir a fuentes externas, permite a los jueces superar las inevitables lagunas jurídicas que devienen de la práctica legislativa. El fundamento de la analogía es el principio de igualdad jurídica y el aforismo jurídico *ubi eadem est ratio, eadem juris dispositio debet*, según el cual, los casos que tienen la misma razón, merecen una igual disposición. La analogía otorga a los jueces auténticas facultades de creación de derecho, aunque limitadas al caso bajo análisis.

2. Se distinguen dos tipos de analogía: analogía *legis* y analogía *iuris*. Por medio de la analogía *legis* se crea una nueva regla para dar solución a un caso afectado por una laguna jurídica, a partir de una regla que regula un caso similar. El caso lagunoso y el caso análogo deben coincidir en los elementos esenciales y, principalmente, en la *ratio legis*.

En la analogía *iuris* se crea una regla para un caso afectado por una laguna jurídica, a partir de un grupo normativo del cual se extrae un principio general. Este principio servirá de molde para dar solución al caso lagunoso. Lo esencial en este procedimiento es que el caso afectado por la laguna sea una concreción del principio extraído.

A su vez, la analogía *iuris* puede presentar distintos grados de abstracción. De esta manera, se distingue entre la analogía *iuris* en sentido amplio, que es aquella que apela a principios generales del Derecho, y la analogía *iuris* imperfecta o analogía *institutionis*, que acude a principios jurídico-institucionales.

3. Las lagunas jurídicas que pueden ser superadas mediante la analogía son de dos clases: normativas o axiológicas. Las primeras responden a cuestiones de plenitud en los sistemas normativos, e implican la ausencia de toda solución para un caso de relevancia jurídica. Las segundas, responden a valoraciones axiológicas, y consisten en la ausencia de una solución justa o satisfactoria.

En el Derecho penal no existen lagunas normativas porque la regla de clausura impuesta por el principio de legalidad, impide que cualquier caso penalmente relevante quede exento de una solución. En consecuencia, solamente pueden identificarse lagunas axiológicas dentro del sistema normativo penal; y solamente éstas podrían ser superadas a través de la analogía *in bonam partem*.

4. En el Derecho penal es importante distinguir entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*. La primera es aquella que se utiliza para crear tipos penales o para hacer más gravosa la punibilidad de lo que se señala en las normas. La segunda, al contrario, se utiliza para crear preceptos normativos que favorezcan al procesado, concretamente, para causas eximentes y circunstancias atenuantes.

5. La analogía, en sus modalidades *legis* y *iuris* está expresamente permitida en nuestro ordenamiento jurídico en disposiciones del Código Civil y del Código Orgánico de la Función Judicial. En el Derecho penal existe una cláusula de prohibición expresa para la analogía *in malam partem*, no así, para la analogía *in bonam partem*.

6. No hay discusión en que la prohibición de la analogía *in malam partem* debe mantenerse. Caso contrario, se vulneraría la garantías que ofrece el principio de legalidad para los procesados. En definitiva, la analogía *in malam partem* viola el mandato de *lex stricta* o principio de taxatividad penal, que prohíbe a los jueces extender los castigos a casos no previstos por los tipos penales.

7. La analogía *in bonam partem*, en cambio, no es contraria al significado político del principio de legalidad. De acuerdo a lo expuesto, éste debe ser entendido como una garantía que protege a las personas frente al poder punitivo. En tanto que la analogía *in bonam partem* no extiende el poder punitivo, sino que su efecto es limitarlo o excluirlo, no contraviene el propósito del principio de legalidad. Muy al contrario, podría decirse que la analogía *in bonam partem* reafirma la finalidad del principio de legalidad, que es limitar el *ius puniendi*.

8. La admisión de la analogía *in bonam partem* contribuiría a la realización de un derecho penal mínimo y permitiría aplicar el Derecho penal en un sentido que favorezca a los derechos fundamentales. El propio COIP, en varios preceptos del libro preliminar, refleja un propósito garantista o de derecho penal mínimo (a pesar de que la parte especial no es consecuente con estas aspiraciones). Además, la Constitución promueve el garantismo en sistema normativo penal. Para que en efecto los jueces puedan construir un derecho penal garantista, se debe dar espacio a prácticas bondadosas para las personas imputadas, como la analogía *in bonam partem*.

9. El activismo judicial que comporta la analogía *in bonam partem* está justificado por la Constitución. En vista de que esta intervención judicial en la parte creativa del Derecho tiene como finalidad constituir resultados más justos a la luz de los derechos

fundamentales, se estarían satisfaciendo los fundamentos y fines de un Estado constitucional de Derecho, o como expresa la Constitución, de un “Estado de Derechos y Justicia”.

10. Se planteó la idea de que la analogía *in bonam partem*, pese a que no vulnera el sentido garantista del principio de legalidad, sí podría afectar el derecho a la seguridad jurídica. Sin embargo, se dejó claro que la certeza en el Derecho ha perdido el sentido absoluto que tenía en los Estados legislativos de Derecho. En estos días, dentro de un Estado constitucional e internacional de Derecho, se entiende que es razonable sacrificar ciertos márgenes de seguridad jurídica para satisfacer plenamente otros derechos, que para un caso concreto, tengan un interés imperante. En este sentido, si bien la analogía *in bonam partem* comporta cierta discrecionalidad judicial y un alejamiento del material legislativo que lesiona la certeza jurídica, este menoscabo estaría justificado para satisfacer otros derechos fundamentales.

11. Sin perjuicio de lo anterior, no debería permitirse una discrecionalidad desmedida en los jueces, que quebrante drásticamente el derecho a la seguridad jurídica. Como se explicó, éste derecho asiste también a la sociedad y a las víctimas de delitos. En consideración a esto, se ha procurado poner énfasis en que el Derecho penal no sólo tiene una finalidad garantista frente a los individuos, sino también una finalidad preventiva que se concentra, ante todo, en la tutela efectiva de bienes jurídicos. Si los jueces, de pronto, tienen demasiadas facilidades y facultades discrecionales para eximir o atenuar las penas, podrían truncarse las expectativas de la sociedad y de las víctimas de delitos frente al Derecho penal.

12. Con el fin de construir un equilibrio entre los fines preventivos y garantistas del Derecho penal y de no menoscabar significativamente el derecho a la seguridad jurídica que asiste a la sociedad y a las víctimas de delitos, se ha acogido la propuesta de Montiel, que consiste en no admitir en nuestro Derecho a la analogía *iuris in bonam partem* en su sentido más amplio. Según lo analizado, la analogía que apela a principios generales del Derecho, otorga al juez facultades de maniobra argumentativa demasiado amplias. Esto alimentaría en exceso la discrecionalidad de los jueces y podría degenerar en arbitrariedad judicial.

En cambio, con la analogía *iuris imperfecta in bonam partem*, el alejamiento del material legislativo es menor. En vista de que la regla creada deberá tener un común

fundamento con el resto de reglas que conforman a la institución jurídica que se tome como referencia, la discrecionalidad judicial no es desmedida. Esta modalidad de analogía sí debería admitirse en nuestra legislación, e incluso, sería la vía más común para que los jueces puedan crear atenuantes o eximentes supralegales.

Con mayor razón debe admitirse la analogía *legis in bonam partem*, pues aquí la discrecionalidad judicial es mínima, ya que la mayoría de propiedades y la *ratio legis* de la nueva regla, se extraen de una sola regla análoga vigente en el ordenamiento jurídico.

12. Se ilustró con dos ejemplos, cómo la analogía *in bonam partem* podría contribuir a eximir o a atenuar la pena ante la presencia de lagunas axiológicas de gran importancia para la realidad social ecuatoriana. Por ejemplo, podría un juez crear una causa de justificación que exima de responsabilidad a los médicos y a las madres que decidan practicar un aborto sentimental, apelando al principio del interés preponderante. De igual manera, podrían crearse circunstancias atenuantes no previstas por el legislador, apelando al principio de la disminución del merecimiento y necesidad de la pena. Se ofreció como ejemplo de éste último procedimiento, a la creación judicial de la atenuante de las dilaciones indebidas, que ya ha sido aplicada de manera supralegal por el Tribunal Supremo español. Los ejemplos explicados en el tercer capítulo ponen de manifiesto la importancia que tiene la analogía *iuris imperfecta in bonam partem* para construir resultados justos en la práctica judicial.

13. En definitiva, la analogía *in bonam partem* está admitida en nuestro ordenamiento jurídico y debe fomentarse en la práctica judicial. Un uso adecuado y limitado de este método, permitiría superar varias inconsistencias axiológicas dentro del COIP, fortalecer las aspiraciones de un Estado constitucional e internacional de Derecho, contribuir a la realización de un derecho penal mínimo, e innovar nuestro sistema normativo penal conforme a las exigencias sociales y económicas de la población .

Bibliografía

- Abraldes, Sandro F. y Javier Esteban De La Fuente. “El aborto no punible en el sistema de las indicaciones” en *Revista de Derecho Penal 2006-2: Eximentes de la responsabilidad penal – I*. Director: Edgardo Alberto Donna. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2006.
- Alcacer Guirao, Rafael. “Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LI, 1998.
- Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- Alexy, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft: Rechtstheorie* 18/4, 1987, p. 406, citado en García Figueroa, Alfonso. “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del Derecho Penal*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: EDLE S.A., 2013, p. 205.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La Constitución 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bacigalupo, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- Baratta, Alessandro. “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal”. *Prevención y Teoría de la Pena*. Juan Bustos Ramírez (director). Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSut Ltda., 1995.
- Barroso, Luis Roberto. *El neconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. México: Universidad Autónoma de México, 2008.

- Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. Estudio Preliminar de Nodier Agudelo B. Tercera Edición. Bogotá: Temis, 2006.
- Betti, Emilio. *La interpretación de las leyes y actos jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1997.
- Bovino, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del puerto, 1998.
- Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I. Madrid: Trotta, 1997.
- Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol II. Madrid: Trotta, 1997.
- Calderón, Guillermo Oliver. “Seguridad jurídica y Derecho penal”. *Revista de Estudios de la Justicia*, No.11, 2009.
- Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal, parte general II: Teoría jurídica del delito*. Sexta edición. Madrid: Tecnos, 2000.
- Cisneros Farías, Germán. *Diccionario de frases y aforismos latinos*. México: Universidad Autónoma de México, 2003.
- Cobo del Rosal, Manuel y Tomás Salvador Vives Antón. *Derecho penal, parte general*. Quinta edición. Valencia: Tirant Le Blanch, 1999.
- Código Civil. RO-S 46, 24 de junio de 2005.
- Código Orgánico de la Función Judicial. RO-S 544, 9 de marzo de 2009.
- Código Orgánico Integral Penal. RO – S 180, 10 de febrero de 2014.
- Código Penal español. LO 5/2010.
- Código Penal, RO – S 147, 22 de enero de 1971.
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe de Ecuador, E/C.12/ECU/CO/3, 2012.
- Constitución de la República del Ecuador. RO 449, 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de junio de 2002.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 27 de Noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Cury Urzúa, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1997.

de Domingo, Tomás. “Neoconstitucionalismo, Justicia y Principio de Proporcionalidad”. *Revista Persona y Derecho*, Núm. 56, 2007, disponible en pdf: http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14725/1/PD_56_11.pdf. (Acceso: 19/03/2015).

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de la ONU, 10 de diciembre de 1948.

Díaz Roca, Rafael. *Teoría general del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

Dondé Matute, Javier. “Derecho penal internacional y Estado de derecho internacional.” en *Estado de derecho internacional*. Coordinadores: Manuel Becerra Ramírez / Nuria González Martín. [en línea]. México: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2012, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3070> (acceso: 17/03/2015).

Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1991.

Dorantes Díaz, Javier. “Algunos argumentos jurídicos especiales. La analogía y la abducción. Los argumentos a contrario y a fortiori”. *Revista Alegatos*, Núm 79. México: diciembre de 2011.

Egas Reyes, Pablo. “La interpretación en materia tributaria” *FORO Revista de Derecho*, No. 3. Quito: UASB, 2004, disponible en pdf:

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1608/1/RF-03-AV-Egas.pdf>.

(acceso:18/03/2015)

Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Tomo Primero. Parte General*. 3ra ed. Santiago De Chile: Editorial Jurídica De Chile, 1999.

Falcón y Tella, José María. *Estudios de Filosofía Jurídica y Política*. México: Instituto de Investigación jurídicas UNAM, 2009, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2699> (acceso: 17/03/2015).

Fernández, Alberto Vicente. *Función creadora del Juez*. Tesis Doctoral. Buenos Aries: Abeledo-Perrot, 1970.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Séptima edición. Madrid: Trotta, 2005.

Ferrajoli, Luigi. “El principio de lesividad como garantía penal” en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 8, No. 79, Medellín: Universidad EARAT, julio-diciembre 2012.

Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, cuarta edición, 2004.

Feuerbach, Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. 1era ed. Giessen, 1847. Trad. Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aries: Hammurabi, 1989.

Galindo Garfias, Ignacio. *Estudios de derecho civil*. México: Universidad Autónoma Nacional de México, 1981.

Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

- Human Right Watch. "Criminalización de las víctimas de violación sexual. El aborto ilegal luego de una violación en Ecuador." Estados Unidos de América, 2013.
- Jáñez Barrio, Tarsicio. *Lógica Jurídica. Hacia una argumentación jurídica*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1997.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Principios del derecho penal, la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- Jiménez París, Teresa Asunción. "Las fuentes supletorias de la ley y la aplicación de las normas jurídicas". *Eprints de la Universidad Complutense de Madrid*, Disponible en pdf:http://eprints.ucm.es/12734/1/Las_fuentes_supletorias_de_la_ley_y_la_aplicaci%C3%B3n_de_las_normas_jur%C3%ADdicas.pdf, p.24. (acceso: 19/03/2015)
- Kelsen, Hans. *¿Qué es justicia?* Tercera edición. Barcelona: Ariel, 1982.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Primera ed. 1960. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- Klug, Ulrich. *Lógica Jurídica*. Bogotá: Temis, 1998.
- Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Liszt, Franz von. *Aufsätze*, citado en Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Bdf, octava edición, 2008.
- López Díaz, Elvira. *Iniciación al Derecho*. Madrid: Delta Publicaciones, 2006.
- Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, parte general, I*. Primera edición, 1996. Madrid: Editorial Universitas S.A., 2006.
- Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli. *La atenuante analógica en dilaciones indebidas. Analogía e interpretación. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., 2007.
- Mezger, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- Mezger, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Bdf, octava edición, 2008.

- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Segunda edición. Buenos Aires: BdeF, 2007.
- Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*. Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, cuarta edición, 1985.
- Montiel Fernández, Juan Pablo. *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*. Tesis Doctoral. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2008.
- Moreso, José Juan. “Conflictos entre principios constitucionales” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- Moreso, José Juan. “Principio de legalidad y causas de justificación”. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, 1989.
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. Segunda edición. Bogotá: Temis, 2008.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de la ONU, Res. 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 25 de marzo de 1976.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. "Seguridad jurídica". *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Espasa, 2001.
- Posada Arboleda, Néstor Raúl. “Limitantes al ejercicio del poder punitivo”, en *Derecho Penal, Parte General – Fundamentos*. Coordinador: Diego Araque Moreno. Segunda edición. Medellín: Sello Editorial, 2011.
- Pozzolo Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, 13 de junio de 2012.
- Redacción Plan V. “Ecuador: las mujeres perseguidas por aborto”, 16/02/2015. <http://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-mujeres-perseguidas-aborto> (acceso: 19/03/2015).

- Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- Ruiz Valerio, José. "El Estado de derecho internacional. Una aproximación cartográfica a su definición." en *Estado de derecho internacional*. Coordinadores: Manuel Becerra Ramírez / Nuria González Martín. [en línea]. México: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2012, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3070> (acceso: 17/03/2015).
- Sainz Moreno, Fernando. "Seguridad jurídica". *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Espasa, 2001, p. 1302.
- Salinas Araneda, Carlos. "Interpretación e integración del derecho canónico" en *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos*. Santiago: Universidad de Chile, 1992.
- Salmón, Elizabeth y Cristina Blanco. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP, 2012.
- Sánchez Ferro, Susana. "Analogía e Imperio de la Ley". *Anuario de filosofía del derecho* N° 13-14. Dialnet, 1996-1997, disponible en pdf: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142348>, p.653.
- Secretaría del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CEDAW). "Ref. Informe para la 60ava Sesión del Comité de la CEDAW (16 de febrero al 6 de marzo de 2015) sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva en Ecuador." Disponible en internet: http://www.planv.com.ec/sites/default/files/informe_cedaw_2015_-_frente_.pdf (acceso: 19/03/2015).
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. "Atlas de las Desigualdades Socio-Económicas del Ecuador", Quito, 2013, disponible en pdf: <http://documentos.senplades.gob.ec/Atlas%20de%20las%20Desigualdades.pdf> (acceso: 19 de marzo de 2015).
- Silva-Sánchez, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Reimpresión de la segunda edición. Buenos Aires: BdeF, 2006.

- Squella, Agustín. *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Tribunal del Reich alemán, sentencia del 11 de marzo de 1927.
- Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal). 1363/2004, 29 noviembre de 2004.
- Tribunal Supremo Español (Sala de lo Penal). 504/2003, 02 de abril de 2003.
- Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal). 5371/2012, 12 de julio de 2012.
- Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal). 622/2001, 26 noviembre de 2001.
- Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal). 655/2003, 8 mayo de 2003.
- Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal). 742/2003, 22 mayo de 2003.
- Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal). 806/2002, 30 abril de 2002.
- Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal). 457/2010, 25 de mayo de 2010.
- Vintimilla, Jaime. “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *Ius Novus* ecuatoriano”. *Iuris Dictio Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*. No. 13, septiembre de 2012.
- Welzel, Hans. *Derecho penal, parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- Yahia, Julieta. “La eximente de aborto terapéutico a propósito de una nueva decisión judicial.” en *Revista de Derecho Penal 2007-1: eximentes de la responsabilidad penal II*. Director: Edgardo Alberto Donna. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: EDIAR, 1998.
- Zavala Egas, Jorge. “Teoría de la seguridad jurídica”. *Iuris Dictio Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*. No. 8, octubre de 2004.
- Zavala Egas, Jorge. *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Quito: Edilex S.A., 2010.

