

JOSE A. SAINZ CANTERO

**Catedrático de Derecho Penal y Vicerrector de la
Universidad de Granada.**

**Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y ur-
gente del Código Penal**



SUMARIO

I. INTRODUCCION

1. Génesis de la Reforma
2. Alcance y significación
3. Líneas orientadoras de la Reforma
4. Valoración crítica

II. ALGUNAS CUESTIONES DE PARTE GENERAL QUE LA REFORMA PLANTEA

1. La noción legal de delito
2. La relación del Ordenamiento penal especial con el Código Penal común
3. La incidencia de la Reforma en el área de la culpabilidad
 - A) *La eliminación de la responsabilidad objetiva*
 - B) *El tratamiento del error*
 - C) *El nuevo caso fortuito*
 - D) *La incidencia en el campo de la no exigibilidad*



I. INTRODUCCION

1. Génesis del Proyecto

A comienzos de 1983 el Gobierno envió a las Cortes un *Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal* que publicó el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 25 de Febrero de 1983. Tramitado por el procedimiento de urgencia, se concedió un plazo de quince días hábiles para la presentación de enmiendas, el cual finalizó el 15 de Marzo.

En el *Congreso*: la Comisión de Justicia lo debatió en dos largas Sesiones (13 y 15 de Abril); el Pleno le dedicó cinco (los días 19, 21, 26, 27 y 28 de Abril). En el *Senado*: el texto remitido por el Congreso se publicó en el *BOC (Senado)* el 12 de Mayo, terminando el plazo para presentar enmiendas el 16 de ese mismo mes; el Pleno lo debatió en una Sesión (el 31 de Mayo), introduciéndose modificaciones de importancia. *Vuelto al Congreso*, el Pleno discutió las enmiendas del Senado en Sesión celebrada el día 16 de Junio, publicándose el texto definitivamente aprobado, en el *BOC*, el 23 de Junio. Cuatro días más tarde, el 27 de Junio, publicaba el *Boletín Oficial del Estado* el texto de la Ley Orgánica que opera la Reforma (Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio).

En un plazo de cuatro meses, las Cortes han producido una reforma de nuestro Código Penal que consideramos llena de interés. Como suele ocurrir desde que se reinstauró el sistema parlamentario en España, en los debates mantenidos en las Cortes (Congreso y Senado) se han introducido extremos importantes, que no figuraban en el Proyecto del Gobierno. Como también viene ocurriendo en las últimas modificaciones del Ordenamiento penal, no se ha pedido informe previo a Universidades, Audiencias, estudiosos del Derecho Penal (que por cierto se han quejado menos que lo hicieron a propósito de la publicación del Proyecto de 1980) y otros organismos y personas interesadas. Solo contaron las Cortes con un Informe del Consejo General del Poder Judicial, al cual se aludió con frecuencia en el debate parlamentario.

Aunque si se leen las actas de estos debates y las noticias de prensa que dieron difusión al Proyecto del Gobierno, se saca la impresión de que la reforma es algo completamente original, tiene dos antecedentes inmediatos muy claros: el *Proyecto de Código Penal de 1980*, de donde se toman la mayor parte de las innovaciones, aunque no todas, y el *Proyecto de Reforma Parcial de 1982*, preparado por el último Gobierno de UCD (siendo Ministro de Justicia D. Pío Cabanillas), que tenía el mismo propósito que la reforma que vamos a estudiar y contenía ya gran parte de sus innovaciones. Como el que ahora nos ocupa, constituía —para utilizar palabras de E. Ruiz Vadiello, su prestigioso inspirador— *un adelanto de la reforma total* de nuestro Ordenamiento penal.

2. Alcance y significación

La Reforma se enmarca en dos coordenadas muy precisas, que aclaran suficientemente su alcance y significación. *Una*, la premura de modificar determinados aspectos del Código Penal vigente que chocaban claramente con las líneas básicas de la Constitución de 1978, o que, por lo arcaico de sus soluciones, resultaban insostenibles. *Otra*, el convencimiento de que la reforma total y en profundidad del Código Penal se dejaba *para después y muy poco después* (al mismo tiempo que se debatía en las Cortes esta Reforma parcial, una comisión de expertos elaboraba un nuevo Proyecto de Código Penal sobre la base del Proyecto de 1980 y las enmiendas formuladas al mismo por los Grupos Socialista y Comunista del Congreso).

Estas coordenadas imponían a la reforma dos condicionamientos claros:

a) Sólo debían abordarse las cuestiones que fuera urgente reformar. Dada la brevedad del tiempo de que se disponía y la rapidez con que se trabajaba, lo prudente era dejar para la inmediata reforma en profundidad todas las cuestiones que no fueran urgentes. En su momento veremos que esto no se ha logrado completamente.

b) De estas cuestiones urgentes que se debían reformar, solamente era aconsejable tocar las que suponían modificaciones que se *podían introducir*, dado que la reforma se hacía inyectando innovaciones en un viejo cuerpo legal, con unos principios informadores y una estructura peculiares que, como cualquier organismo, rechaza los cuerpos extraños. La introducción de cualquiera de estos puede produ-

cir —por decirlo con la frase que acuñó el Ministro de Justicia en la presentación del Proyecto al pleno del Congreso— un *desorden caótico* en el ordenamiento penal. También solo hasta cierto punto la reforma ha tenido en cuenta este postulado tan evidente.

Lo que se acaba de decir explica los dos adjetivos del título de la Ley Orgánica de Reforma (urgente y parcial) que acotan el alcance y significación de la misma: *Urgente*: porque se daba una inadecuación entre el Código Penal que se reforma y el sistema de valores dominantes en la sociedad española actual, encarnados en la Constitución, que obliga a una pronta e inmediata modificación. *Parcial*: porque la reforma total y en profundidad se deja a un nuevo Proyecto de Código Penal que el Ministro de Justicia anunció que “en pocos meses” se presentaría al Parlamento. Confiemos que esos *pocos meses* no sean tantos como el *largo verano* que supuso anuncio análogo en la presentación al Congreso del que fue Código Penal de 1870.

3. Líneas orientadoras de la reforma

Para un observador imparcial que tenga en su mente no sólo lo que dice la *Exposición de Motivos* sobre los principios que informan la reforma, sino, sobre todo, lo que se proclamó acerca de ellos en los debates de las Cortes por parte de quienes presentaban, defendían o patrocinaban el Proyecto del Gobierno, no es difícil cristalizar cuáles han sido las ideas básicas que han inspirado las líneas orientadoras de la Reforma que estudiamos. Para mí, pueden sintetizarse así:

A) *Incorporación al Código punitivo, para dispen-*

darles una protección penal adecuada, de los nuevos valores encarnados en la Constitución española de 1978. Desde la entrada en vigor de ésta, diferentes reformas —integradas en lo que hemos llamado “Derecho Penal de la Transición”— habían tratado de acomodar el Código penal a la Constitución, mediante la tarea de suprimir de aquél los preceptos que chocaban estrepitosamente con ésta. Lo que la reforma actual hace es algo más: trata de introducir los nuevos valores constitucionales en el ordenamiento penal.

A este propósito obedecen, entre otras modificaciones, *las que dan protección penal a determinadas libertades públicas*, que hasta ahora carecían de ella o tenían una tutela penal insuficiente, como la libertad religiosa, la libertad sindical, de huelga y de acceso a los tribunales y *las que dispensan tutela penal al principio constitucional de igualdad de todas las personas ante la ley* (y que abundan en la igualdad de sexo y filiación, de raza, de religión, adscripción política y sindical, etc.), al de *solidaridad* (tutela del medio ambiente, del patrimonio, histórico-artístico, agravaciones específicas de las conductas típicas cuando resulta perjudicada una pluralidad considerable de personas, cuando se produce desabastecimiento, protección penal a los consumidores, etc., etc.), y a la *intimidad personal* (que se invocó en los debates parlamentarios para anclar en él la despenalización de la voluntaria cirugía transexual y la cirugía estética).

No podemos estar de acuerdo, sin embargo, en la invocación de la libertad sexual, que también se esgrimió en el Pleno del Senado, para fundamentar la despenalización de la cirugía transexual consentida. Otorgarle este fundamento puede conducir a inter-

pretaciones forzadas en otras áreas de la reforma; concretamente en los arts. 11 y 18.

B) *Profundización en el Principio de Culpabilidad.* El propósito de la Reforma era —creo que sobre todo— la afirmación del Principio de Culpabilidad en nuestro ordenamiento penal (no sólo en el Código Penal, como después veremos).

Este propósito se declara expresamente en múltiples intervenciones durante el debate parlamentario y, a mi juicio, es el logro mas importante de todo el intento reformador. Es cierto que se exceden los patrocinadores del Proyecto al decir reiteradamente en las Cortes que se trata de *introducir* el principio de Culpabilidad en el Código Penal español, del que se afirma, a mi entender erróneamente, en la Exposición de Motivos, que está “hoy ajeno a nuestro ordenamiento punitivo”. Esto, como saben los penalistas, no es exacto. El principio de culpabilidad informa desde hace muchos años el ordenamiento penal español, lo que ocurre es que no estaba suficientemente desarrollado y existían supuestos de responsabilidad objetiva que era necesario borrar. Lo que hace la Reforma de 1983 es *profundizar* en el principio de culpabilidad, llevándolo hasta cotas verdaderamente estimables, sin que esto permita decir que se han acabado los casos de responsabilidad criminal sin culpabilidad, ya que la culpabilidad no se agota en el dolo y en la culpa. De todas formas, quizás sea esta penetración en el principio de culpabilidad lo mas positivo de la reforma de 1983. El acabar con los supuestos de responsabilidad objetiva y desterrar el principio del *versari in re illicita*, era un objetivo primordial de cualquier orientación consciente de Política Criminal, y esto se ha conseguido. Afinar mas en esa penetración es una meta cuyo logro queda abierto a ulteriores reformas.

La nueva formulación del caso fortuito, la regulación del error, la acertada exportación a la legislación penal espacial del principio de culpabilidad llevada a cabo a través del añadido al art. 7, la fundamentación de la supresión de la multireincidencia, con base en que se trata de una agravación de pena que no corresponde a la culpabilidad del sujeto, y el nuevo sistema de punición de los delitos contra la propiedad, que acaba con los supuestos de negación de la culpabilidad del sujeto que el antiguo sistema incorporaba, solo pueden ser recibidos con aplausos.

Quizás la afirmación que mas veces destaca en los debates parlamentarios es la que trata de afirmar (introducir o incorporar se dice de modo inexacto) el principio de culpabilidad, aunque se tiene buen cuidado en dejar sentado que este principio se entiende "no como una especie de categoría jurídico-moral o espiritual, sino como una institución que entraña, que exige, unas determinadas garantías". (Así lo manifestó el Ministro de Justicia en el Pleno del Congreso). Pese a ello, en el articulado de la Ley de Reforma se rehuye constantemente hablar de culpabilidad, para no tomar partido (sin apercibirse de que tanta asepsia los lleva a tomar partido) en la polémica que sobre la culpabilidad mantiene la doctrina científica. Para quienes siempre hemos concebido la culpabilidad *jurídico-penal* como algo ajeno a cualquier coloración moral o espiritual, y la hemos defendido como soporte y cúmulo de múltiples garantías individuales, esto no es nada nuevo, y nos sorprenden tantos reparos para hablar lisa y llanamente de *culpabilidad*, término que si bien es verdad que tiene una connotación moral, religiosa, o espiritualista, en el ámbito del derecho penal hace mucho tiempo ya que se ha recibido desprovisto de estas cargas extrajurídicas.

C) *Preocupación por trazar una frontera clara entre Derecho y Moral*, con el propósito de que ningún sistema moral de los que coexisten en la sociedad española pueda imponerse sobre los otros mediante la vía de la ley penal. La despenalización de la esterilización voluntaria se fundamentó en esta idea, en el discurso del Senado del Ministro de Justicia.

D) *Voluntad decidida de proceder a una humanización del sistema de penas* que se manifiesta en cuatro direcciones: la atenuación de las penas que se conminan, la supresión de muchos mecanismos que permitan a los Tribunales agravarlas, la ampliación de las posibilidades de reducir la ejecución de las privativas de libertad y el tímido ensanchamiento de las vías de sustitución de estas últimas penas.

En la primera dirección, se inserta la enorme atenuación que supone el cambio del sistema de punición de los delitos patrimoniales.

En la segunda, la supresión de la multireincidencia; la reducción del área de apreciación de la reincidencia; la desaparición de precisiones como la del *art. 511*, que permitía a los tribunales elevar las penas en un grado teniendo en cuenta la alarma producida por el delito, el estado de alteración del orden público, los antecedentes de los culpables y otras circunstancias; la modificación de algunas reglas para la determinación de las penas; la supresión de algunas agravantes genéricas del *art. 10*, etc., etc.

La posibilidad de reducir la ejecución de las penas privativas de libertad se consigue mediante la ampliación que se hace de la institución de Redención de penas por el trabajo del *art. 100*. Después de la reforma, este beneficio se extiende a los condenados a penas de arresto mayor (a los que con anterioridad no

correspondía) y a los que hayan estado privados provisionalmente de libertad. Esta última ampliación se encontraba ya en el Proyecto de Reforma Parcial de 1982 (que por cierto tenía una redacción más afortunada), pero la primera —que no figuraba en el Proyecto del Gobierno— se introdujo en la Comisión de Justicia del Congreso, al aceptar la Ponencia varias enmiendas que proponían modificar en ese sentido el texto del *art. 100* del Proyecto gubernamental.

La vía de sustitución de las penas privativas de libertad, que hoy se acepta en doctrina como postulado político criminal deseable, se ensaya muy tímidamente en la Reforma, reduciéndose a una ampliación del beneficio de remisión condicional del *art. 93*. Aunque esta ampliación es verdaderamente importante, podía haberse avanzado más en esa vía sustitutoria al admitir —como se propuso en alguna enmienda— la suspensión del fallo, institución prevista en el Proyecto de 1980.

La argumentación ofrecida para rechazar la enmienda no carece, sin embargo, de fundamento. Tras aceptar que está en la línea progresista de la Reforma, se dice que hoy no es posible acogerla porque no se tiene cubierta la infraestructura que comporta la aplicación en la práctica de esa institución: “Cuando todavía no están cubiertos los mínimos servicios de informatización de la Justicia; cuando todavía el fallo alcanza a circunstancias de orden civil y a comportamientos en el orden civil que forman parte del fallo, todo esto nos podría llevar a un confusionismo tal dentro de un contexto de reforma parcial que daría al traste con la eficacia de esta reforma urgente”. (La enmienda la había propuesto el sr. Puig Rojo, del Grupo Mixto, en nombre de los Diputados comunistas, y fue rechazada por el señor Granados Cale-

ro— a quien pertenecen las palabras transcritas en nombre del Grupo Socialista del Congreso).

E) *Profundización en los principios de Legalidad y Taxatividad*, con propósito de responder a las exigencias de garantías individuales propias del Estado de Derecho.

En esta línea se inscribe el recorte del arbitrio judicial que lleva a cabo la reforma en las reglas de determinación de la pena, la importante modificación del tratamiento penal que del tráfico de drogas se hace en el *art. 344*, donde se reduce también notablemente ese arbitrio, y el cuidado en el trazado de las nuevas tipicidades donde —con algunas excepciones— se observa precisión y concreción al describir las conductas punibles.

Naturalmente con ello no se consigue agotar el tema del respeto al principio de Legalidad, que si siempre es difícil en la elaboración de cualquier ley penal, lo es mucho más cuando se trata de incorporar nuevos preceptos a un texto antiguo, pero puede afirmarse que en este campo es superior al Proyecto de 1980, que abusó de los elementos valorativos en el trazado de tipos y de las fórmulas genéricas.

F) *Voluntad de ajustar la reforma a los principios básicos de la moderna Política Criminal*, tales como el de intervención mínima, del hecho, de individualización de la pena, de empleo de una dosimetría penal flexible, que evite que el Tribunal se vea obligado a imponer mecánicamente el grado máximo de la pena al concurrir determinadas agravantes, el sistema vicarial, etc.

Este propósito se queda a mitad de camino en muchos de estos aspectos. De ellos quizás sea el principio de intervención mínima el peor tratado, pues se dis-

pensa tutela penal en algunas áreas como la del medio ambiente, protección al consumidor o discriminación en la prestación de un servicio público por pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, sin haber recurrido antes —o no haberlos utilizado adecuadamente— a otros medios de tutela o prevención ajenos al Derecho Penal.

4. Valoración crítica

Si hay que hacer una valoración global, y también de urgencia, de la Reforma penal de 1983, cabe señalar los siguientes pormenores:

1º. En general puede afirmarse que es positiva y ha venido a dar un paso intermedio necesario entre la situación legal anterior a ella y la reforma en profundidad que se ha anunciado, y que desde hace tantos años se viene reclamando como necesaria.

2º. La metódica seguida de *reforma parcial* es posibilista y la más viable ante todo lo que hay que hacer y cambiar en nuestro ordenamiento penal, ya que no debe olvidarse que es reflejo de todo lo que hay que hacer y cambiar en nuestra Sociedad.

Precisamente por lo complejo de la problemática que la Reforma penal presenta, cabría pensar si no es preferible hacer la modificación en profundidad también por este método, dando diversos pasos en los años próximos. Se irían reformando sucesivamente parcelas del Código, teniendo en cuenta la posibilidad de hacerlo.

3º. De la lectura de las actas que reflejan el debate parlamentario se deduce que éste no resultó despro-

visto de una importante carga ideológica, a veces marcada con tintes demagógicos, que indudablemente han perjudicado el nivel técnico de la Reforma y que convendría evitar en las discusiones del anunciado Proyecto definitivo de nuevo Código Penal. Al respecto yo señalaría dos ejemplos que sirven de botones de muestras, y que por desgracia no son los únicos: la supresión de la circunstancia 7^a del art. 9 y la reducción de penas en los delitos contra la propiedad. En ambas cuestiones se intercambiaron argumentos y se hicieron velados reproches que encuentran su raíz en discrepancias ideológicas tajantes y, a veces, revanchistas, que poco tienen que ver con la perfección técnica que debería perseguirse por encima de todo. A quienes se interesen por el tema, los remito a los respectivos Diarios de Sesiones.

4^o. Se acusa a la Reforma de haber sido un *indulto encubierto* y haber potenciado la delincuencia y los niveles de inseguridad ciudadana por la vía de las excarcelaciones. Pienso que en esta crítica hay que matizar.

Desde luego el Gobierno sabía que las excarcelaciones masivas de los años 1975 y 1976 elevaron las tasas de delincuencia. Lo denunciaron a su tiempo las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo y se ha demostrado en trabajos doctrinales publicados con posterioridad. Pero la reducción de penas, y de modo especial las muy severas, desproporcionadas e injustas con que se conminaban los delitos contra la propiedad, había que hacerla. A mi modo de ver el aumento de la delincuencia está evidentemente en las excarcelaciones masivas, pero éstas se han producido irregularmente porque: a) Se han juntado la reforma del Código Penal con la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a la prisión pre-

ventiva. Quizás esta última ha sido la que más delincuentes ha puesto en la calle. b) Se ha suprimido la multirreincidencia y reducido los efectos de la reincidencia sin haber arbitrado el paralelo mecanismo preventivo que el Proyecto de 1980, y los ordenamientos más acreditados del mundo, contemplan para los delincuentes habituales y profesionales. Al suprimir la multirreincidencia y disminuir los efectos agravatorios de la reincidencia se debieron incorporar a la reforma las medidas de seguridad que el Proyecto de 1980 contemplaba para los delincuentes habituales. Si esto no se veía posible (que quizás no lo fuera en este momento), se debió ser más cauto con esas agravantes. No se olvide que lo que más alarma está produciendo son los golpes "bien dados", que son los que dan los delincuentes habituales en cuanto se excarcelan.

5º. Se han hecho reformas que no era urgente hacer. La alusión en el art. 428 a la cirugía transexual consentida es un ejemplo llamativo pero hay otros.

6º. Hay descuidos en la redacción de algunos artículos incorporados o modificados por la reforma que pueden tener consecuencias graves. Como caso digno de ser tenido en cuenta, yo llamaría la atención del lector sobre la redacción del *art. 69 bis* donde se exige para que haya delito continuado (o delito masa en su caso) que se de una "pluralidad de acciones Y omisiones", en vez de "acciones U omisiones" que es lo que se debió y se quiso probablemente decir. También merece destacarse el nuevo texto de la circunstancia 15ª del art. 10, donde se señala como una de las formas de ser reincidente "cuando al delinquir el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo ca-

pítulo de este Código”, sin reparar que en este Código delitos tan afines (a los efectos que se persiguen con la agravante de reincidencia) como el hurto, el robo y la estafa aparecen en capítulos distintos de un mismo Título. A estos desaciertos cabe atribuir también la feísima redacción del n° 3 del art. 8, redundante en lo gramatical y confusa en lo penal sustantivo.

7°. Calificativo más grave que el de mero desacierto merece, a mi juicio, el haber prescindido del art. 50 (cuyo párrafo primero venía aplicando la jurisprudencia a la llamada “preterintencionalidad heterogénea”), sin haber suprimido también la circunstancia atenuante de preterintencionalidad ni haber incorporado el tipo especial de lesiones y homicidio preterintencionales que el Proyecto de 1980 contemplaba. Tal proceder va a crear graves problemas en el campo del homicidio preterintencional (lesiones-homicidio), por constituir la supresión del citado art. 50 un estímulo para que los Tribunales regresen a la antigua doctrina, felizmente abandonada aunque no totalmente, de calificar tales supuestos de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad.

II. ALGUNAS CUESTIONES DE PARTE GENERAL QUE LA REFORMA PLANTEA

La reforma plantea muy interesantes cuestiones doctrinales, de interpretación y de aplicación judicial, tanto en el área de la Parte General del Derecho Penal como en la que corresponde a la Parte Especial. De ellas vamos a tocar en este trabajo algunas de la Parte General que nos parece ofrecen un mayor interés.

1. La noción legal de delito

La reforma da una nueva redacción al *párrafo 1º del art. 1* del Código Penal, párrafo que ofrece un concepto legal de infracción punible.

La modificación consiste en la sustitución de la palabra "voluntarias" que contenía la fórmula hoy derogada, por la expresión "dolosos o culposos" que recoge el nuevo texto.

La finalidad de esta innovación no ha sido —como pudiera parecer en una lectura apresurada— incidir en el área de la culpabilidad, eso se hace en el párrafo segundo y en otros artículos de los que vamos a ocuparnos después. El verdadero propósito ha sido irrumpir en la polémica sobre la interpretación de la palabra "voluntarias", que durante mucho tiempo ha ocupado a la doctrina y a la jurisprudencia. Al mismo tiempo se ha evitado utilizar el término "culpable" para no tomar partido en el debate que sobre la culpabilidad mantiene la moderna dogmática.

Pese a su importancia ha sido escasamente tratada en el debate parlamentario.

Para un técnico, la nueva fórmula abre una serie de interrogantes que deben ser contestados para una correcta aplicación del *art. 1*.

Entre otras se me ocurren:

A) ¿Era urgente la sustitución de la palabra "voluntarias del art. 1º"?

B) ¿Puede considerarse la modificación como una vuelta a la concepción psicológica de la culpabilidad?

C) ¿Es posible reconducir a la fórmula del art. 1º, párrafo primero, al concepto técnico jurídico de delito?

D) ¿No hubiera sido más acertado —puestos a mencionar solo las formas de culpabilidad— hablar de acciones y omisiones dolosas e *imprudentes*?

Contestemos a ellas por separado.

A) ¿Era urgente la sustitución de la palabra “voluntarias” del art. 1º?

Como es sabido, el término “voluntarias” había dado lugar a *varias interpretaciones* entre las que merecen ser recordadas:

a) La que la entendía como la exigencia de que las acciones y omisiones fueran dolosas. Las culposas no estarían conectadas al art. 1, sino a los arts. 565 y 586. Desde Pacheco hasta Groizard, fue ésta la opinión dominante. En la actualidad la mantiene todavía Rodríguez Devesa.

b) La de quienes equiparan la expresión voluntarias a *culpables*, comprensiva por tanto de acciones dolosas y culposas. Defendida esta tesis hoy por la doctrina dominante, es también doctrina jurisprudencial de los últimos años. Entre las publicaciones más recientes, se defiende esta tesis en el libro de Vives Antón y Cobo del Rosal. A ella me he adscrito también yo en mis *Lecciones*.

c) La que sostiene que la palabra “voluntarias” hace referencia tan sólo a la imputabilidad, por cuanto que lo voluntario es antes que nada un concepto psicológico, neutro y no valorativo. A. Quintano Ripollés fue propugnador de esta tesis, que alcanzó escaso éxito en la doctrina y la jurisprudencia española.

d) Una interpretación posterior a las expuestas, es la que hizo Córdoba Roda, y aceptó mas tarde Rodríguez Mourullo, según la cual la expresión “voluntarias” habrá de entenderse como voluntad referida

(opuesta) a la norma, unas veces a la norma que prohíbe el hecho típico (en las conductas dolosas) y otras veces a la norma que impone el deber de cuidado (en las culposas). Se trataría de la voluntad de querer lo prohibido por las normas penales. Abarcaría por lo tanto el *art. 1º* las acciones culposa y las dolosas.

De estas interpretaciones, en los últimos años, se ha impuesto la que equiparaba "voluntarias" a "culpables"; con ella la doctrina jurisprudencial venía resolviendo importantes problemas prácticos que no encontraban previsión legal en nuestro ordenamiento, como el tratamiento del error tanto de tipo como de prohibición; y a ella la doctrina científica recurría también para encontrar soluciones satisfactorias a cuestiones tan espinosas como la deseable absolución en los supuestos de caso fortuito con acto inicial ilícito. Recuérdese a este respecto la solución propuesta por Rodríguez Mourullo.

Podemos decir que nos habíamos acostumbrado a la palabra voluntarias, y estaba mereciendo una interpretación satisfactoria. Por otro lado, pese a fundamentarse en ella la exigencia de culpabilidad, se mantenía la fórmula del *art. 1º* ajena a la polémica sobre este elemento y no suponía, por ello, las connotaciones morales o espiritualistas de que ahora se ha querido huir.

La modificación, a mi modo de ver, no era tan urgente, sobre todo si se tiene en cuenta la inminencia de la reforma total y en profundidad del Código Penal, donde se podía haber abordado.

B) *¿Puede considerarse la modificación como una vuelta a la concepción psicológica de la culpabilidad?*

Característica esencial de la concepción psicológica de la culpabilidad —doctrina hoy abandonada en casi toda la doctrina científica— es que para ella la culpabilidad se agota en el nexó psicológico que une la voluntad del sujeto con el resultado típico y anti-jurídico producido. Lo que importa a la culpabilidad es que el sujeto haya querido dolosamente, o producido culposamente, el resultado penalmente prohibido.

A superar esta concepción, excesivamente estrecha e incapaz de solucionar cuestiones fundamentales que la práctica planteaba, vino la concepción normativa de la culpabilidad propugnada por Frank y desarrollada entre otros por Goldschmidt, Freudenthal y Mezger, así como últimamente por la dirección finalista que la lleva a un concepto valorativo puro. Para la concepción normativa, la culpabilidad no se agota en el nexó psicológico indicado. Para determinar si un hombre es o no culpable, es preciso tener en cuenta además la imputabilidad y lo que Frank llamó “circunstancias concomitantes” (*Begleitungsstände*): el contexto circunstancial en que el sujeto actúa y que es el que permitirá afirmar si le era o no exigible un comportamiento conforme a lo ordenado (prohibición o mandato) por el Derecho.

A esta segunda concepción de la culpabilidad se ha adscrito desde hace muchos años la casi totalidad de la doctrina española, que ha demostrado de forma convincente que la estructura de la culpabilidad en nuestro Código Penal corresponde a la concepción normativa. Recordemos a Rodríguez Muñoz, Jiménez de Asúa y Antón Oneca como los primeros que defendieron este punto de vista que después ha compartido, como se acaba de decir, la moderna doctrina española.

¿Rompe la nueva redacción del *art. 1º* la estructura normativa de la culpabilidad en nuestro Código? Estimo que no, aunque si tuvieramos que atenernos a algunas de las argumentaciones hechas en las Cortes habría que opinar lo contrario, pues con frecuencia se huye de la expresión “culpabilidad” argumentando que este elemento del delito se agota en las formas de dolo y culpa.

Para mí, lo que a la contemplación de la culpabilidad de un ordenamiento penal le da carácter normativo es la conexión del juicio de culpabilidad a los supuestos de “no exigibilidad”, y esto en la nueva versión del Código Penal no ha variado sino que incluso —y aunque tímidamente, como veremos más tarde— se han ampliado los efectos exculpan-tes de la “no exigibilidad”. Continúa, en consecuencia, siendo preciso para hacer el reproche de culpabilidad al autor de una conducta típica y antijurídica que se den tres presupuestos: que el autor sea imputable, que haya obrado con dolo o culpa (exigencia que se hace expresamente en la fórmula legal) y que le sea exigible un comportamiento adecuado a Derecho. Esta culpabilidad normativa —como apuntara Rodríguez Muñoz— sigue siendo también *vinculada y no libre*, pues la pequeña apertura que se ha hecho a través del *art. 18* —al que nos referiremos más tarde— no desata la posibilidad o no de afirmar la culpabilidad del sujeto de lo *expresamente previsto en la ley*.

C) *¿Es posible reconducir la fórmula del art. 1º párrafo primero al concepto técnico-jurídico de delito?*

Un ejercicio mental de gran parte de la doctrina española de los últimos veinte años, ha sido el de reconducir la noción legal de infracción punible del

art. 1º al concepto técnico-jurídico de delito que, como es sobradamente conocido, define a éste como “acción típica, antijurídica, culpable y punible”. La subsunción no resultaba complicada: la exigida acción se recogía en nuestro Código bajo la expresión “acciones y omisiones”, que desarrollaba sus dos formas de hacer y de no hacer; el elemento de la culpabilidad venía recogido en el vocablo “voluntarias”, y los elementos tipicidad, antijuridicidad y punibilidad estarían englobados en el giro “penadas por la ley”, en cuanto que en el contexto del Código no se penan ni las acciones no típicas, ni las que están justificadas por quedar amparadas por una causa de justificación, ni aquellas que no son punibles por acoger excusas absolutorias, no cumplirse la condición objetiva que para que sean penadas es preciso que se de, o no haberse producido el necesario presupuesto para su perseguibilidad.

El esquema resultaba, pues, irreprochable. ¿Se ha roto ahora por la modificación del párrafo 1º del *art. 1º*? ¿No se contiene ya en la noción legal de delito la referencia al elemento culpabilidad? ¿No es posible ahora reconducir la noción del *art. 1º* al concepto técnico jurídico de delito?

A estos interrogantes hay que contestar de modo negativo. La reconducción sigue siendo técnicamente posible, y la culpabilidad continúa figurando como elemento esencial de la noción de infracción punible. Lo que se ha producido es un desplazamiento de la exigencia de culpabilidad, que pasa a englobarse en la frase “penadas por la ley”. En efecto, las acciones y omisiones dolosas o culposas que no sean culpables (como sería el caso de las llevadas a cabo por inimputables o en situaciones de no exigibilidad) son acciones u omisiones *no penadas por la ley* en cuanto

ésta las exime de responsabilidad criminal, con base en las causas de exención de los arts. 1º, 2º y 3º del art. 8 (para los casos de inimputabilidad), en las eximentes 7, 10 y 12 del mismo artículo, y en la recogida en el artículo 18.

D) *¿No hubiera sido más acertado —puestos a mencionar solo las formas de culpabilidad— hablar de acciones y omisiones dolosas e imprudentes?*

Una vez realizada la modificación del párrafo primero del art. 1 que, como se acaba de indicar, no resulta del todo satisfactoria, quizás hubiera sido más acertado utilizar la palabra “*imprudentes*” en lugar de la de *culposas*.

La idea fue debatida en las Cortes (Comisión de Justicia y Pleno del Congreso) con motivo de una enmienda del Grupo Comunista, que recogía el contenido de enmienda semejante que fue formulada a la noción legal de delito del art. 17 del *Proyecto de 1980*.

En su defensa se esgrimieron dos argumentos que nos parecen importantes: La expresión “culpa” (o “culposas”) tiene “resonancias metafísicas” y la palabra “imprudentes” es más comprensible para el lego en Derecho. A ello se podría añadir que, en el lenguaje legal de nuestro Código, la voz *imprudencia* está más arraigada y goza de una mayor tradición que la de *culpa*.

La enmienda no se aceptó “única y exclusivamente” porque implicaba un problema complejo de trámite parlamentario, pero se estuvo de acuerdo en el fondo.

En mi opinión la enmienda debió aceptarse, ya que se trataba de engarzar modificaciones parciales en un

contexto tradicional que tiene una clave idiomática determinada. En ella el lenguaje del art. 565, al que ha de conectarse necesariamente el *art. 1* modificado, resulta esencial. Otra cosa habrá que decir si en un futuro Código se deja de hablar de imprudencia para pasar a un sistema de "*numerus clausus*" de los delitos *culposos* (como era el caso del Proyecto de 1980).

2. La relación del ordenamiento penal especial con el Código Penal común

Una modificación que merece el mayor interés es la que la Reforma opera en el *art. 7*. A esta norma ("No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales"), que tradicionalmente proclama la vigencia de las leyes penales especiales, se añade un párrafo: "*No obstante, si les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo*". La previsión ha merecido en las Cortes más atención de la que podría imaginarse por su extensión.

El nuevo párrafo plantea las relaciones entre el Código Penal común y las leyes penales especiales, que vienen regulándose insatisfactoriamente desde el Código Penal de 1848. La doctrina y la jurisprudencia han suplido con frecuencia la laguna que la regulación legal deja.

La cuestión puede resumirse en pocas palabras: Las necesidades reales han demostrado desde la época de la Codificación que no es posible prescindir de la existencia de leyes especiales.

No parece aconsejable, sin embargo, que queden totalmente desvinculadas del Código Penal común.

Esta vinculación puede conseguirse a través de dos vías:

a) Declarando expresamente aplicables a la materia regulada por leyes especiales los principios básicos, o algunos de ellos, del Derecho Penal común.

b) Declarando el Código Penal común, supletorio de la legislación penal especial, y, por tanto, aplicable en todo lo que esta no regule.

Estos dos caminos no deben considerarse alternativos, pueden ser acogidos ambos.

El Proyecto del Gobierno pensaba solo en la primera vía. Pretendía que fueran aplicables directamente a la legislación penal especial las previsiones que en materia de culpabilidad el capítulo 1º del Título I del Libro I contiene: concretamente el *art. 1*, el *6 bis a)* y el *6 bis b)*. Para ello proponía añadir un párrafo que hacía especial referencia a este capítulo. "No obstante —se decía— si les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo". Las normas en este contenidas serían aplicables *en todo caso* a la materia regulada por las leyes penales especiales. Quizás en este intento había un matiz de carácter político, que en ningún momento se confiesa, pero que puede ser lo que hizo mas largo y apasionado el debate sobre el tema: el deseo de vincular el Código de Justicia Militar a las normas básicas del capítulo.

En el debate parlamentario, tanto del Congreso como del Senado, se ponen de manifiesto dos tendencias que reciben mayoritarias ascripciones:

a) Una opinión contraria a la existencia de leyes penales especiales, que propugnan la absorción de éstas por el Código Penal común. Es una tendencia que en la doctrina penal se viene manifestando desde Pacheco. En la ocasión que comentamos se muestra com-

prensión a qué no es el lugar de proceder a esta absorción una Reforma parcial y urgente.

b) Congruentemente con la tendencia anterior, se manifiesta la de vincular la legislación penal especial al Código penal común, declarándolo *expresamente* supletorio. En este sentido se intentó enmendar el Proyecto del Gobierno en el sentido de que se declarara el Título I, o todo el libro I, supletorio de la legislación penal especial.

La discusión da lugar a la aceptación de una enmienda transaccional por la que se aprueba un nuevo texto del párrafo a añadir, que fue éste: "Sin embargo, les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo y, con carácter supletorio, las restantes disposiciones del Libro I de este Código".

Aprobada la enmienda en la comisión y Pleno del Congreso, fue rechazada en el Senado, volviéndose al texto del Proyecto del Gobierno, que es el que definitivamente ha pasado al Código Penal.

El texto aprobado tiene unas consecuencias que a mi me parece son del mayor interés, y que podrían resumirse así:

a) A través del *párrafo 2º* del *art. 7* se "exporta" a toda la legislación penal especial las exigencias culpabilistas que contienen los *arts. 1, 6 bis a), y 6 bis b)*. Esto hay que valorarlo muy positivamente y tiene especial transcendencia en el campo del Derecho penal Militar.

b) Como consecuencia no querida, y que puede ocasionar algunos problemas, hay que consignar que por la misma vía se consideran aplicables a la legislación penal especial algunos artículos del Capítulo I —como el 5 y el 6— que ni era urgente, ni conve-

niente, ni propósito del Proyecto, aplicarlos al ordenamiento penal especial.

c) No se ha hecho expresa declaración de que los principios generales del Derecho Penal común (Libro I, ó Título I, del Código Penal) tengan carácter supletorio en la materia regulada por las leyes penales especiales.

Es decir: se ha perdido la ocasión de vincular la legislación penal especial al Derecho Penal común. La fórmula aprobada en el Congreso hubiera bastado.

La cuestión que en el campo de la práctica puede plantearse, de cara al nuevo texto del *art. 7*, es la de si verdaderamente el Código Penal tiene hoy carácter supletorio respecto a esa legislación.

Hasta ahora, doctrina —por todos Córdoba Roda en los “*Comentarios*”— y jurisprudencia vienen entendiendo que el silencio del texto legal, no impide que el Código Penal común sea de aplicación supletoria. Las relaciones entre Derecho Penal común y especial —se argumenta— se rigen por estos dos principios: a) Las disposiciones de la legislación especial dentro de su materia, son de aplicación preferente a las del Derecho Penal común; b) Las deficiencias de las leyes penales especiales deben ser suplidas por las disposiciones del Derecho Penal Común.

¿Podremos seguir afirmando lo mismo después del fallido intento de declarar expresamente el carácter supletorio del Código Penal respecto a la legislación especial?

Pienso que sí, pero no se ha debido desaprovechar la ocasión de proclamarlo expresamente. La fórmula óptima, a mi juicio, sería la que consagraba el *art. 16* del *Proyecto de 1980* (“Las disposiciones de este Código se aplican también a los delitos y faltas que se

hallen penados por leyes especiales en todo lo no previsto expresamente por estas”) con el añadido de la enmienda del Grupo Socialista a ese Proyecto (“... y en todo caso se aplicarán los preceptos de este Título”), con lo que se conseguiría también la aplicación directa (no supletoria) de principios tan básicos como el de culpabilidad.

3. La incidencia de la Reforma en el área de la culpabilidad

La reforma incide de modo directo sobre cuatro puntos esenciales del área de la culpabilidad: los vestigios de responsabilidad objetiva, el tratamiento del error, el principio del *versari in re illicita* cuya presencia era patente, y el principio de no exigibilidad. Como antes se ha dicho, hay otros aspectos de la reforma que inciden también en la culpabilidad (multirreincidencia, modificación del art. 7, nuevo sistema de punición de los delitos patrimoniales, etc.) pero los puntos indicados son los que la encaran de frente.

A) La eliminación de la responsabilidad objetiva

El *párrafo segundo* del art. 1 proclama: “No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, solo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa”.

Esta norma no tiene más alcance que el que resulta de la lectura de su texto. No puede afirmarse —como se ha pretendido— que venga a consagrar en nuestro ordenamiento el principio de Culpabilidad. Profundiza en él, en cuanto establece la exigencia de una forma de culpabilidad para la imposición de pena o para imponer una pena mayor, pero de ahí no pasa. La

culpabilidad no se agota en sus formas de dolo y culpa.

Lo que si consigue la innovación es acabar con los vestigios de responsabilidad objetiva que nuestro viejo Código Penal contenía.

Estudiados con acierto por el P. Pereda y por E. Ruiz Vadillo, en sendos y valiosos trabajos, nuestro Código ha mantenido hasta la reforma importantes supuestos que permitían imponer una pena, o una pena más grave, sin base, no ya en la culpabilidad del sujeto, sino incluso sin existencia de dolo o culpa. De entre estos supuestos citan los autores mencionados la *exigencia del acto inicial lícito* que establecía el art. 8, nº 8, al configurar como eximente el caso fortuito; la *precisión del párrafo tercero del art. 1*, que prescribía que “el que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar”; el *tratamiento que recibe la preterintencionalidad* a través del nº 4 del art. 9 y el párrafo 1º del art. 50; la *existencia de delitos cualificados por el resultado* (entre otros el robo con homicidio del nº 1 del art. 501; el aborto con resultado de muerte o lesiones del último párrafo del art. 411 y la previsión del art. 348 para los casos en que por cualquiera de los atentados contra la salud pública, que se tipifican en los artículos anteriores a él, resulte muerte) los *delitos de sospecha*, las *presunciones de culpabilidad*, el *sistema de punición de las lesiones y de los delitos contra la propiedad*, etc.

La existencia de estos supuestos era, a mi entender, anticonstitucional pues como muy bien ha hecho observar E. Bacigalupo recientemente, las exigencias

de culpabilidad y las consecuencias que de ella se desprenden tienen rango constitucional, hasta el punto de que lesionaría los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución una sentencia que condene sin requerir la concurrencia de dolo o culpa, o que no acuerde relevancia al error sobre el tipo o sobre la prohibición.

Con ellos viene a acabar el nuevo *párrafo segundo* del *art. 1*, contribuyendo, por tanto, a la labor de adecuación de la ley penal al texto constitucional.

Su incorporación al Código no supone —sin embargo— ni la proclamación del principio de culpabilidad en todos sus extremos, ni la afirmación de que la culpabilidad sea único fundamento y medida de la pena.

Una cuestión que podría plantearse ante el artículo que estudiamos es la de si su consignación, en la forma que se hace, era completamente necesaria. La definición del *párrafo primero* del *art. 1*, los nuevos *arts. 6 bis a*, y *6 bis b* y otras modificaciones que opera la Reforma, podrían hacer pensar que este segundo párrafo del *art. 1* era innecesario. J.M. Rodríguez Devesa, refiriéndose al *art. 3* del *Proyecto de 1980*, tan similar a éste, ha manifestado que la supresión de ese artículo no perjudicaría la economía del nuevo Código Penal.

En mi opinión el párrafo que estudiamos es no sólo conveniente sino incluso necesario. Debe servir a los Tribunales como regla de interpretación para la solución de cuantos supuestos de responsabilidad objetiva se les presenten en la práctica. El legislador, además de la proclamación de referencia, debe limpiar cuantos vestigios de responsabilidad objetiva existan en el Código, —y lo ha hecho en cierta medida— pero por mucho cuidado que ponga en el em-

peño siempre escapará algún supuesto que los Tribunales deberán interpretar conforme a la expresa prescripción del *art. 1 párrafo segundo*.

B) El tratamiento del error

El segundo punto de incidencia de la Reforma en el área de la culpabilidad es el tratamiento que del error hace el nuevo *art. 6 bis a)*: *“El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.*

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa.

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se observará lo dispuesto en el art. 66”.

Hasta la entrada en vigor de la Reforma, el tratamiento del error era uno de los aspectos más deficientes de todo nuestro ordenamiento penal. La nueva regulación es uno de los temas más conflictivos de la Reforma, como ya ha puesto de relieve la bibliografía sobre tratamiento similar contenido en el Proyecto de 1980.

Para mejor comprender la trascendencia del nuevo *art. 6 bis a)* conviene recordar el estado de la doctrina sobre la cuestión del error.

Abandonada hace tiempo la distinción error de hecho y error de Derecho, hoy es aceptada por todos la que distingue entre *error de tipo* (error sobre un elemento esencial del tipo del injusto) y *error de prohi-*

bición (ausencia de conocimiento de la antijuricidad de la conducta).

Sobre el tratamiento que debe darse al error, los autores coinciden en que el error de tipo cuando es invencible excluye totalmente la responsabilidad criminal y cuando es vencible genera responsabilidad a título de culpa siempre que la figura delictiva de que se trate permita esa forma de culpabilidad.

En cuanto al error de prohibición también hay acuerdo en la doctrina: cuando es invencible excluye por completo la responsabilidad criminal.

Las discrepancias se producen respecto al tratamiento que debe merecer el error vencible de prohibición. En la cuestión se implica la polémica que se mantiene desde hace años entre causalistas y finalistas.

Según los efectos que a esta clase de error se reconocen, se pueden distinguir cuatro teorías diferentes:

a) *La teoría estricta del dolo*. Parte de un esquema causal. Considera el dolo como una forma de culpabilidad. El dolo se integra por el conocimiento del tipo del injusto y el conocimiento *actual* de la antijuricidad. Cuando falta alguno de estos elementos no puede hablarse de actuación dolosa del sujeto; falta el dolo.

En consecuencia, cuando el sujeto incurre en error de prohibición vencible, no existe el conocimiento actual de la antijuricidad y no hay dolo: no existe, por ello, responsabilidad criminal a título de dolo. Como el sujeto, aplicando mayor diligencia o habiendo atendido el deber de cuidado que personalmente la incumbe, hubiera podido salir de su error, responderá a título de culpa, siempre que el tipo que ha causado sea susceptible de comisión culposa.

b) *La teoría limitada del dolo.* Parte de los mismos presupuestos que la que se acaba de exponer. La diferencia con ella radica en que el conocimiento de la antijuricidad que exige para la existencia de dolo no es un conocimiento *actual* sino que se contenta con la *potencialidad* de ese conocimiento: basta que el sujeto, en el momento de realizar la conducta, hubiera podido conocer que actuaba antijurídicamente (se evita así el reproche que se hace de la teoría estricta del dolo: si se exige una representación actual de la antijuricidad de la acción en el momento de realizarse, apenas habría delitos dolosos).

El tratamiento que esta teoría hace del error vencible de prohibición consiste en que excluye la responsabilidad a título de dolo, pero se responde a título de culpa si la figura de delito permite esta clase de comisión. La diferencia con la anterior es que considerará que actúa dolosamente también el sujeto que ha actuado con indiferencia o enemistad hacia el Derecho, o con "ceguera jurídica".

c) *La teoría estricta de la culpabilidad.* Parte de un esquema finalista. El dolo, que pertenece al tipo del injusto, se integra solo por el conocimiento y voluntad del resultado típico. No incluye la conciencia de antijuricidad (se trata de "dolo natural" y no de "dolus malus"), la cual pertenece a la culpabilidad como presupuesto necesario para la formulación del juicio de reproche.

Consecuencia de estos presupuestos es el tratamiento que para los partidarios de esta teoría merece el error vencible de prohibición: el sujeto que en él incurre actúa dolosamente, y por tanto no se excluye su responsabilidad a título de dolo. La ausencia de conocimiento de la antijuricidad en que el su-

jeto incurrir puede generar, sin embargo una atenuación de esta responsabilidad (y por tanto de la pena) porque ello supone una menor reprochabilidad.

d) La *teoría limitada de la culpabilidad*. Parte de los mismos presupuestos que la anterior y concede idéntico tratamiento al error de prohibición. Se diferencia de ella en el ámbito que concede a esta clase de error.

Así, para la teoría estricta de la culpabilidad el error de prohibición comprende tanto aquellos casos en los que el sujeto cree que su conducta está permitida porque desconoce la existencia de la norma prohibitiva, o se la representa defectuosamente (la muchacha que cree erróneamente que en España está permitido el aborto provocado en los tres primeros meses de gestación), como aquellos en que el sujeto conoce la existencia de la prohibición pero cree erróneamente que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación o yerra sobre el ámbito y los límites de la misma.

Para la teoría limitada de la culpabilidad el desconocimiento o conocimiento defectuoso de la norma prohibitiva constituye un error de prohibición. También constituye esta clase de error el que recae sobre el ámbito y los límites de una causa de justificación. El tratamiento a aplicarles es el mismo que el que otorga la teoría estricta de la culpabilidad.

El error que recae sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, en cambio, se considera un error sobre el tipo. La razón está en que parte esta teoría de la de los elementos negativos del tipo, en virtud de la cual se consideran las causas de justificación como elementos del tipo de carácter negativo.

En la doctrina española las cuatro teorías tienen

representación. La teoría estricta del dolo sigue siendo doctrina dominante (Antón, Ferrer, Cuello, del Rosal, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo). La limitada del dolo fue defendida por Jiménez de Asúa. La teoría estricta de la culpabilidad se defiende por Córdoba, Cerezo, Zugaldía, Susana Huerta y en general la joven generación de penalistas, y la limitada de la culpabilidad se propugna por E. Gimbernat, que acepta entre nosotros la teoría de los elementos negativos del tipo.

De cara a nuestras estructuras positivo-legales, Cerezo Mir defiende la viabilidad de la teoría estricta de la culpabilidad, proponiendo para el error vencible de prohibición la afirmación de la pena correspondiente al actuar doloso, con la atenuación prevista en el art. 66.

Córdoba Roda, que como se ha dicho es partidario de la teoría estricta de la culpabilidad, cree, sin embargo, que esta teoría no es aplicable mientras se mantenga la estructura del Código Penal español. Para él, al identificarse dolo con *malicia* —conforme al sentido del art. 565— hay que pensar que el dolo en nuestro ordenamiento exige la conciencia de la antijuricidad (la voluntad opuesta a la norma) además de la intención referida al resultado. En consecuencia de ello, el error vencible de prohibición no constituye en nuestro ordenamiento una actuación dolosa sino un supuesto de imprudencia de Derecho que debe castigarse conforme al art. 565.

Por distinto camino, Mir Puig entiende también que en la estructura positivo-legal actual el tratamiento del error vencible de prohibición debe ser el que le da la teoría estricta del dolo: el dolo no puede limitarse al conocimiento y voluntad referidos al objeto de la acción, sino que debe extenderse

también a la protección jurídica del bien contra que se atenta (la antijuricidad depende de que se conozca que se está actuando contra un bien jurídico protegido). Si falta tal conocimiento, no puede hablarse de que el sujeto actúa dolosamente. Su actuar será culposo en los casos de error vencible de prohibición y fortuito en los de error invencible.

Era necesario recordar aquí el estado de la doctrina y las opiniones sobre el tratamiento del error, de cara a la estructura de las formas de culpabilidad en el Código Penal español, para contestar algunos interrogantes importantes que el *art. 6 bis a)* nos sugiere:

- ¿Qué solución incorpora la reforma?
- ¿Es la más adecuada dado que la incorporación se hace a una determinada estructura positivo-legal?
- ¿Era la regulación del error una cuestión urgente y necesaria que debía abordarse en esta reforma?
- ¿Estamos ante la fórmula adecuada o se trata de una fórmula deficiente que debe sustituirse por otra en el futuro Código Penal?

a) La solución que la Reforma incorpora

Respecto a la primera pregunta, y aunque existen opiniones encontradas sobre el tema, estimo, con Susana Huerta Tocildo, que la solución que el *art. 6 bis a)* incorpora es la de la teoría estricta de la culpabilidad, y precisamente con el matiz que Cerezo Mir propugnaba al remitir el error vencible de prohibición a la atenuación prevista en el art. 66. El protagonismo que Cerezo tuvo en la elaboración del Proyecto de 1980 (de cuyo *art. 20* procede casi textualmente el nuevo *art. 6 bis a)*) explica la solución que se incorpora.

En lo que discrepo de la opinión de Susana Huerta es en que haya que sacar de ello una consecuencia sistemática: que se deba concluir que en nuestro derecho positivo el dolo natural forma parte del tipo del injusto en los delitos dolosos y que la conciencia de antijuricidad forma parte del juicio de reproche de la culpabilidad. A un solo artículo no puede conferírsele la función de ser llave que modifique todo el sistema. En lo que sí lleva razón es en decir que la citada solución “resulta incompatible con una visión causal ó clásica de la teoría del delito”.

b) Valoración de la solución incorporada

Precisamente por la evidencia de que esta afirmación goza, se puede contestar resueltamente a mi juicio la segunda pregunta que hemos formulado: esta solución no resulta adecuada a la estructura de nuestro Código penal. Se ha introducido un cuerpo extraño en nuestro viejo ordenamiento. Un elemento de *distorsión* que va a tener graves consecuencias en la *interpretación doctrinal* —con impacto en toda la teoría jurídica del delito— y en la *interpretación judicial*, en cuanto que el Tribunal Supremo viene aplicando al error vencible de prohibición la solución que propugnan las teorías del dolo.

Considero que se trata de un cuerpo extraño, distorsionador, porque introduce la teoría estricta de la culpabilidad —que como se ha dicho parte de que el dolo, concebido como dolo natural, pertenece al tipo de injusto de los delitos dolosos, y que la conciencia de antijuricidad es un elemento del juicio de reproche de la culpabilidad, de donde se deduce que el que actúa con error vencible de prohibición actúa dolosamente— en un sistema donde el dolo solo puede ser concebido como *dolus malus*, y se

íntegra por la intención del resultado prohibido mas la conciencia de la antijuricidad. Solo en este sentido puede entenderse la voz "malicia" del art. 565, conforme a la argumentación de Córdoba que antes hemos expuesto.

La solución que se adopta no tiene ni siquiera la disculpa que podía alegarse en favor de la misma solución del Proyecto de 1980: se busca el castigo a través del art. 66 (en aquel texto el 81) de los supuestos en que el sujeto actúa con error vencible de prohibición, porque al haber prescindido del sistema de *numerus apertus*, de cláusula general, para el castigo de los delitos culposos, podrían quedar impunes algunos casos de conducta errada merecedores de pena (por no haberse tipificado expresamente el correspondiente tipo culposo). Hoy esa disculpa no existe: la Reforma ha mantenido la cláusula general del art. 565.

A mi juicio la solución adecuada a la estructura de nuestro viejo Código Penal —que no ha sido modificada por esta reforma— había de conceder igual tratamiento al error vencible sobre el tipo que al vencible sobre la prohibición, esto es, la solución que propician las teorías del dolo.

Esta solución, como se ha dicho, es la que últimamente estaba aplicando la jurisprudencia española, por lo que la fórmula legal hubiera enraizado con una tradición jurisprudencial ya firme.

c) La urgencia y necesidad de la regulación del error

La tercera pregunta que nos hemos hecho nos fue sugerida por la lectura del debate parlamentario sobre el art. 6 bis a). En algunas de las enmiendas pre-

sentadas se pedía la supresión de este artículo por estimar que se trataba de una cuestión que no era ni urgente ni necesaria. No era urgente, porque podía esperar al anunciado inminente nuevo Código Penal. No era necesaria, porque las proclamaciones del art. 1 ("No hay pena sin dolo o culpa") y la definición legal de infracción punible del párrafo primero de ese artículo, otorgarían el mismo tratamiento al error sin existir el artículo que estudiamos.

¿Puede en realidad suscribirse esta enmienda?

Estimo que no. Para mi, la prescripción del *art. 6, 1* del Código Civil ("La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen"), obligada a *regular expresamente* en el Código los efectos que en el ámbito del Derecho Penal se concedían al error, si se le quería reconocer alguno. Como con razón ha hecho observar A. Torío, la declaración del *art. 6, 1* del Código Civil equivale a proclamar que el error de Derecho carecerá de eficacia *preter legem* o en virtud de la aplicación de la analogía. En otras palabras, vincula la materia de los efectos del error de Derecho al principio de legalidad, "sin que sea posible su reconstrucción teórica, atendiendo solo a las exigencias dimanantes del principio "no hay pena sin culpabilidad" ".

Hasta ahora el error venía recibiendo en Derecho Penal un tratamiento, más o menos satisfactorio, que le daba la jurisprudencia. Este tratamiento, sin embargo, no encontraba apoyo en ninguna previsión legal. Coincidió, como ya se ha dicho, con la solución propiciada por las teorías del dolo. Tenía amparo en el principio "no hay pena sin culpabilidad", que tampoco encontraba expresa proclamación legal, y en la exigencia de que la acción fuera culpable para que se

podiera hablar de infracción punible (que se apoya a su vez en una interpretación doctrinal y jurisprudencial de la debatida palabra "voluntarias" del *art. 1 párrafo primero*).

La solución alternativa que proponía un sector cada vez más numeroso de la doctrina, tampoco tenía un fundamento legal. Se propiciaba la teoría estricta de la culpabilidad, con apoyo en la analogía *in bonam partem*. Por eso se reenviaba el tratamiento del error evitable de prohibición al *art. 66* del Código Penal, por estimar que se estaba ante una *situación análoga* a la que contempla el *art. 8, nº 1* para los semiimputables. En este punto, el trabajo de A. Torío, "*El error iuris. Perspectivas materiales y sistemáticas*", del año 1975, es suficientemente esclarecedor.

Ninguna de estas soluciones puede ser aplicada si no se incorporan expresamente en la ley penal. Seguir aplicándolas sin esa precisión expresa conculcaría el principio de legalidad al que el *art. 6, 1* del Código Civil ha vinculado el tratamiento del error.

Parece, por ello, y frente a lo que creían los enmendantes a que antes me he referido, que el incorporar a la ley penal el tratamiento del error era urgente y necesario.

d) La fórmula utilizada

Cuestión distinta es la que plantea la cuarta pregunta que nos hemos hecho y que tiene fundamento también en una enmienda discutida en las Cortes: *¿Estamos ante la fórmula adecuada o se trata de una redacción deficiente que debe ser sustituida en el futuro Código Penal?*

En el Congreso se pidió la retirada del *art. 6 bis b)*

con base en la cuestión que la pregunta encara, alegándose que es excesivamente indeterminada, que deben distinguirse más clases de error y que debe exigirse que el error sea *probado*.

De ellas es sin duda la objeción mas seria la que le achaca ser una fórmula indeterminada, que no explicita las diversas clases de error que pueden presentarse. En esta línea, J.M. Zugaldía había escrito —refiriéndose al *art. 20 del Proyecto de 1980*— que dada su indeterminación “las posibilidades interpretativas que ofrece este precepto son virtualmente ilimitadas”, y propuso que se incorporara otra fórmula que utilice expresiones más claras que la doctrina científica tiene acuñadas. Quería decir Zugaldía que se llamara al error de tipo por su nombre y al de prohibición por el suyo, y que, dentro de éste, se distinguieran sus diversas modalidades.

A mi entender, la objeción de indeterminación que al texto se hace es acertada. La fórmula que ha incorporado el *art. 6 bis a)* se presta a múltiples interpretaciones (Zugaldía, sin pretensiones de agotar la lista de posibilidades, aporta cuatro con sus respectivas variantes) y amenaza con incidir, creando allí también confusión, en otras áreas de la teoría del delito (tipo penal, elementos integrantes del dolo y lugar sistemático de éste, tratamiento de la culpa de derecho, etc., etc.). Para el Código Penal nuevo que se proyecta debe ser modificada (independientemente ahora del tratamiento que se de al error evitable de prohibición).

La modificación que cabe hacer incide sobre dos aspectos del precepto:

a) La referencia que hace el *art. 6 bis a)* a la “infracción penal” (“... elemento esencial integrante

de la infracción penal...”), que es lo que permite la duda que denuncia Zugaldía sobre si el primer párrafo se refiere ya también al error de prohibición, en cuanto que la antijuricidad es indudablemente un elemento esencial de la infracción penal (del delito o falta).

b) En el párrafo tercero debe distinguirse entre el *error sobre la existencia de la norma abstracta* (prohibitiva o permisiva), el *error sobre la existencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación*, y el *error sobre el ámbito y alcance de una causa de justificación*. Si se quiere dar a las tres clases un tratamiento unitario, debe decirse así expresamente.

En cuanto a los términos a utilizar para nominar a cada clase de error, entiendo que deben usarse los ya acuñados por la doctrina —y que nuestra jurisprudencia viene utilizando reiteradamente— pues en esta materia del error, más que en ninguna otra, el legislador está obligado a proceder, no sólo con claridad, sino con el mayor rigor técnico a la hora de hacer una regulación.

C) El nuevo caso fortuito

Impacto importante de la reforma en el área de la culpabilidad lo supone la nueva regulación del caso fortuito. Viene a solucionar la cuestión que en el campo de la doctrina y la práctica tenfa planteada la redacción del *art. 8, n^o 8*, hoy ya suprimido. Recordemos brevemente cuál era la situación anterior.

El *art. 8, n^o 8* eximía de responsabilidad criminal a “el que, en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo”.

Para eximir de responsabilidad se exigía pues que

la acción inicial fuese lícita, excluyéndose del ámbito de la eximente todos aquellos supuestos en que el sujeto produce un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo, pero el arranque inicial era ilícito: estaba realizando una conducta ilícita. Esta consecuencia era contraria al principio de culpabilidad, en cuanto se penaba por la producción de un resultado antijurídico que no se había causado ni por dolo ni por culpa.

La doctrina explicaba esta restricción del principio de culpabilidad por el peso que en nuestro ordenamiento tenía el principio del *versari in re illicita*: quien realiza un acto ilícito responde de todas las consecuencias de dicho acto, aunque no fueran ni previstas ni queridas, ni previsibles por él (*qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*).

Para evitar la consecuencia anticulpabilista indicada, los autores proponían varios procedimientos (considerar el n^o 8 del art. 8 una causa de justificación y construir el caso fortuito con apoyo en la exigencia de culpabilidad del art. 1, que propuso Rodríguez Muñoz; estimar que en el art. 8, n^o 8 no están recogidos todos los supuestos de caso fortuito sino solo uno de ellos —el que se inicia con conducta lícita— y conectar el otro a la definición del art. 1, que propuso Rodríguez Mourullo; invocar una causa suprallegal de inculpabilidad para exculpar los supuestos de caso no incluidos en la eximente 8^a, que aconsejó Cerezo Mir, etc.), pero había cierto consenso en afirmar que la vía preferible para solucionar el problema era la reforma de la regulación del caso fortuito con una nueva fórmula que prescindiera del requisito del “arranque inicial lícito”.

A esta meta es a la que se propone llegar la Reforma, que incorpora un nuevo artículo, el art. 6 bis b),

que establece: "Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible". Consecuentemente, se deja sin contenido el n^o 8 del *art. 8* y se suprime el *art. 64*, que remitía al *art. 565* cuando no concurrían todos los requisitos exigidos en la eximente 8^a.

El nuevo texto consigue desde luego acabar con el residuo del *versari* que la eximente 8^a contenía, pero plantea una serie de cuestiones entre las que me parecen de interés las que hacen referencia a la necesidad de la regulación expresa del caso fortuito, a su lugar sistemático, y a la determinación de lo que deba entenderse por "mero accidente". Analicémoslas por separado.

a) ¿Era necesario hacer una expresa regulación del caso fortuito después de la insistencia que hace el *art. 1* en la exigencia de dolo y culpa para que nazca responsabilidad criminal? Lo innecesario del *art. 6 bis b)* fue una de las objeciones que más se repitieron en el debate parlamentario. Se alegó que los resultados que con él se obtienen se conseguirían igual sin su existencia, por aplicación del *art. 1 párrafos primero y segundo*.

La ponencia, y el Grupo parlamentario que apoyaba al Gobierno, reconoció que es así, pero no aceptó la enmienda por lo que llamó una razón "de pura estrategia": "Para que los jueces tengan una clara posición interpretativa, respecto de la introducción de la nueva Filosofía que se establece en el *art. 1*".

A mi juicio, el *art. 6 bis b)* no es en absoluto redundante. Además de las razones que a este respecto se deducen de lo que decimos más adelante sobre el significado de la expresión "si el hecho se causare por mero accidente", la expresa consignación del caso era

necesaria por el peso abrumador que tradicionalmente ha tenido el principio del *versari* sobre la interpretación jurisprudencial (recuérdese que hubo época en que, sin apoyo legal, lo extendió al campo de la imprudencia). Viene a dejar bien claro que la antigua regulación del caso no solo ha desaparecido, sino que ha sido sustituida por otra distinta. En este punto la reforma es muy plausible.

b) No lo es tanto en la segunda cuestión planteada. Decidida la regulación expresa del caso, no había razón de peso que aconsejara sacarla del lugar que tradicionalmente tenía: el catálogo de eximentes del art. 8.

En mi opinión, la enmienda que pretendía situarlo en ese lugar debió aceptarse. Al no haberse hecho así, debe tenerse muy en cuenta la propuesta para el futuro Código Penal. En este nuevo texto penal, el caso fortuito debe insertarse entre las eximentes. Para ella yo propondría la siguiente redacción: *Art.... "Están exentos de responsabilidad criminal: ... El que causa el hecho por mero accidente, sin dolo ni culpa"*. Es-timo que no es preciso decir que el hecho se reputará fortuito, como se dice ahora.

La inclusión en el art. 8, por otro lado, no compromete en nada la naturaleza de la eximente (las hay de naturaleza muy distinta dentro de él, como es sabido) y evita el tener que utilizar las expresiones "no será punible" (que es lo que dice el art. 6 bis b)) o "no será reprochable a su autor" (que decía el Proyecto de 1980), las cuales han dado lugar a discrepancias por comprometer la naturaleza de la exención.

c) La tercera cuestión que planteábamos en torno al nuevo caso fortuito es la que pregunta por la significación que cabe dar a la expresión "por mero acci-

dente" que se utiliza. ¿Basta para eximir de responsabilidad criminal con base en este artículo que falte dolo y culpa o se precisa un ulterior requisito?

En este punto entiendo que no ha variado la exigencia que hacía la eximente 8ª y que convincentemente puso de manifiesto Rodríguez Mourullo: la alusión del texto legal a que el hecho *se cause por mero accidente* tiene un significado muy preciso e indica que para aplicarlo no basta con la ausencia de dolo y culpa. Se precisa algo más.

Son necesarios dos requisitos: uno de carácter negativo: la ausencia de dolo y culpa; otro de carácter positivo: que el hecho se haya causado por "mero accidente". En esto se diferencia esta causa de exención de responsabilidad criminal de las que solo consisten en la ausencia de dolo y culpa, como es el caso del error invencible de tipo o de prohibición.

¿Cuándo se causa un resultado típico y antijurídico "por mero accidente"? ¿En qué consiste este requisito?

Consiste en que el hecho causado fuera *absolutamente imprevisible*. Esta imprevisibilidad no debe medirse con criterios subjetivos, en el sentido de hacerla depender de las personales facultades de previsión del autor, afirmándose en consecuencia de ello que si el sujeto no puede prever el resultado, dadas sus condiciones personales existe caso. Esto se confundiría en definitiva con la ausencia de culpa. Como observó Rodríguez Mourullo, si por *caso* ha de entenderse *el accidente que escapa a la regla general*, no es posible afirmar su existencia cuando la producción del resultado se ajusta a la regla general del proceso causal concreto, aunque el sujeto no pudiera conocer por sus condiciones personales esta regla ge-

neral. "No todo resultado sin dolo ni culpa, según cuanto dispone el art. 8 n^o 8, merece la calificación de fortuito, sino únicamente aquel resultado que aparece objetivamente como mero accidente en el proceso causal".

En consecuencia: la exigencia legal de que el hecho se cause *por mero accidente* obliga a una objetivación del criterio para afirmar o no la previsibilidad de la producción del hecho.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había pronunciado ya respecto a la antigua normativa del caso. Así la *STS de 26 de Noviembre de 1981* dice que no basta que tal imprevisibilidad hubiere sido subjetiva (esto es que el evento no fuera previsible para el autor) sino que debe ser objetiva (es decir: que tampoco hubiera podido ser racionalmente previsto por cualquier otra persona con capacidad psíquica normal).

Resultado de todo ello es que no basta con la ausencia de dolo y culpa para apreciar la eximente del art. 6 bis b). Es preciso que además el hecho sea causado por mero accidente. Se causará así cuando su producción sea imprevisible, conforme a la regla general del proceso causal, por cualquier persona psíquicamente normal.

D) La incidencia en el campo de la no exigibilidad

La doctrina española dominante viene aceptando la vigencia en nuestro Código Penal del principio de no exigibilidad.

Se admite que constituye el fundamento de determinadas eximentes (estado de necesidad subjetivo, miedo insuperable, obediencia debida, y el encubrimiento entre parientes) y que ha sido incluso incor-

porados a algunos tipos penales como ocurre en los arts. 489 bis y 338 bis.

También se acepta que los efectos del principio son limitados y no libres; esto es: que al trazar cada eximente fundamentada en la no exigibilidad el legislador ha fijado unos contornos, establecido unos requisitos, que limita los efectos del principio. La consecuencia es que quedan fuera del ámbito de aplicación de las respectivas eximentes algunos supuestos de no exigibilidad, en los que habrá que condenar pese a faltar ese último presupuesto de la culpabilidad.

De esto se deriva que todo lo que suponga avanzar el campo de aplicación de esas eximentes, significará profundizar en el principio de culpabilidad.

En este punto es precisamente donde impacta la Reforma en el área de la culpabilidad. La modificación del *art. 18* supone una ampliación —aunque como veremos en seguida excesivamente tímida— de los efectos del principio de no exigibilidad.

El nuevo texto del *art. 18* dice: “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, o de persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número 1 del artículo anterior”.

La ampliación reside en que se extiende el beneficio a aquellos supuestos en que se encubre a personas a quienes se halle ligado el encubridor por una *relación de afectividad que sea análoga a la que existe entre los cónyuges*. Nada más, en cuanto que la otra modificación operada (“... por naturaleza”...) no su-

pone una ampliación sino una redacción distinta que evita la palabra *legítimo* ya que antes también comprendía a *los naturales*.

Hay que llamar la atención sobre los siguientes particulares:

1º. Que la situación de analogía que se establece lo es solo referida al cónyuge.

Esta limitación tiene —a mi modo de ver— una explicación que resulta clara de la lectura de las actas que recogen el debate parlamentario. En ningún momento se tiene conciencia que al modificar los arts. 11 y 18 (ambos se debaten juntos) se está ante la trascendental cuestión de la *no exigibilidad*. Si se hubiera tenido esa conciencia, el debate se habría orientado por otros derroteros y hubiera resultado todo más claro.

Lo que preocupa, lo que se ve en primer plano, es la necesidad de equiparar al matrimonio legalmente contraído relaciones análogas, que constituyan una *realidad social* efectivamente. Se percibe esto nítidamente en el debate de las Cortes: se argumenta diciendo que ya en el Derecho Laboral se vienen concediendo pensiones a los “superstites” de esas relaciones “matrimoniales” no formalizadas legalmente, y que en Derecho Civil también se les concede indemnizaciones cuando proceden. No debe extrañar que resuelto este problema se dieran por satisfechos y no atendieran a las otras dimensiones que el *art. 18* presentaba.

2º. Que no se exige —a diferencia de lo que se hace al dar nueva redacción a la circunstancia mixta de parentesco del *art. 11*— un *ligamen permanente* (“persona a quien se halle ligado de *forma permanente* por

análoga relación de afectividad...”) lo que supone una mayor amplitud que si así se hubiera hecho, por tratarse de un requisito restrictivo.

3^o. Que continúan quedando fuera del área de la exención las relaciones de afectividad análogas a las que se tienen con los ascendientes, descendientes y hermanos. Sobre la necesidad de que la exención se extendiera a esta clase de relaciones llamó la atención Pacheco ya en sus *Comentarios* al Código Penal de 1948.

Determinados así los perfiles de la nueva eximente, a mí se me ocurren una serie de interrogantes que, sin duda, habrán de plantearse al intérprete a la hora de la aplicación del art. 18.

a) Pese a no exigir el art. 18 un ligamen permanente entre el encubridor y el encubierto que tengan una relación análoga a la de los cónyuges, ¿la exigirán los Tribunales?

En el Senado se apuntó la posibilidad de que los Tribunales, *tratando de encontrar un criterio objetivo* para medir la afectividad, establecieran la exigencia de la permanencia del vínculo por analogía con lo que dice el art. 11. Si no se hace así, habrá que admitir que entran en la exención del art. 18 las *relaciones esporádicas*.

Pienso que al exigir un ligamen permanente restringiría los efectos de la no exigibilidad, proceder que no me parece deseable. Por otra parte, la relación de afecto no depende siempre de la mayor o menor permanencia.

Si efectivamente se quiere objetivizar la exención, los Tribunales deberán establecer, libre pero cuidadosamente, los criterios de estimación que no han de

girar en torno a la mayor permanencia de la relación, sino sobre si se da en el caso concreto una situación de no exigibilidad de una conducta distinta. El indudable fundamento de la exención, debe ser el principio que oriente la interpretación del ámbito y alcance de la eximente.

b) ¿Son relaciones de afectividad análogas a las existentes entre cónyuges las que existen entre novios?

Estimo que sí. Entre ellos puede darse una situación de afectividad digna de ser tomada en cuenta porque genera una situación de no exigibilidad. En este sentido Pacheco habló del novio o la novia al comentar el art. 18 como antes hemos recordado.

c) ¿Caben en la exención del art. 18 las relaciones homosexuales o lésbicas que puedan ser análogas a las mantenidas por los cónyuges?

Si se da la situación de no exigibilidad a que acabamos de referirnos, no hay obstáculo legal que lo impida. Por el contrario, existe a favor de su inclusión un criterio interpretativo que puede extraerse de la exposición que sobre la Reforma hizo el Ministro de Justicia en el Pleno del Senado. Tratando de fundamentar la despenalización de la cirugía transexual consentida, invoca la *tolerancia hacia las actitudes minoritarias* que, dice, es un importante componente de la Democracia, hablando del "respeto y la comprensión hacia las manifestaciones, por minoritarias que sean, en que se concreta el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana".

Si esa es finalidad de la Reforma, no cabe duda de que dentro del art. 18 están, en la voluntad del legislador, las relaciones de afecto homosexuales que

constituyen manifestaciones externas en que se concretan el "libre y pleno desarrollo de la personalidad" de determinadas minorías que componen la sociedad española.

Esta consecuencia —que habrá de sacarse también a la hora de aplicar el art. 11 siempre que se de el requisito de permanencia— lleva a la reforma demasiado lejos, a mi modo de ver. Si se quiere corregir, podrá hacerse quizás sobre el argumento de que tal relación no es análoga a la de los cónyuges porque ésta se refiere a una relación heterosexual. La argumentación es débil, hay que admitirlo, pero no se me ocurre otra parte evitar la excesiva amplitud del texto aprobado.

Otras muchas cuestiones, de Parte General y de Parte Especial, plantea al intérprete la Reforma que acaba de aprobarse. La doctrina y la jurisprudencia española tienen ante sí un apasionante y árduo campo de estudio en cuanto la nueva normativa se ponga en rodaje. Las conclusiones a que se lleguen habrán de ser, además, de gran utilidad para el ajuste de la reforma en profundidad anunciada. Aquí no podemos extendernos más. Basten las cuestiones abordadas para una simple reflexión de urgencia, que es la que nos hemos propuesto hacer en este trabajo.

Torre del Mar (Málaga)
Julio de 1983