

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo.

**Aplicación del nuevo artículo 1 del Código Penal al
aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del
Tribunal Supremo.**

En las recientes sentencias de 30 de Marzo y 3 de Abril de 1985, ha afrontado el Tribunal Supremo por primera vez, tras la Reforma de 1983, el tema de la aplicación del principio de culpabilidad a los delitos cualificados por el resultado, en referencia particular al tipo de aborto con muerte, a cuyo objeto lleva a cabo un estudio acerca de la proyección, o integración, del nuevo artículo 1 C.p. con el último párrafo del artículo 411.

Dicho con todo respeto, la doctrina que ellas sientan nos parece equivocada, hasta tal punto que no dudáramos en calificarlas de históricas si acabase prosperando su criterio. El valor de las mismas no se limita al delito de aborto, sino que la amplitud de sus apreciaciones se extiende a los restantes delitos cualificados por el resultado, y aún más allá de ellos parece como si quisiera verse aplicado a otros dominios del Código en que puedan contenerse restos de responsabilidad sin culpabilidad.

Huelga por ello destacar la importancia de estas dos sentencias que, por otra parte, en su plausible afán de buscar la justicia, rozan a nuestro juicio los límites de la aplicación libre del derecho, con el inherente daño para la seguridad jurídica y el principio de legalidad, propios de un estado de derecho.

En las reflexiones que siguen pretendemos tan

sólo contribuir a establecer las bases para la solución de la problemática abordada por el Tribunal Supremo en dichas Sentencias.

PRIMERA PARTE. ANTECEDENTES

I. Sentencia de 30 de Marzo de 1985 (1)

1. *Supuesto de hecho.* Los hechos que se declaran probados, en la parte que interesa al tema, son los siguientes: “La fallecida J.A.A., de 34 años de edad, esposa del procesado J.R.M., padre de dos niños de corta edad, al haber quedado embarazada, comentó con su esposo la posibilidad de interrumpir la gestación, sin que hubieran llegado a ninguna conclusión definitiva, si bien decidieron mantener oculto el embarazo; pero como J.A.A. conociese que la también procesada Sira F.G., se dedicaba a tales prácticas en la localidad de Cangas de Narcea, se puso en contacto con ella quien la aconsejó esperar cierto tiempo, bajo el pretexto de un menor riesgo en la operación; durante el mes de junio de 1982, sin que puedan precisarse con exactitud las fechas J.A.A. acudió en tres ocasiones al domicilio de la procesada Sira, realizando ésta manipulaciones en la embarazada e introduciendo un objeto punzante que perforó la matriz y peritoneo, presentando un orificio de aproximadamente medio centímetro de diámetro, totalmente redondeado y situado aproximadamente a unos tres centímetros de la línea media del útero. Como el aborto no se producía, J.A.A., que no se encontraba en buen estado, el día 1 de julio de 1982, encontrándose ya entre el 5º y 6º mes de embarazo, y sin que conste

(1) Se encuentra recogida en la Colección Aranzadi, 1985, nº 2052.

que el marido conociese su resolución, acudió de nuevo al domicilio de la procesada Sira, alrededor de las 17,40 horas, y una vez en dicho domicilio le sobrevino la muerte como consecuencia de las maniobras ya consignadas, por proceso aséptico (sic); inmediatamente antes del óbito, la procesada Sira viendo el estado de J.A.A., llamó telefónicamente al Dr. RC... y al no encontrarlo en su domicilio se trasladó en unión de otra persona, procesada igualmente, a buscar un facultativo... a quien condujeron hasta el domicilio de Sira, percatándose el doctor de la ausencia de gente y de que la vivienda estuviese cerrada con llave, al igual que la habitación, donde en el suelo, y en posición de cúbito se encontraba J.A. A., ya cadáver”.

2. *Calificación del Tribunal “a quo”*. La sentencia califica los hechos imputados a la procesada Sira en calidad de autora como constitutivos del delito de aborto con resultado de muerte previsto y penado en el art. 411 último párrafo del Código penal, prescribiendo la pena de doce años y 1 día de reclusión menor con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial durante siete años para prestar cualquier género de servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos, públicos y privados; y la condena a indemnización civil de 1.500.000 ptas. a cada uno de los hijos de la fallecida.

3. *Motivos de casación*. La representación de Sira interpuso recurso de casación por quebrantamiento e infracción de ley, referido este último a la infracción por aplicación indebida del art. 411 párrafo último. La infracción se hace consistir en la ausencia de relación de causalidad entre la maniobra abortiva y el resultado letal que el complejo delictivo precisa.

En la ampliación, ofrecida por el TS a la vista de la Ley de reforma de 23/6/1983, la parte recurrente añade “a los razonamientos (ya expuestos) se incorporaba ahora la infracción del nuevo art. 1, párrafo 2º, al no cumplirse la exigencia de causación del ulterior resultado más grave, y al menos, a título de culpa, exigencia que había de resultar nítidamente del hecho probado y como resultado de una prueba al margen de toda presunción que no sea la de inocencia del reo”.

4. *Sentencia del Tribunal Supremo.*

4.1. El TS, en el particular referente a la existencia de nexo causal entre las maniobras abortivas y el resultado de muerte, declarado en los Hechos probados del Tribunal “a quo”, reafirma la relación de causalidad en un expresivo Considerando (2).

Respecto del resultado muerte, la sentencia de casación precisa que no se actuó con dolo homicida, ni directo ni eventual (3), y entiende que hay, sin duda, culpa consciente (4).

(2) Dice el pertinente Considerando: “La afirmación del *factum* de que la muerte de la embarazada sobrevino como consecuencia de las maniobras (abortivas) por proceso séptico, no entraña la antinomia que se pretende, por tratarse de dos series causales perfectamente enlazadas y sucesivas, de modo que a las manipulaciones practicadas... sucedió en perfecto engarce causal el proceso séptico o infeccioso del peritoneo, antecedente inmediato del óbito...”.

(3) Así, se afirma: “... En momento alguno anterior y coetáneo... a su conducta abortiva aceptó la consecuencia mortal de la conducta, según la teoría del consentimiento que con más pureza realiza la noción del dolo eventual...”.

(4) Al efecto, señala el Considerando: “... Pero, en cambio, concurre, sin duda, ...la culpa consciente... pues las sucesivas manipulaciones a que sometió a la embarazada, visto que no lograba provocar el aborto, fueron tan toscas e imperitas que llegaron a perforar la matriz y

4.2. El TS acoge el motivo sobre el fondo y cassa la sentencia del Tribunal “a quo” por entender que no concurren los presupuestos para la aplicación del art. 411, párrafo último; aprecia un concurso ideal de aborto del artículo 411-2º y homicidio culposo del art. 565, 1º, a sancionar conforme el art. 71. Todo ello en base a los siguientes Considerandos que se reproducen textualmente:

1. “Que el segundo motivo de la procesada, ya de fondo, plantea por primera vez a esta Sala, la interpretación que deba darse al último párrafo del art. 411 del Código penal al punir el aborto con resultado de muerte con pena igual a la del homicidio doloso, en relación con el actual artículo 1º, párrafo 2º del mismo Código reformado por la Ley 8/83 de 25 de Junio, al exigir que sólo se responderá del resultado más grave si éste se hubiere causado, al menos, por culpa; exigencia esta última que choca frontalmente con el matiz marcadamente objetivo del primero de dichos preceptos que como subrayó gran parte de la doctrina, y así lo estimó esta Sala, describe un delito calificado por el resultado hasta ser tachado de “teratológica creación legal”, por más que los reformadores de 1944, como antes la Ley de 1941 que lo introdujo, entendieran que en él se albergaba una hipótesis de *dolus eventualis*”.

2. “Que en el trance de armonizar ambas prescripciones legales, esta Sala entiende que sólo podrá aplicarse la penalidad del artículo 411, párrafo último, homologada, repetimos, con la del homicidio, cuando, realmente, se dé el dolo eventual, lo que acontecerá rara vez, de modo

el peritoneo, originando un orificio de aproximadamente medio centímetro de diámetro, sin que tomara precaución alguna para evitar la más que previsible infección o proceso séptico al que alude la sentencia *a quo* como causa implícita de la muerte, lo que incluye el factor intelectual de tal culpa consciente...”.

que el precepto excluirá, de un lado, el dolo directo (lo que integraría un asesinato) y de otro, la culpa consciente (la mas concebible) o la inconsciente si se da la imprevisión característica de la misma; planteamiento inicial que lleva como cuestión subordinada el tratamiento penológico de ambas conductas: la inicial dolosa de aborto y la subsiguiente de homicidio culposo, en cuyo trance entendemos que debe estimarse, la existencia de un concurso ideal de delitos y esto por las razones siguientes: 1^a) Por la propia expansión lógica del artículo 1^o, párrafo segundo, del vigente Código penal que trata de realizar en toda su pureza el principio de culpabilidad extendiéndolo “a los diferentes supuestos de responsabilidad criminal”, tal como resalta la propia Exposición de motivos de la reforma de 1983, de suerte que tanto si el legislador lo ha dispuesto expresamente (tal como sucede en el delito de robo con homicidio, en el que el actual artículo 501-1^o y 4^o distingue a efectos del castigo entre el resultante homicidio doloso y el culposo: reclusión mayor para el primero, prisión mayor para el segundo) como si no lo ha dispuesto, de tal manera expresa, en los supuestos de delitos calificados por el resultado (el ahora contemplado de aborto seguido de muerte, el delito sanitario con resultado mortal del artículo 348, o el delito del artículo 483 como típico delito de sospecha, como mas característicos), habrá de ensayarse tal aplicación del principio culpabilista; 2^a) porque tal concurrencia de delitos era la que, en el caso de aborto seguido de muerte, se estimaba en nuestros Códigos anteriores a la reforma de 1944, con la excepción del de 1932 (art. 417) que no hizo sino plasmar la última dirección jurisprudencial de entender que el delito de aborto con resultado de muerte debía castigarse si hubiere mediado imprudencia conforme al precepto sancionador de la misma; debiendo, por otra parte, recordarse que mentada y definitiva orientación jurisprudencial anterior al *status* legal de los

Códigos de 1932 y 1944 que crearon las fórmulas unitaristas del aborto homicida (siquiera el primero de dichos Códigos, como se ha dicho, imputaba el resultado mortal a imprudencia), entendió que el concurso de ambos delitos debía punirse conforme al artículo 90 (hoy 71) sancionador como es sabido del concurso ideal (Sentencias de 24 de junio de 1930 y 17 de febrero de 1932), tesis que también acoge ahora esta Sala, por cuanto el *mismo hecho* o acción occisiva del feto acarreó la muerte de la embarazada (primer supuesto del artículo 71), hecho unitario que aunque dé lugar a dos delitos de signo culpable distinto (doloso y culposo) permite la referida modalidad concursal, a diferencia de la segunda modalidad albergada en el referido precepto: conexión instrumental o teleológica entre ambas infracciones, en la que el distinto signo culpable de cada uno de ellos impide su conexidad desplazando el caso al concurso real, como ya tuvo ocasión de declarar esta Sala al discutir sobre la preterintencionalidad heterogénea hoy suplantada también por un concurso de delitos en paralelo al que ahora nos ocupa (Sentencias de 28 de Marzo de 1984 y 19 de Octubre de 1984); 3^a) que, finalmente, por todo lo dicho, no puede entenderse que es voluntad legal incluir también la culpa en el aborto homicida del artículo 411, párrafo último, con la alegación de que “al menos” concurre esa segunda forma de la culpabilidad y así se respeta la dicción legal del artículo 1^o, párrafo segundo, pues ya hemos visto que la interpretación histórica del precepto y, sobre todo, la lógica y teleológica, conducen a incluir tan solo el dolo eventual, que, por otra parte, fue la musa inspiradora del legislador de 1944, siquiera luego, en la redacción, luciera un crudo objetivismo al referirse a la mera relación causal entre delito-base y delito-consecuencia excluyendo de éste último la calificación de homicidio, con toda la carga normativa que tal “nomen” comporta, para referirse pura y exclusivamente a la muerte de la embarazada”.

4.3. La segunda Sentencia del TS, en consonancia con lo establecido en la primera de casación, aprecia en la procesada, respecto del homicidio culposo, la circunstancia agravante específica de impericia (5).

4.4. En base a todo lo anterior, el TS condena en la segunda Sentencia a Sira F.G. a la pena de prisión menor en su grado y límite máximo (seis años), aparte las accesorias y demás extremos de la Sentencia recurrida.

II. Sentencia de 3 de Abril de 1985 (6)

Esta sentencia resuelve un supuesto similar, tanto en cuanto al supuesto de hecho (7), como al tema de la integración del nuevo art. 1 del C.p. con el tipo del último párrafo del art. 411. Reafirma la interpretación y la solución a que llega la sentencia del 30 de Marzo, reseñada, cuya doctrina reproduce, si bien con los matices que se desprenden de los Considerandos que, a continuación y en lo esencial se transcriben:

1. "Al tener que armonizar ambas prescripciones, ... no ofrece duda que el párrafo último del art. 411 será aplicado a los supuestos de dolo eventual, pues la muerte es asumida o aceptada por el agente, y lógica la pena impuesta pues se trata de un homicidio. Pero no ocurre lo mismo con los supuestos de concurrencia de culpa consciente o

(5) El Considerando 3º de la segunda sentencia afirma que concurre: "... la agravante específica de impericia recogida en el antedicho párrafo quinto del art. 565, dado que según los hechos probados, la procesada "se dedicaba a tales prácticas (abortivas) en Cangas de Narcea".

(6) Se encuentra recogida en la Colección Aranzadi, 1985, nº 2065.

(7) El autor de este aborto es persona en posesión de título sanitario (médico).

inconsciente, pues se interfiere la letra y sobre todo el espíritu del nuevo art. 1 que obliga a romper el complejo aborto-homicidio, castigándolos por separado. No es objeción válida a esta solución, que el legislador haya aplicado esta doctrina al robo con homicidio, que después de la reforma queda castigado, si es dolosa la muerte en el número 1º del art. 501.1º (reclusión mayor) mientras que si es culposa en el 501.4º (prisión mayor), y sin embargo no lo ha hecho, como pudo hacerlo también en el delito de aborto, y no es objeción válida porque el art. 1 consagra un principio jurídico que ha de condicionar cualquier interpretación de los preceptos del C.p., y además con carácter extensivo, por ser más favorable al reo y porque lo propugna la propia E. de M. de Ley cuando dice: “Evidentemente las consecuencias de la modificación del artículo 1º del actual Código inciden, por las mismas razones en los arts. 8, núm. 8, 64 y 50 párr. 1º del mismo, así como en la interpretación que habrá de dar *a los diferentes supuestos de responsabilidad criminal*”.

2. “Considerando: Que roto el complejo aborto-homicidio, por todo lo anteriormente razonado debe decidirse cuál es la naturaleza del concurso de delitos que le sustituye, si se trata de un concurso real o un concurso ideal, decidiéndose por este último por las consideraciones siguientes: A) porque tal concurrencia de delitos era la que, en el caso de aborto seguido de muerte, se estimaba en nuestros códigos anteriores a la reforma de 1944, con la excepción del de 1932 (art. 417) que no hizo sino plasmar la última dirección jurisprudencial de entender que el delito de aborto con resultado de muerte debía castigarse si hubiere mediado imprudencia conforme al precepto sancionador de la misma; debiendo, por otra parte, recordarse que mentada y definitiva orientación jurisprudencial anterior al status legal de los Códigos de 1932 y 1944 que crearon las fórmulas unitaristas del aborto homicida (siquiera el primero de dichos Códigos, como se ha dicho, imputaba el resulta-

do mortal a imprudencia), entendió que el concurso de ambos delitos debía punirse conforme al art. 90 (hoy 71) sancionador como es sabido del concurso ideal (SS 24 Jun. 1930 y 17 Feb. 1932), tesis que también acoge ahora esta Sala, por cuanto el *mismo hecho* o acción occisiva del fe- to acarreó la muerte de la embarazada (primer supuesto del art. 71), hecho unitario que aunque de lugar a dos delitos de signo culpable distinto (doloso y culposo) permite la referida modalidad concursal, a diferencia de la segunda modalidad albergada en el referido precepto: conexión instrumental o teleológica entre ambas infracciones, en la que si el distinto signo culpable de cada uno de ellos impide su conexidad desplazando el caso al concurso real, como ya tuvo ocasión de declarar esta Sala al discurrir sobre la preterintencionalidad heterogénea hoy suplantada también por un concurso de delitos en paralelo al que ahora nos ocupa (SS 28 Mar. 1984 y 19 Oct. 1984); B) que, finalmente, por todo lo dicho, no puede entenderse que es voluntad legal incluir también la culpa en el aborto homicida del art. 411, párrafo último con la alegación de que “al menos” concurre esa segunda forma de la culpabilidad y así se respeta la dicción legal del art. 1, párr. 2º, pues ya hemos visto que la interpretación histórica del precepto y, sobre todo, la lógica y teleológica, conducen a incluir tan solo el dolo eventual que, por otra parte, fue la musa inspiradora del legislador de 1944, siquiera luego, en la redacción, luciera un crudo objetivismo al referirse a la mera relación causal entre delito-base y delito-consecuencia, excluyendo de este último la calificación del homicidio, con toda la carga normativa que tal *nomen* comporta, para referirse pura y exclusivamente a la muerte de la embarazada”.

SEGUNDA PARTE. COMENTARIO

Es tesis central en estas dos sentencias que no procede aplicar el último párrafo del art. 411, por entender que para la integración de éste es menester que el resultado muerte haya sido causado con dolo eventual, sin que sea suficiente la culpa, que es lo que se dió en los hechos enjuiciados. Consiguientemente, procede apreciar en éstos un concurso (ideal) de delitos entre aborto (consentido) y homicidio culposo, punible a tenor del art. 71 C.p.

A la hora de enjuiciar estas sentencias, queremos adelantar que de *lege ferenda* la solución se ofrece como correcta, pero de *iure condito* nos parece inadmisibles. Porque, sin perjuicio de reconocer la plausible finalidad que haya movido a la Sala, es lo cierto a nuestro juicio que el Código penal español vigente no permite esa solución.

I

Yendo directamente al núcleo, la cuestión que se plantea es ésta: si para la integración del tipo previsto en el último párrafo del art. 411 se requiere, en lo que a la muerte —y lesiones— concierne, una causación *dolosa* (con dolo eventual, para seguir de momento a las sentencias) o es suficiente la culposa. La respuesta de las sentencias es categórica: no basta la culpa, es necesario el dolo.

La cuestión entonces se centra en esta pregunta: ¿de dónde *derivan* las sentencias: 1º la exigencia de dolo, y 2º la insuficiencia de la culpa?

Teóricamente, esto es, en hipótesis, la respuesta tendrá que provenir de una de estas dos causas: o

que el tipo en cuestión no era, antes de la reforma del 83, un tipo cualificado por el resultado, o que, aun habiéndolo sido, el nuevo art. 1 C.p. exige el dolo, siendo insuficiente la culpa. Es decir: o que el dolo ya se exigía antes, o que hay que exigirlo ahora.

¿De cuál de estas dos posibles fuentes derivan las sentencias su tesis?. Se esgrimen *ambas*, de forma un tanto entremezclada y confusa. Pero como son contradictorias entre sí, por excluirse recíprocamente (desde el momento que si una de ellas fuese cierta ya no podría entrar en juego la otra), según luego se verá, no es fácil saber de donde en última instancia es deducido el requisito en cuestión.

Por ello, se hace obligado examinar ambos argumentos, primero por separado y luego en su conjunto, relacionando ambos, para descubrir si se trata de una realidad jurídica o es simplemente un deseo, plausible, pero inviable.

II

Es *communis opinio* en nuestra doctrina que el último párrafo del art. 411 (8) contiene un delito cualificado por el resultado, susceptible como tal de generar responsabilidad objetiva (9).

(8) Este precepto, junto con los arts. 348 y 488 son señalados como exponentes máximos, aunque no únicos, de figuras generadoras de responsabilidad objetiva.

(9) Así lo han entendido, entre otros: Antón Oneca, *Derecho penal*, I, Madrid, 1949, p. 230; Berdugo Gómez de la Torre, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, en *Documentación Jurídica* del Ministerio de Justicia, monográfico dedicado a la *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal* (en lo sucesivo PANCP), p. 395; Bustos, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 6 monográfico,

El precepto lo introdujo, como es sabido, el Código de 1944, y tiene su antecedente en la Ley de Aborto de 24 de Enero de 1941.

p. 166; Cobo-Vives Antón, *Derecho penal*, Valencia, 1984, p. 535; Díaz Palos, Voz *Aborto*, en *Enciclopedia Jurídica* Seix, p. 90; Díez Ripollés, *Los delitos cualificados por el resultado y el art. 3 del Proyecto de Código Penal de 1980*, en ADP, 1982, pp. 627 y ss. y 1983, pp. 101 y ss.; Gómez Benítez, *Teoría Jurídica del Delito*, Madrid, 1984, pp. 40-41; Huerta Tocildo, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, pp. 55 y 116; Jiménez de Asúa, *Tratado*, VI, Buenos Aires, 1962, pp. 102-103; Morillas Cuevas, *La culpabilidad en la reforma del Código penal*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n° 4 (1984), p. 101; Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., p. 66, y en 6ª ed. (1985), p. 72; el mismo, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, p. 130; Octavio de Toledo y otros, *Los delitos contra los intereses individuales en la PANCP*, Ponencia presentada a las V Jornadas de Profesores de Derecho penal, Segovia, 1984 (ejemplar mecanografiado), p. 12; Quintano Ripollés, *Derecho Penal de la culpa*, Barcelona, 1958, p. 482; Quintero Olivares, *La Reforma Penal de 1983*, pp. 33-35; Rodríguez Devesa, *Derecho penal II* (en colaboración con Rodríguez Muñoz y Jaso), Madrid, 1949, p. 245; el mismo, *Derecho penal español*, invariablemente en todas las sucesivas ediciones (1973, p. 82; 1980, p. 90; 1983, pp. 86-87); Rodríguez Mourullo, *Derecho penal español, Delitos contra las personas* (en colaboración con Del Rosal y Cobo), Madrid, 1962, p. 364; Rodríguez Muñoz, *Derecho penal* (en colaboración con Rodríguez Devesa y Jaso), II, Madrid, 1949, p. 245; Del Rosal, *Aborto con resultado de muerte*, en *Estudios Penales*, Madrid, 1948, pp. 105-131, así como en *Derecho penal español* (en colaboración con Cobo y Rodríguez Mourullo), *op. cit.*, p. 364; Rodríguez Ramos, *Apuntes de Derecho penal (Parte especial)*, Madrid, 1983-1984, pp. 64-65; el mismo, *Compendio de Derecho penal*, 1985, pp. 17 y 18; Ruiz Vadiello, *Problemática de la responsabilidad objetiva en el Derecho penal y en el Proyecto de Código Español*, en II Jornadas Italo-franco-luxo-españolas de Derecho penal, Ávila-Alcalá de Henares, 1981, pp. 205 y ss.; el mismo, *Algunas ideas sobre la culpabilidad*, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, cit., pp. 95 y ss.; Sainz Cantero, *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. VII, Santiago, 1984, p. 425; Suárez Montes, *El principio de culpabilidad en la Reforma parcial de 1983*,

Conforme ya señalara certeramente Rodríguez Muñoz (10) en relación a esta Ley, si bien la *redacción* del texto del art. 4º y del párrafo 2º del art. 5º permiten una interpretación compatible con las exigencias del principio de culpabilidad, es lo cierto, sin embargo, que, frente a ello, se encontraban otros argumentos (“la indudable voluntad del legislador” y “la tendencia inmanente de la ley”) que hacen pensar lícitamente que sea más adecuada la posición interpretativa contraria, esto es, la que conduce al reconocimiento de la responsabilidad objetiva. De ahí que, continúa el autor, el respeto a la voluntad legal, deducida sin lugar a dudas de una interpretación sistemática de la totalidad de los preceptos integrantes de dicha Ley de Aborto, ha determinado que “la jurisprudencia se haya inclinado a interpretarle en el sentido de un reconocimiento legal de una responsabilidad por el resultado genuína” (11). Se entendió, por ello, que el tipo agravado de aborto con muerte o lesiones se da aunque no concurra respecto de aquélla imprudencia en su causación.

El Código del 44, que introduce el precepto tal

en un volumen colectivo que recoge las “Jornadas sobre la Reforma del Código penal”, celebradas en La Laguna del 8 al 12 de Junio de 1983; el mismo, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2º del artículo 1*, en *Comentarios a la legislación penal, la Reforma del Código penal de 1983*, Tomo V, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1985, pp. 35 y ss. A esta bibliografía específica se podrían aún añadir otros estudios generales sobre la responsabilidad objetiva y el *versari in re illicita* en nuestro Código, donde se hace la misma conceptualización del último párrafo del art. 411.

(10) Rodríguez Muñoz, *Tratado de Mezger*, II, nota que va de la página 120 a la 123. Al hablar el texto legal de dos *delitos*, resulta dogmáticamente lícito entender deba darse el elemento subjetivo (culpa) necesario para que pueda hablarse de delitos.

(11) Rodríguez Muñoz, loc. cit. en nota anterior.

como figura hoy, lo formula en unos términos y dentro de un contexto normativo tales, que hacen viable cualquier intento exegético dirigido a rescatar la exigencia de algún elemento subjetivo por mínimo que sea.

De una parte, el precepto se formula en crudo objetivismo causal, de otro lado se suprime la referencia a los dos *delitos* que contenía la Ley de Aborto, y por último, el precepto queda enmarcado además dentro de un más amplio cuadro normativo (12) en que aparece como piedra angular el bloqueo de la eximente de caso fortuito por el carácter *ilícito* de la acción antecedente (prácticas abortivas) que origina el evento letal.

El hecho típico cae, así, bajo los dominios del *versari*, y por eso se puede afirmar con Devesa que la fórmula del código del 44, que prescinde, en absoluto, de la culpabilidad respecto al resultado más grave, representa, frente a la Ley de 1941, un endurecimiento notable (13).

A partir de ese texto legal y sobre tal base normativa, lo más a qué se puede aspirar es a reducir el ámbito de la responsabilidad objetiva mediante el paliativo de la causalidad adecuada, o la imputación objetiva, ideas ambas que aunque no se sitúan todavía bajo el marco de la imputación subjetiva —como primer presupuesto del principio de culpabilidad—, evitan las formas más hirientes de la responsabilidad objetiva.

Es cierto que en muchos casos —quizá en la mayoría— el resultado letal, o lesivo, agravatorio se habrá

(12) Arts. 1-3º, 8-8ª, 9-4ª.

(13) Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, 1973, p. 82.

causado de forma culposa. Pero esto no es necesario, ni desempeña papel alguno en la estructura del tipo.

No importa aquí tanto el dilucidar si también se integrará el tipo —y procederá en consecuencia aplicar las penalidades en él previstas— cuando dichos eventos hayan sido causados dolosamente. Y ello, no porque carezca de interés esta cuestión, sino porque, aún teniéndolo, la cuestión que nosotros tenemos planteada no es la de si cabe o no el dolo, sino esta otra, bien distinta: si cabe la culpa o si por el contrario no cabe ésta porque el tipo en cuestión postula el dolo (14).

La comprensión del dolo eventual con la pretensión de *exclusividad*, y consiguiente expulsión de la imprudencia, conduciría a la paradógica concepción del último párrafo del 411 como tipo privilegiado de aborto con homicidio, inconciliable con toda suerte de exégesis racional, por no tener en su apoyo ni el elemento histórico, ni el lógico-sistemático, ni el teleológico (15). El homicidio dolosamente producido, lo mismo si es con dolo directo o eventual, es un homicidio voluntario, subsumible en el art. 407 (405 o 406, en su caso, según las circunstancias), cuya pena, *reclusión menor*, es la misma que conmina el último párrafo del 411. Aquella postura desemboca

(14) Es decir, la cuestión no es la de si el dolo cabe *también*, sino la de si cabe *solo él*.

(15) En referencia a la Ley del Aborto del 41 dejó señalado Rodríguez Muñoz —según antes recogimos— que no es de recibo la interpretación que pretenda concebir el tipo homólogo como un caso de regulación especial del concurso de *delitos* de aborto con homicidio *culposo*, porque tal interpretación abandonaría el signo netamente agravatorio con que es preciso interpretar el tipo dentro del contexto de dicha ley. Si esto era ya inviable con el culposo, mucho más lo será con el doloso, y máxime frente al Código del 44, que representa, según vimos, un paso regresivo en este orden de cosas.

en la conceptualización del tipo como norma especial de concurso privilegiado: en vez de la norma del art. 71, que obliga alternativamente, o al grado máximo de la pena más grave o a la dualidad de penas, habría entendido el legislador, en esta norma especial del concurso, que procede *solo* la del homicidio y en *cualquiera* de sus grados. Ello significaría prescindir del aborto, dejar voluntariamente desatendida esta dimensión del hecho, el cual, especialmente cuando se lleve a cabo contra la voluntad de la mujer (16) (y máxime si se hubiere empleado violencia, intimidación, amenaza o engaño) es un hecho punible de indudable gravedad, como lo revela el dato de que la pena con que se conmina sea una pena que puede llegar hasta doce años de privación de libertad. ¿Y qué motivo podría haber guiado al legislador para prever una norma especial de concurso privilegiado para el delito de homicidio con el aborto?

Una semejante interpretación resulta inadmisible, no sólo porque sea absurda, sino además porque al perder de vista la verdadera perspectiva generatriz del precepto reduce de forma ridícula el ámbito de operatividad para el que lógicamente fue pensado, y le priva por tanto de su finalidad, y desemboca inevitablemente en distorsiones e incoherencias axiológico-punitivas de todo tipo.

Cosa distinta sería si uno quisiera entender que comprende el dolo, pero no en exclusiva sino junto

(16) El último párrafo del art. 411 abarca indistintamente al aborto consentido y al disentido. Vid. a este respecto, Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, 1983, p. 86; Huerta Tocildo, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, cit.; Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, *Derecho penal español, Delitos contra las personas*, op. cit., p. 359; Suárez Montes, *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona, 1959, pp. 116-118, donde se ofrece una exhaustiva fundamentación de ello.

con la imprudencia y el caso fortuito, es decir, que comprende toda causación de muerte ocurrida con ocasión de la realización de prácticas abortivas. Pues, aunque no justificable, podría al menos de algún modo comprenderse que, bajo una indiscriminada fórmula legal de *origen versarista*, no se hubiera tomado en cuenta (o se asumiese) la posibilidad de un excesivo trato benévolo en el supuesto de aceptación de la muerte de la mujer. Bajo este prisma no habría tanta violencia lógica ni axiológica, aunque pudiese producirse en ocasiones alguna incongruencia punitiva.

Dentro de nuestra doctrina, y sobre el común entendimiento de que no cabe incluir el dolo directo —el cual origina concurso con el aborto—, lo más a que parece que llega algún autor es a admitir el dolo eventual. Aunque, en verdad, tampoco se afirma positivamente, y cabría tan solo inducirlo, a sensu contrario, de las reflexiones que se hacen en torno a la intención o ánimo de matar para afirmar que éste destipifica la especialidad delictiva del precepto en cuestión, para dar paso al concurso (17), pero sin hacer manifestación específica alguna sobre el efecto del eventual.

De lo anteriormente expuesto se deduce que, ni la interpretación histórica, ni la lógica o teleológica, ni finalmente la sistemática permiten una comprensión del último párrafo del artículo 411 como norma especial de concurso de aborto con homicidio dolo-so, sino que por el contrario tal precepto se presenta

(17) Admiten el dolo eventual, del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, *Derecho penal español, Delitos contra las personas*, op. cit., pp. 360, 364. La posición de algunos autores es dudosa, así Muñoz Conde, *Derecho penal*, 1983, p. 72, si bien en *La Reforma penal de 1983*, cit., parece excluir el dolo eventual. Rechaza expresamente la inclusión de éste Rodríguez Devesa, *Derecho penal*, II (en colaboración con Rodríguez Muñoz), op. cit., p. 245.

como un genuino tipo agravado por el resultado, comprensivo de la culpa y el caso y susceptible, como tal, de generar responsabilidad objetiva (18).

Por lo demás, así lo ha entendido también el legislador (19) y los tribunales.

Al objeto de nuestro estudio no es preciso hacer aquí un análisis detallado de la jurisprudencia. Basta para caracterizarla con señalar sus rasgos básicos. La inmensa mayoría de las sentencias del Tribunal Su-

(18) Queda así consiguientemente descartada, por errónea, cualquier pretensión de entender la pena del último párrafo del 411 como pena "homologada con la del homicidio" si con ello se quisiera insinuar que a igualdad de pena *identidad* de delito. Por lo demás, ¿cómo iba a ser la pena del último párrafo del art. 411, la pena de un homicidio doloso si ella está establecida también para cuando el aborto ocasione —en alternativa con la muerte— una lesión grave del número 1º del 420, siendo así que ésta solo merece, de suyo, la de prisión mayor?. Y más allá de eso, ¿habría también que exigir dolo en esa lesión para que se integre el tipo determinante de la misma pena de reclusión menor? Es decir, ¿con qué razón se podría afirmar que esa pena no se puede aplicar si no hay un *homicidio doloso* mientras que el mismo tipo la establece para unas lesiones que, a fuer de no requerir —como las demás— dolo específico (preterintencionalidad o determinación de la pena por el resultado), aunque aquél se diese nunca pueden ostentar una gravedad "homologable" punitivamente al homicidio?. Este razonamiento es igualmente válido para la pena de prisión mayor respecto a las demás lesiones graves del art. 420. Se perdería de vista que la idea generatriz del último párrafo del artículo 411 está en el delito de *aborto*, respecto del cual, como delito base, la lesión del otro bien —vida, salud o integridad— funciona agravatoriamente bajo el signo versarista, del modo que en el texto se ha expuesto.

(19) Nos da testimonio de ello el debate habido en las Cortes en que naufragó la Base 7ª del art. 1º del Proyecto de 4 de Julio de 1961 para la revisión del Código penal, la cual rezaba así: "En el art. 348 y en el párrafo último de los artículos 411 y 488 se sustituirá la mera agravación por el resultado muerte o lesión, como base de la penalidad, por la exigencia de que medie al menos imprudencia respecto del mal producido. Las penalidades establecidas serán adecuadas en consecuencia".

premo desde 1942 admiten la integración del tipo del último párrafo del art. 411 mediando culpa o incluso el caso fortuito, por entender que se trata de un delito cualificado por el resultado. Cuando, excepcionalmente (así las sentencias de 5-VII-1945, 19-11-1948, 1-VII-1955, 14-2-1972), se ha exigido dolo eventual —para oponerse a la admisión de responsabilidad objetiva— este término se maneja en el sentido del *dolus indirectus*, que no es dolo, sino a lo sumo culpa y ni siquiera necesariamente con previsión, pues no se ha exigido en ellas la previsibilidad subjetiva *personal* del autor —presupuesto indispensable del dolo—, sino la general del hombre medio, idónea para fundamentar una causalidad adecuada pero ajena de suyo todavía al ámbito de la imputación subjetiva y de la culpabilidad (20).

De lo expuesto hasta aquí se desprende que es inexacta la afirmación que se hace en el tercer Considerando de la sentencia de 30 de marzo de 1985 (21) al decir que “la interpretación histórica del precepto y, sobre todo, la lógica y teleológica, conducen a incluir tan solo el dolo eventual que, por otra parte, fue la musa inspiradora del legislador de 1944”, afirmación que es repetida por la de 3 de Abril con idéntica expresión.

De ello no se ofrece ninguna prueba. Pues, sin duda, no lo es —y es la única que se aduce (22)— el que en los Códigos anteriores al del 44 el aborto seguido de muerte fuese apreciado y tratado punitivamente

(20) Sobre estos extremos y los trazos zizagueantes que dentro de ese marco presenta la jurisprudencia del T.S. en el tema, se encuentra abundante información en varias de las obras que se reseñan en la nota 9.

(21) 3ª Razón del tercer Considerando.

(22) 2ª Razón del Considerando tercero de S. 30-3-85, y cuarto Considerando de S. 3-4-85.

como concurso de aborto y homicidio (23). ¿Cómo iba a ser de otro modo, si esos Códigos no conocieron un tipo *unitario* de aborto con muerte?.

Ha sido el Código del 44 el que lo crea (24), y es mantenido inalterado hasta este momento. Solo éste es el texto que debe ser interpretado por el Tribunal. Y este texto es precisamente el que rompió, según arriba se expuso, con la normativa de los códigos anteriores, sin duda de forma criticable pero real.

III

Descartado así que el dolo sea una exigencia *inmanente* al tipo del último párrafo del art. 411, cabe no obstante pensar que ella pueda ser derivada o impuesta, desde fuera, por algún otro precepto. Cabría efectivamente pensar si acaso no la impondrá el nuevo art. 1 C.p., introducido en la *Reforma* de 1983.

Las sentencias así lo entienden.

De manera un tanto velada y poco clara en su formulación, esto viene a sostener a la postre la tesis mantenida por las dos sentencias que nos ocupan, según se desprende de la primera de las razones aducidas en el tercer Considerando de la sentencia de 30 de Marzo relacionándolo con la *valoración* de la pena típica (*reclusión menor*) como pena “homologada” a la del homicidio doloso que se expresa de forma rei-

(23) El Código de 1932 dispuso en su art. 417 que: “Cuando, a consecuencia del aborto, resultara la muerte de la mujer embarazada, se impondrán las penas respectivas en su grado máximo, siempre que hubiere mediado imprudencia, y no correspondiere mayor pena, conforme al art. 558” (imprudencia temeraria).

(24) Con su antecedente en la Ley de Aborto del 41, ya mencionada arriba.

terada (25) en ese mismo Considerando y en el anterior (26).

Consciente la Sala de que se le “plantea por primera vez la interpretación que deba darse al último párrafo del artículo 411 del Código penal... en relación con el actual artículo 1º, párrafo 2º del mismo Código reformado por la Ley 8/83 de 25 de Junio...”, “en el trance de armonizar ambas prescripciones”, procede a la interpretación del nuevo párrafo segundo del art. 1º del modo que se deriva de la primera de las razones que recoge el Considerando tercero.

Se afirma, de forma tácita y velada, pero indudable, que allí —en los delitos cualificados— donde se advierte una pena que por su gravedad es la *propia* de la comisión dolosa de un delito, hay que entender que, por mor del art. 1º párrafo 2º, que se dice ha querido “realizar en toda su pureza el principio de culpabilidad”, es menester exigir el dolo para que dicha pena pueda ser aplicada. Aquel precepto ordenaría, o avalaría, se viene a decir en última instancia, un (supuesto) desdoblamiento (tácito) de los delitos cualificados, lo que presupone que, para la imposición de la pena de reclusión menor, “homologada” a la del homicidio doloso, tiene que haber habido la comisión dolosa de un homicidio (con la única nota especializante de que se da en unión de un aborto). Ello significa que, por imperativo del art. 1º párrafo 2º, el tipo del último párrafo del art. 411 se habría convertido técnicamente en un tipo complejo de

(25) “Al punir el aborto con resultado de muerte con pena igual a la del homicidio doloso”; “homologada, repetimos, con la del homicidio”. Para evitar repeticiones, que alargarían innecesariamente este trabajo, rogamos al lector vea de nuevo el texto íntegro de los Considerandos referidos, que se recogen más arriba.

(26) De forma análoga acontece en la otra sentencia.

aborto con homicidio *doloso*, y excluyente de la causación culposa, la cual no debiendo incluirse en él (por la excesiva gravedad de la pena a la luz del principio de culpabilidad) y no habiéndose tampoco creado para él un tipo complejo particular —a diferencia de lo que se hizo en el robo con homicidio del antiguo 501 (27)—, debe entenderse remitida su punición a la norma general del concurso, esto es, al art. 71.

Conforme a ello, en los delitos cualificados, aunque no esté previsto un desdoblamiento en dos tipos (uno para la causación dolosa y otro para la culposa), a semejanza de lo que se hizo en el robo con homicidio, entiende la Sala que la aplicación (“expansión lógica”) del art. 1º párrafo 2º —que a su juicio “trata de realizar en toda su pureza el principio de culpabilidad”—, obliga a que en ellos deba de “ensayarse tal aplicación del principio culpabilista”.

Semejante interpretación sobre el sentido y alcance del nuevo art. 1º párrafo 2º y su relación o proyección sobre los tipos cualificados de la parte especial no puede ser compartida en modo alguno. Y no puede serlo, no porque discrepemos de la finalidad que ha animado a la Sala, sino porque constituye una interpretación libre de los preceptos legales en liza.

Por razones obvias, no cabe otra “expansión lógica” del art. 1º, ni otra “armonía” con los tipos cualificados que la que él mismo establece. Y la que él establece no es ésta, sino otra bien distinta, casi diametralmente opuesta.

(27) Vid. nuestro trabajo *Observaciones a la penalidad del robo con homicidio en la reforma del Código penal de 1983*, en *La Ley*, 1983, pp. 1286 y ss.

Las figuras tradicionales de delitos cualificados que conoce nuestro Código han estado aquejadas siempre de un doble defecto grave: por una parte, ser fuente de responsabilidad objetiva, al permitir la imputación agravatoria del resultado aunque su causación haya sido fortuita; y de otro lado, permitir que —con culpa o sin ella— la penalidad supere el grado de la culpabilidad, dando lugar a la injusticia de una pena que rebasa la que de otro modo se derivaría del concurso (28).

Se violaba así no sólo el *principio de imputación subjetiva*, que prohíbe la fundamentación, o agravación, de responsabilidad sin referibilidad subjetiva *personal* (sea en la forma de dolo o de culpa), sino también el *principio de culpabilidad*, el cual, más allá de eso, proclama la proporcionalidad de la pena con

(28) Se produce, por virtud de ello, además, una falta de discriminación punitiva, criticable, que impide sea tomada en cuenta adecuadamente la gravedad tanto objetiva como subjetiva con que cada uno de los elementos componentes de la figura hace presencia, dando lugar a que puedan ser tratados de forma igualitaria supuestos de gravedad dispar. En el tipo de aborto con muerte o lesión, la indiscriminación se produce tanto desde el plano de la acción *feticida* (delito base) como desde la perspectiva *occisiva*, o en su caso *lesiva*, que aquélla conlleva. Desde una tentativa inidónea —por no hallarse la mujer encinta o, aún estándolo, haberse empleado medios completamente inidóneos— hasta el aborto consumado se dan diferentes grados de gravedad, máxime si en este último caso el aborto ha sido contra la voluntad de la mujer empleando engaño, violencia o intimidación (que también cae bajo el último párrafo del 411, vid. nota 16), y sin embargo quedan todos fundidos por pena única indiscriminada en el mencionado precepto. A su vez, desde la perspectiva del efecto letal o lesivo, se iguala en pena la muerte con la lesión grave del art. 420-1º, etc. La combinación de esos elementos permite advertir las absurdas equiparaciones punitivas de hechos de gravedad bien diferente, pudiendo dar lugar las distorsiones al efecto contrario de lo perseguido generando responsabilidad privilegiada. Pero más grave aún que esto es la indiscriminación subjetiva desde la vertiente del principio de culpabilidad, a lo que el texto se refiere.

el grado de la culpabilidad, en particular con la alternativa dolo-culpa.

Esta situación es paliada, pero no superada del todo, por la Reforma de 1983.

Ni el texto legal ni la Exposición de Motivos asumieron plenamente (“en toda su pureza”, para expresarnos en los términos de las sentencias) el principio de culpabilidad (29), sino solamente el de imputación subjetiva. En efecto, tras establecer, en términos generales, que no hay pena sin dolo o culpa, matiza a renglón seguido en referencia específica a los delitos cualificados por el resultado que: “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”.

Queda, así, efectivamente, prohibido que a través de los tipos cualificados pueda surgir responsabilidad objetiva, desde el momento que, a partir de ahora, constituye una característica tácita adicional en la estructura del tipo cualificado la exigencia de culpa respecto a la causación del resultado agravatorio, en la acción antecedente que lo originó. Lo cual, visto desde la perspectiva de la exención de responsabilidad por caso fortuito, representa una aplicación específica del mismo (art. 6 bis b) al campo de los delitos cualificados por el resultado, remachando —frente al derogado n° 8 del art. 8— la proscripción del bloqueo del caso— por el mero carácter ilícito de la acción antecedente (30).

(29) Sobre restos de responsabilidad objetiva, al margen de la propia de los delitos cualificados por el resultado, vid. nota 68.

(30) Vid. a este respecto Suárez Montes, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo segundo del artículo 1*, cit., p. 42.

Por virtud de la exigencia de la culpa, en rigor no cabe hablar ya propiamente de delitos cualificados en el sentido tradicional. Pues el art. 1 párrafo 2º los ha dejado convertidos en tipos complejos, en nuestro caso de aborto doloso con homicidio o lesiones *culposas*.

Conforme a ello, no puede caber legítimamente la menor duda de que cuando en la producción del resultado cualificante se da la referida característica subjetiva de la culpa, queda integrado el tipo cualificado en cuestión y procede aplicar la pena en él prevista (31).

Esto es obvio. Y así lo ha parecido a cuantos nos hemos ocupado hasta ahora del estudio del nuevo art. 1 párrafo 2º, sin que se conozca una sola voz discrepante (32). Y es lógico, pues si los tipos com-

(31) Cuestión distinta, a la que luego nos referiremos, es la de si —dada la desdichada expresión técnica “al menos”— se puede entender comprendida *también*, esto es *además*, la causación dolosa del resultado agravatorio. Vid. epígrafe VI de este trabajo.

(32) Así: Berdugo Gómez de la Torre, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, cit., p. 395; Bustos, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código penal*, cit., pp. 166-167, 168; Cobo y Vives Antón, *Derecho penal*, Valencia, 1984, pp. 88 y 536; Díez Ripollés, *Los delitos cualificados por el resultado y el art. 3 del Proyecto de Código penal de 1980*, op. cit.; Gómez Benítez, *La teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 40-41; Mir Puig, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 1984, p. 242; Morillas Cuevas, *La culpabilidad en la reforma del Código penal*, cit., p. 101; Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, 1985, p. 72; el mismo, *La Reforma penal de 1983*, op. cit., p. 130; Octavio de Toledo y otros, *Los delitos contra los intereses individuales en la PANCP*, cit., p. 12; Quintero Olivares, *La Reforma penal de 1983*, op. cit., pp. 32-36; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, 1983, pp. 86-87; Rodríguez Mourullo, *La nueva regulación del caso fortuito en Comentarios a la legislación penal, La Reforma del Código penal de 1983*, tomo V, vol. 1º, 1985, p. 94; Rodríguez Ramos, *Compendio de Derecho penal, Parte especial*, op. cit., pp. 17-18, y en la *Parte General*, p. 218; Ruiz Vadillo, *Algunas ideas sobre la culpabilidad*,

plejos (33) existen es para ser aplicados con prioridad sobre los simples que lo componen. En definitiva son supuestos típicos particulares del concurso de delitos especialmente previstos al objeto de establecer una pena propia, distinta de la que resulta de la norma general del concurso (34). Y, naturalmente, si la ley configura un tipo especial de concurso con penalidad propia es para que a él no se aplique la norma general del concurso, por lo cual no es lícito descomponer sus ingredientes y someterlos a éste. De otro modo no los habría creado. Por la misma razón, si la ley hubiera querido que los delitos integrantes de un tipo cualificado por el resultado quedasen sujetos a la *norma general* del concurso, no hubiera hecho falta el párrafo 2º del art. 1, que es justamente una excepción a aquélla.

Abundando en esa idea, dada la bipolaridad de los supuestos fácticos constitutivos de los tipos cualificados por el resultado, el legislador si hubiera querido aplicar a ellos (estrictamente) el principio de culpabilidad, habría: o suprimido dichos tipos (dejando en libertad sus integrantes para la regulación punitiva del concurso, en que halla reflejo la alternativa dolo-culpa y la penalidad correspondiente), o creado figuras específicas de concurso mediante

loc. cit., p. 112; Sáinz Cantero, *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal*, cit., pp. 424-425; Suárez Montes, *El principio de culpabilidad en la Reforma parcial de 1983*, op. cit.; el mismo, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo segundo del art. 1*, op. cit.

(33) Los delitos cualificados han derivado en tipos complejos por la *Reforma*, según se ha señalado ya.

(34) La situación técnica creada por la *Reforma* es por ello la misma que adoptara el Código del 32, art. 417, según ha señalado, con razón, Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, 1983, cit., p. 86. Vid. nota 23.

el coetáneo desdoblamiento del tipo tradicional en dos tipos, uno doloso y otro culposo con correlativo cupo de penalidad diferenciada, como hizo con el viejo art. 501. En cualquiera de ambos supuestos, el párrafo 2º del art. 1 no hubiera hecho falta, sobraría (como sucede, según luego se verá, en la *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, de 1983). Habría bastado decir en el artículo 1 “no hay pena sin dolo o culpa”. Pero la Reforma del 83, lejos de seguir ninguno de esos dos caminos, ha querido mantener (de momento) los delitos cualificados por el resultado, a los cuales somete al principio de imputación subjetiva mas no al de culpabilidad, estableciendo que para la imputación agravatoria del ulterior resultado sea suficiente la causación culposa del mismo.

Es más. En el *teórico* supuesto de que no existiese el párrafo 2º del art. 1, pero sí se contuviesen en la parte especial figuras típicas de estructura agravada en función de un segundo resultado, con su correspondiente penalidad, entonces se impondría al jurista la delicada tarea exegética de descubrir cuál sea el sentido que más conviene al tipo para decidir si respecto de dicho segundo resultado típico se exige dolo o culpa (35).

Todo esto, ciertamente, sin perjuicio de que, en otro orden de cosas, pueda esa constelación compleja resultar criticable. Y efectivamente lo es. Porque, por más que se haya implantado el principio de imputación subjetiva (desterrando la responsa-

(35) Justamente esto sucede en la *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*. Respecto a esta problemática, vid. Suárez Montes, *Los delitos cualificados por el resultado en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, op. cit.

bilidad objetiva), no ha habido fidelidad al principio de culpabilidad.

Tiene en su disculpa, si es que resulta de recibo, el propio carácter urgente y parcial que presidió la *Reforma*, que no permitió acometer todos los cambios que hubieran sido necesarios, según resulta de las declaraciones de los autores que han participado en ella (36) y de la propia *Exposición de Motivos*. Se pretendió tan solo salvar, en un primer paso de emergencia, las violaciones más graves del principio (37). Pero no se pasó de ahí.

Los tipos cualificados existentes se mantienen íntegramente en la *Reforma*, tanto en su estructura como en su penalidad, sin habérseles acomodado al principio de culpabilidad (38). Al no haber adaptado las penas al grado de culpabilidad, se ha dado lugar a un versarismo atenuado residual. De este modo, la *Reforma* se ha quedado a mitad de camino (39).

(36) Cfr. Quintero Olivares, *La Reforma penal de 1983, op. cit.*, p. 33, quien afirma, en este sentido, que la *Reforma* "por razones de rapidez no podía derogar y reformar todos los preceptos de la Parte especial que ofrecen estructuras de responsabilidad objetiva", añadiendo que "esa tarea no puede llevarse a cabo al margen de una nueva y total concepción del Código penal".

(37) Vid. Suárez Montes: *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo segundo del art. 1*, cit.; *El principio de culpabilidad en la Reforma parcial de 1983*, cit.; *Los delitos cualificados por el resultado en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, cit.

(38) Excepción hecha del art. 501-1º, que fue desdoblado, como se sabe, en dos tipos complejos, uno para la causación dolosa (n. 1º) y otro para la culposa (n. 4º).

(39) El origen del precepto contenido en el párrafo segundo del art. 1 se halla en el Proyecto de Código penal de 1980 (art. 3). Y, a su vez, el antecedente mediato lo tiene en el párrafo 18 del Código penal alemán, que reza así: "Cuando la ley establece para un determinado resultado del hecho una pena más grave, ésta solo alcanzará al autor o al partícipe si dicho resultado le es imputable al menos a títu-

Esta situación ha sido denunciada y criticada por cuantos hemos tenido ocasión de manifestarnos sobre este extremo de la *Reforma* (40).

lo de culpa". No se olvide también la Base 7ª del art. 1º del Proyecto de 4 de Julio de 1961 para la revisión del Código penal (cfr. nota 19). Sobre ello, Díez Ripollés, *Los delitos cualificados*, cit., y Suárez Montes, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo segundo del art. 1*, cit. Vid. nota 40.

Es de señalar que la propia ley de Reforma del 83 ha introducido versarismo de nuevo cuño en algunos tipos por ella remodelados, como ha acontecido en el robo con homicidio culposo (art. 501-4º) al permitir pena mayor que la que se derivaría del concurso. Vid. al respecto, Suárez Montes, *Observaciones a la penalidad del robo con homicidio en la Reforma de 1983*, cit.

(40) La mayoría de los autores citados en la nota 32, en los lugares que en ella se indican.

Por nuestra parte, queremos recordar lo que dijimos en otro lugar (*Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo segundo del art. 1*, cit., pp. 47-48). Siendo los delitos cualificados por el resultado restos de responsabilidad objetiva, no es de extrañar que las penas a ellos asignadas tradicionalmente estuviesen desacompañadas respecto del grado de culpabilidad *real* con que el autor ha obrado. La Reforma de 1983 no ha modificado la penalidad de estos delitos. Por lo cual —una vez descartado el caso fortuito, y excluido también el dolo— la causación culposa resulta penada de forma excesivamente grave. Y decimos esto porque no creemos en una tercera forma de imputación, distinta del dolo y la culpa, que deba engendrar una responsabilidad intermedia más grave que la que pudiera derivarse del concurso del delito base doloso más el resultado cualificante culposo. Si bien es cierto que en los delitos cualificados por el resultado se trata de un hecho con capacidad causal ofensiva que supera lo querido por el agente, ese carácter pluriofensivo del hecho no altera los parámetros subjetivos o culpabilistas posibles: respecto de cada uno de los efectos posibles de esa acción no cabe más que o dolo o culpa. Pues, después de todo, los delitos preterintencionales y los cualificados por el resultado no pasan de ser una creación legal, debida a la pervivencia del *versari*, o, con ropaje más modernista, a razones de política criminal. La Reforma de 1983 rechaza, ciertamente, una tercera forma de imputación penal: "dolo" o "culpa" es la única alternativa reconocida en las nuevas disposiciones a través de las que se articula el principio de culpabilidad. Y, sin embargo, como ni se ha procedido a un desdoblamiento de los tipos ni a una simultánea revisión de la pena de los delitos cualificados,

Para superarla, caben a nuestro juicio, según hemos expuesto en otro lugar (41) de *lege ferenda*, dos caminos: o ajustar convenientemente las actuales figuras en estructura y penalidad a las exigencias del principio de culpabilidad o —si se entendiese que ya no está justificado su mantenimiento actual— suprimirlas, dejando en libertad a cada una de las infracciones para que sean apreciadas en concurso conforme a la normativa de éste (41 bis).

Por esta última opción ha decantado la PANCP. En ella se han querido erradicar todas las figuras calificadas (42), y coherentemente se suprime el párrafo 2º del art. 1, cuya existencia carece de justificación una vez perdido su campo de referencia y operativi-

y siendo a su vez suficiente una causación culposa del ulterior resultado más grave, ocurrirá que de hecho seguirán vigentes supuestos de imputación penal que rebasan la culpabilidad *real* del autor, lo que supone una parcial pervivencia oculta del *versari in re illicita*. Queda de esta suerte sustraída a los principios generales la parcela de los delitos cualificados, que no han sido acomodados ni en estructura ni en penalidad al principio de culpabilidad, sino solo al de imputación subjetiva mediante la prohibición de la responsabilidad objetiva, del modo que se ha expuesto en el texto.

(41) Suárez Montes, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo segundo del art. 1*, cit., p. 51.

(41 bis) Adviértase, por lo demás, que la futura liquidación de estos delitos implica una operación de amplio alcance, para lo cual no bastará una simple conversión de tales figuras complejas a tipos simples con una ulterior remisión a las normas del concurso. Sino que será preciso un análisis previo de crítica axiológica y de política criminal, que conducirá a la necesidad de nuevas tipificaciones para atender a intereses y bienes jurídicos que actualmente solo tienen protección de modo indirecto en forma de manifestaciones agravatorias de otros delitos. Este replanteamiento incidirá especialmente en el campo de los delitos de peligro y de los delitos culposos. Vid. a este respecto Suárez Montes, *Los delitos cualificados en la PANCP*, cit.

(42) Cuestión distinta es si lo ha conseguido. A mi juicio, subsisten algunas (de las menos llamativas), y aún se han creado *ex novo* otras. Vid. al respecto nuestro estudio citado en la nota anterior.

dad. Este camino lo siguió también fundamentalmente el *Proyecto* del 80, si bien no de modo exclusivo sino combinándolo con la otra vía, por lo que mantenía el precepto que hoy constituye el párrafo 2º del art. 1. De esta suerte, en estos Proyectos —conforme ha señalado de consuno la doctrina (43)— las infracciones componentes de los tipos cualificados cobran independencia para quedar sujetas a las reglas generales de la responsabilidad, que deberá exigirse a título de dolo o de culpa, según que en el hecho se de una u otra forma psíquica, y a su vez quedan liberadas para su apreciación en concurso, a cuyas reglas quedan sometidas.

Pero, en tanto la nueva situación no llegue, conforme al derecho actualmente vigente, mientras subsistan el actual párrafo 2º del art. 1 y los tipos cualificados por el resultado en la Parte especial, la única integración lícita de aquel precepto con el último párrafo del art. 411 no puede ser otra que la descrita: para la integración de este tipo *basta* con que las prácticas abortivas hayan causado por *culpa* la muerte, o en su caso la lesión (44).

(43) Entre otros: Berdugo Gómez de la Torre, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, cit., p. 395; Bustos, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código penal*, cit., p. 168; Cobo-Vives Antón, *Derecho Penal*, cit., p. 536; Morillas Cuevas, *La culpabilidad en la reforma del Código penal*, cit., p. 101; Muñoz Conde, *La Reforma penal de 1983, op. cit.*, p. 130; Octavio de Toledo y otros, *Los delitos contra los intereses individuales en la PANCP*, cit., p. 12; Quintero Olivares, *La Reforma penal de 1983, op. cit.*, p. 36; Suárez Montes, *Los delitos cualificados por el resultado en la PANCP*, cit.

(44) Cuestión distinta es el si, *junto* a la culpa, cabría *además*, esto es, *también*, el dolo al amparo de una determinada interpretación de la expresión legal “*al menos*, por culpa”. Si ello carece de interés para las sentencias que comentamos, por razones obvias, lo tendrá el día que el Tribunal Supremo se enfrente con un hecho en que el autor de las prácticas abortivas haya previsto y aceptado causar la muer-

Es por ello inadmisibile, por ser una directa violación de la norma representada por el párrafo 2º del art. 1 —que *no ha querido* “realizar en toda su pureza el principio de culpabilidad”— “ensayar la aplicación del principio culpabilista” más allá de lo que el art. 1 permite. Y, entiéndase bien, que nos referimos al art. 1 en su plenitud, esto es a los párrafos primero y segundo en su normativa coexistencia, los cuales, ambos, son las únicas pautas atendibles para armonizar los subsistentes tipos de delitos cualificados por el resultado de la Parte especial con el principio de culpabilidad tras la *Reforma* de 25 de Junio de 1983. Cualquier otra armonización es interpretación libre del derecho (45).

IV

Las anteriores reflexiones ponen de manifiesto que no es correcto exigir una muerte dolosa —sea con dolo directo o eventual— para que se de el supuesto típico del último párrafo del art. 411, por cuanto que tal exigencia no se puede derivar ni del propio tipo ni de la integración del mismo con el art. 1 párrafo 2º del Código penal. De esta suerte decaen los dos argumentos en que se apoya la tesis jurisprudencial (46).

te, sea bajo la forma del dolo directo o del eventual. Sobre esta cuestión, ajena, insistimos, a la tesis jurisprudencial, volveremos más adelante (epígrafe VI).

(45) Naturalmente, cosa distinta es la cuestión de cuál entendamos deba ser el futuro de los delitos cualificados por el resultado a la luz del principio de culpabilidad. La situación actual no la aprobamos, según hemos tenido ocasión de manifestarnos ya en diversas ocasiones. Vid. nota 40.

(46) Y con ello también, consiguientemente, toda base para fundamentar la supuesta pena “homologada con la del homicidio doloso”. Vid. notas 18 y 25. Por lo demás, adviértase que el supuesto típico

Pero importa hacer todavía una observación global de ambos argumentos, valorándolos conjuntamente.

En pro de la exigencia de dolo en el último párrafo del 411 se puede esgrimir un argumento o el otro, pero no los dos a la vez, por cuanto que cada uno de ellos, por su propia índole, excluye al otro.

Si el argumento expresado en la 3ª de las razones del tercer Considerando de la sentencia de 30 de Marzo fuese verdadero, ya no podría entrar en juego el argumento aducido en la 1ª de las razones de dicho Considerando, por la sencilla razón de que este último tiene como campo de actuación los delitos cualificados por el resultado, que es justamente lo que niega el argumento contenido en la 3ª de las razones en referencia al tipo de aborto con muerte. Y además no sería necesario, pues si el dolo fuese inmanente al tipo de aborto con muerte, ¿qué necesidad habría de proyectar sobre él la (supuesta) expansión lógica del art. 1 para exigir el dolo?. Mas de otra parte, en la sentencia se afirma reiteradamente que es un delito cualificado por el resultado y por ello se “ensaya” con él la conocida “aplicación del principio culpabilista”, mas luego, cuando, en aplicación del segundo párrafo del art. 1, sale al paso el “al menos por culpa” —que obligaría a estimar suficiente a ésta—, se pasa al otro argumento (fundamentando, conforme a él, la exigencia de dolo en que no es un delito cualificado). Si no es un delito cualificado, la invocación del art. 1 no tendría sentido, ni sería posible, ni necesaria, para fundamentar la exigencia de dolo. Y si es un delito cualificado habrá que aplicarle la normativa del párrafo segundo del art. 1, confor-

del último párrafo del 411 está castigado con la *misma* pena (*reclusión menor*) antes y después de la Reforma del 83, que introduce el párrafo segundo del artículo 1.

me a la cual es suficiente la culpa. Se entra así en un círculo contradictorio.

La cosa es clara. Ninguno de los argumentos es correcto, y además si se les aduce cumulativamente resultan contradictorios por ser conceptualmente excluyentes entre sí. Y no cabe entonces sino concluir que la tesis asumida por estas dos sentencias es fruto de una aplicación libre del principio de culpabilidad en oposición a expresos preceptos legales, que son marginados.

V

Dado que, conforme a lo anteriormente expuesto, cuando el aborto cause culposamente la muerte se integra el tipo del último párrafo del 411, es éste el precepto que debe ser aplicado e impuesta la pena en él prevista.

Consiguientemente, no cabe —como hacen las sentencias— marginar ese precepto y apreciar en su lugar un concurso (ideal) entre el delito de aborto y el homicidio por imprudencia, sometiendo el supuesto al art. 71.

Contrariamente a lo que las sentencias creen, no cabe una solución “paralela” a la del homicidio preterintencional (47). Y no cabe porque la situación legal del aborto con muerte (o lesiones) es bien distinta a la de las lesiones seguidas de muerte (homicidio preterintencional).

(47) “Como ya tuvo ocasión de declarar esta Sala al discurrir sobre la preterintencionalidad heterogénea hoy *suplantada también* por un concurso de delitos en paralelo al que ahora nos ocupa” (así se afirma expresamente en ambas sentencias: tercer Considerando de la de 30 Marzo y cuarto de la de 3 Abril).

En las lesiones seguidas de muerte la solución del concurso es la correcta (48), mientras que en el aborto seguido de muerte es legalmente imposible. Es en éste imposible porque lo veta el último párrafo del art. 411 que, al representar tras la *Reforma*, por imperio del art. 1 párrafo 2º, según se ha expuesto, un tipo complejo de aborto con homicidio *culposo*, constituye norma específica particular del concurso en ese campo delictivo, que desplaza a la general del art. 71.

En las lesiones seguidas de muerte, en cambio, se debe apreciar concurso, por cuanto que no existe en nuestro código la figura del homicidio preterintencional, y por tanto debe entrar en juego la normativa general del art. 71 (49). Si, por el contrario, existiese un semejante precepto, como sucedía en el *Proyecto* del 80 (art. 173), ya no cabría acudir al concurso, por más que resultase injusta, por excesiva, la pena para él prescrita (50). ¿O es que sí? *Mutatis mutandis* (51), desde el punto de vista del prin-

(48) Sin perjuicio de una posible ulterior matización, derivada del carácter homogéneo y progresivo de los dos bienes implicados, vida e integridad, que ya hemos señalado en otra ocasión. Vid. Suárez Montes, *El principio de culpabilidad en la Reforma parcial de 1983*, cit.

(49) Vid. Suárez Montes, *El principio de culpabilidad en la Reforma parcial de 1983*, op. cit.; del mismo, *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980*, op. cit.

(50) El art. 173 del *Proyecto* de 1980 prevé para el homicidio preterintencional la pena inferior en uno o dos grados respecto a la del homicidio doloso, pena que puede resultar superior a la que se derivaría del concurso, especialmente si se piensa en lesiones leves y en imprudencia simple sin infracción de reglamentos.

(51) En el supuesto fáctico del último párrafo del art. 411, *puede* albergarse un homicidio preterintencional. Pero esto no es necesario ni suficiente para la integración de aquél, pues: de una parte, basta una lesión grave, y de otra, aunque se diese, la importancia del *factum* del 411 último párrafo no se agota ahí, lo desborda, dado que queda la componente aborto, que no es absorbida por el homicidio preterin-

cipio de culpabilidad, la situación de este precepto es del todo equiparable a la del último párrafo del 411 (52). Por esta misma razón es por lo que no cabe descomponer los ingredientes del tipo del último párrafo del 411, ignorando su existencia, para remitirlos a la norma general del concurso. Pero, *de iure condito*, no existe la figura del homicidio preterintencional, y sí en cambio la del último párrafo del 411, por lo que en éste no cabe ir al concurso mientras que en aquél sí.

Por ello la solución del homicidio preterintencional no puede trasladarse de forma “paralela” al aborto con muerte. En el homicidio preterintencional el concurso era posible ya antes de la Reforma, y tras ella obligado; en el aborto con muerte, en cambio, no era posible antes, ni lo es ahora (por imperativo del binomio art. 1 párrafo 2º-art. 411 último párrafo, que constituye la norma especial del concurso de aborto con homicidio culposo) (53).

tencional, y cuya importancia básica es tal que da lugar al mismo tipo agravado aunque no se produzca muerte, sino lesiones.

(52) En ellos está presente por igual, y por la misma razón, un *versarismo atenuado*, y antes de la Reforma —dicho sea trazando hasta el final el paralelismo— la responsabilidad objetiva. Por lo demás, huelga advertir que identidad de estructura —desde el punto de vista del principio de culpabilidad— no significa igualdad axiológica, según hemos señalado en la nota anterior.

(53) Por tanto —contrariamente a lo que las sentencias afirman (vid. nota 47)— no procede hablar de “*suplantada*”, ni de “*también*”. Con buen criterio, en cambio, la sentencia de 30 de Mayo de 1985 —refiriéndose a un caso de lesiones con muerte— al discurrir acerca del tratamiento que deba darse a la preterintencionalidad heterogénea, afirma: “Surge un consorcio entre la dinámica delictiva inicial a título de dolo y el resultado final causado por la conducta, a modo de culpa, habiéndose de estar por consiguiente a la normativa que regula la concurrencia de infracciones, *salvo en el caso de que se trate de castigar la actividad o conducta como delito complejo*” (el subrayado es nuestro), salvedad esta última en la que parece se deben enten-

VI

La única vía por la cual, tras la *Reforma*, podría entrar en el tipo del último párrafo del 411 *también* (54) el homicidio doloso, sería la que pudiera derivarse de una determinada interpretación de la expresión legal “*al menos*, por culpa”, que figura en el párrafo 2º del art. 1 C.p. (55).

Pero, claro está, apenas es preciso advertir que tal problemática interpretación de la locución “*al menos*” no conduce en ningún caso a la exclusión de la culpa, sino que a lo único a que puede conducir es a la inclusión del dolo junto a aquélla; es decir, este

der comprendidas las subsistentes estructuras típicas agravadas por un ulterior resultado, transformadas en delitos complejos merced a la exigencia de culpa impuesta por el nuevo párrafo segundo del art. 1.

(54) Esta es la cuestión pospuesta a que aludíamos en la nota 44.

(55) Según hemos señalado en otro lugar, conforme a la redacción legal del precepto —“*al menos*, por culpa”—, resulta difícil eludir la consecuencia de que en los tipos de los delitos cualificados por el resultado, el resultado cualificante puede haber sido causado indistintamente *con dolo* o *con culpa*. Pero, por otro lado, no parece que pueda haber sido, o pueda ser, voluntad legal incluir el dolo. Se produce así un enfrentamiento entre una rigurosa interpretación gramatical del párrafo segundo del art. 1 en relación con los tipos cualificados por el resultado, entre los que se encuentra el aborto con muerte o lesión, de una parte, que conduce ineludiblemente a incluir *junto* a la culpa *también* el dolo, y de otra la indudable voluntad legal que no puede haber sido esa por cuanto que, si el resultado cualificante afecta a un bien cuya lesión dolosa se halla tipificada y sancionada con igual o mayor pena en otro precepto, no es admisible que tal lesión dolosa pueda integrarse como consecuencia agravatoria de un tipo cualificado, desde el momento que semejante integración conduce a la comprensión del tipo en cuestión como un tipo *privilegiado*, lo cual es contrario —desde la perspectiva legal de la reconversión de tales tipos al principio de culpabilidad— a toda hermenéutica racional lógico-sistemática y teleológica, por muy acomodada que se encuentre a la letra del texto legal. Razón ésta por la que todos hemos criticado ese defecto del tecnicismo legal adoptado.

argumento no cuestiona la comprensión de la culpa, sobre lo cual no puede haber duda, sino solo si *junto a ella* abarca *también* al dolo. Este posible argumento para fundamentar la comprensión del dolo nada tiene que ver, como es obvio, con la argumentación empleada por las sentencias que estudiamos. Pues si bien sirve para fundamentar la inclusión del dolo, no sirve para fundamentar la exclusión de la culpa, que es lo único perseguido por el Tribunal.

No obstante, y pese a que carezca de interés para el comentario de las sentencias que nos ocupan, diremos dos palabras al respecto en atención a que tal cuestión exegética tendrán que afrontarla algún día los tribunales cuando les sea sometido a su juicio el caso en que el autor de las prácticas abortivas haya admitido y aceptado causar la muerte de la mujer, sea bajo la forma del dolo directo o del dolo eventual.

Sin perjuicio de reconocer el carácter problemático de esta cuestión (56), esa alternativa debe ser dirimida, a nuestro juicio, en favor de la opción excluyente del dolo. Nos inclinamos por ella en atención a que, con toda probabilidad, la solución contraria no responde a la voluntad del legislador (57), y sobre todo por la prevalencia que sobre el elemento gramatical debe tener el teleológico y el sistemático en la labor de interpretación, por cuya virtud sería inadmisibles que un tipo concebido con indudable finalidad agra-

(56) Algunos autores admiten la comprensión del dolo. Así: Bustos, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código penal*, op. cit., pp. 166-167; Ruiz Vadillo, *Algunas ideas sobre la culpabilidad*, loc. cit., p. 112. Otros, aunque entienden que en buenos principios debe rechazarse la inclusión del dolo, expresan su duda. Así: Cobo-Vives Antón, *Derecho penal*, op. cit., p. 536; conjunto de autores de *Código penal Colex*, 1984, p. 22.

(57) Cfr. Quintero Olivares, *La Reforma penal de 1983*, p. 36.

vatoria quede convertido en un tipo privilegiado (58). Tropezamos así con las *mismas* distorsiones axiológico-punitivas que salen al paso en el análisis del último párrafo del 411 a quien, antes de la *Reforma* del 83, pretendiese incluir en dicho tipo agravado *también* la causación dolosa de la muerte, distorsiones que hemos señalado ya más arriba y a las cuales nos remitimos (59).

VII

Creemos, en consecuencia, que el aborto con muerte dolosa, lo mismo ahora que antes de la *Reforma*, debe dar lugar a la apreciación de un concurso (ideal) de delitos punible a tenor del art. 71.

Nos separamos también en esto —y de nuevo de forma diametralmente opuesta— del criterio de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. Al entender —por virtud de los argumentos ya expuestos, y criticados— que es la causación dolosa con dolo eventual el dominio propio y único del último párrafo del art. 411, convierte a éste en norma especial del concurso de aborto con homicidio, impidiendo la entrada en juego del art. 71 como norma general del concurso. Con ello deviene el precepto norma especial de concurso privilegiado.

(58) Ya he expresado esta misma opinión, si bien de forma matizada, con anterioridad en: *El principio de culpabilidad en la Reforma penal de 1983*, op. cit.; *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo segundo del art. 1*, op. cit.

De la misma opinión: Quintero Olivares, *La Reforma penal de 1983*, op. cit., p. 36; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español, Parte general*, Madrid, 1985, p. 443, y *Parte especial*, 1983, pp. 86-87.

(59) Decimos *las mismas* porque, a los presentes efectos, resulta indiferente que la inclusión del dolo se la derivase del hecho de que fuese inherente al tipo o de una proyección sobre él del párrafo segundo del artículo 1.

Entienden las sentencias que cuando la muerte sea realizada no con dolo eventual —que se integra en el 411 último párrafo— sino con dolo directo, entonces no se integra en este tipo sino que deberá apreciarse concurso entre aborto y *asesinato*. A este respecto deben ser hechas dos observaciones.

Aparte de que el dolo directo de muerte, aún yendo vinculado a un aborto, no tiene por qué entrañar necesariamente circunstancias agravatorias cualificativas del asesinato (y por tanto puede apreciarse el concurso simplemente entre aborto y homicidio), no está justificada la escisión del dolo en dos dominios para someterlos a tratamiento distinto. Pues el dolo eventual no deja de ser dolo, máxime tras la *Reforma* de 83, que contrapone netamente el dolo frente a la culpa como únicas formas de imputación reconocidas (60). Y conforme a ello, si la muerte dolosa se integra en el tipo del último párrafo del art. 411, debe ser indiferente se trate del dolo directo o del eventual; e inversamente, si la muerte dolosa no es susceptible de ser integrada en dicho tipo, entonces habrá que ir al concurso siempre, ya se trate del dolo directo o del eventual. Esa dicotomía —con un ulterior tratamiento dispar— está solo justificada en aquéllos supuestos en que el propio tipo requiere de forma expresa o tácita el dolo directo (o en su caso el eventual), como acontece por señalar algún ejemplo significativo en la mutilación frente a las lesiones en general. Pero éste no es el caso del aborto con muerte o lesión, en donde no hay base alguna para

(60) Es de observar que las sentencias manejan el concepto del dolo eventual para contraponerlo, rectamente, a la culpa, sin incurrir en la antigua posición jurisprudencial de confundir dicha forma del dolo con el dolo indirecto, que no pasaba de ser —desde la perspectiva subjetiva, única decisiva— culpa, y ni siquiera tenía por qué serlo dado que se basaba únicamente en la previsibilidad *objetiva*.

una tal disquisición reductora al dolo eventual en el tipo del último párrafo del 411 o, inversamente, amplificadora al dolo directo en favor del concurso.

VIII

Si hemos de ser sinceros, la sensación que produjo en nosotros la lectura de las Sentencias de 30 de Marzo y 3 de Abril de 1985 fue la de estar viendo el mundo al revés. Y es que la interpretación que ellas hacen del último párrafo del art. 411 conduce a una singular metamorfosis del precepto: al excluir de él la causación culposa se le expropia de su verdadero contenido, y se deriva el supuesto fáctico hacia un concurso del art. 71, improcedente, e inversamente, al sustituir dicho contenido por el del dolo —y además en exclusiva— se transforma el precepto en norma especial del concurso, impediendo de la entrada en juego del art. 71. Y no se acierta ni en lo uno ni en lo otro: por un lado, el último párrafo del 411 no se aplica, cuando procede, y se aplica cuando no procede; y de otra parte, el art. 71, paralelamente, se aplica cuando no procede, y se deja de aplicar cuando procede.

Si la tesis asumida por las sentencias de 30 de Marzo y 3 de Abril de 1985 prosperase (61), habríamos

(61) Preciso es señalar que, dentro del ámbito de los delitos cualificados por el resultado, con ocasión de aplicar el art. 348 (suministro de droga que ocasiona con dolo eventual la muerte de un drogadicto), la sentencia del T.S. de 4 de Marzo de 1985 ha dictado un fallo contrario a la tesis de las sentencias que nos ocupan. Entiende esa sentencia, con toda corrección, que para la integración del art. 1 con las figuras cualificadas basta una causación imprudente del resultado cualificante (y ello, obsérvese bien, al margen de que en el caso *sub iudice* se pueda o aún se deba admitir que hubo, respecto de tal resultado, dolo eventual). Hasta tal punto es esta sentencia antitética de las sentencias de 30 de marzo y 3 de abril de 1985, que —sobre la base indubitante, que

asistido a la liquidación por vía jurisprudencial de los delitos cualificados por el resultado.

Y no es que nosotros tengamos querencia por el mantenimiento de estos tipos, y menos tal como se encuentran regulados en la actualidad, tras la Reforma. Pues ya hemos expresado nuestra crítica, y la opinión de *lege ferenda*, sobre la necesidad de llevar a cabo modificaciones sustantivas para superar el *versarismo atenuado* subsistente (62).

no pone en absoluto en cuestión, de que basta la causación imprudente— hace la observación de que el nuevo art. 1 es más favorable al reo frente a la interpretación (doctrinal, dice la sentencia) mayoritaria que admitía antes del 83 el caso fortuito como suficiente para la integración del tipo del art. 348, y por el contrario menos beneficioso si lo tomado en consideración fuese la interpretación (judicial, dice la sentencia) restrictiva, que (según ella) exigió frecuentemente culpa consciente o dolo eventual. E interesa destacar esto, porque el sentido y alcance de esta matización es lo más antitético que se puede imaginar respecto de las sentencias que nos ocupan. En efecto. Frente a una tradición jurisprudencial que viniese estimando el dolo como característica subjetiva inherente al tipo del art. 348, el nuevo párrafo segundo del art. 1 obligaría a renunciar al dolo y estimar suficiente la culpa, mientras que las sentencias que estudiamos, a pesar de que la tradición jurisprudencial y la doctrinal (de conformidad con el texto legal) venían entendiendo suficiente la culpa o incluso el caso, exige el dolo, y más allá de eso entiende —aquí está la antitética contradicción— que por imperativo del párrafo 2º del art. 1 no será suficiente la culpa para integrarse el tipo del último párrafo del 411 porque ello —entendemos habrá que añadir— sería una degradación del delito al renunciar a la exigencia del dolo como característica inherente al tipo del mentado precepto, solo amparada por una formal satisfacción gramatical del párrafo 2º del art. 1. Que esto es así se pone de manifiesto con toda claridad a través de la lectura de la 3ª de las razones del tercer Considerando de la sentencia de 30 de Marzo, al que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.

En el camino de una correcta integración del art. 1 con el 411 último párrafo parece que se encuentra también la sentencia de 30 de Mayo de 1985, que se recoge en la nota 53.

(62) Cfr. notas 40, 41 bis y 36.

Pero, al mismo tiempo que abogamos por una reforma, entendemos que, mientras ésta no llegue, es obligado acatar la legalidad vigente para ellos, sin perjuicio de utilizar todos los mecanismos que la propia ley ofrece para evitar las posibles injusticias a que su aplicación pueda dar lugar a juicio del tribunal (63). Este modo de proceder, que es inexcusable

(63) Sin duda ha sido el afán de justicia lo que movió al Tribunal a esa singular interpretación del binomio art. 1 párrafo 2º - art. 411 último párrafo. Pero, al margen de su incorrección, quizá no se reparó suficientemente en la injusticia —esta vez frente a la sociedad— que supone transformar el precepto en un tipo privilegiado de aborto con muerte dolosa, entre otros efectos, algunos ya apuntados en las páginas precedentes. Y de cara a los hechos concretos enjuiciados por las sentencias, la exégesis elegida por el Tribunal le ha conducido a una posible excesiva benevolencia. La benevolencia propia del sistema adoptado por nuestro Código para la punición del concurso *ideal* (art. 71), mediante la exasperación (dos delitos sancionados con prisión menor que determina la aplicación del grado máximo de la misma pena de prisión menor) se ve desbordada en los dos casos hasta incurrir en injusticia por defecto (por más que ésta resulte inevitable una vez elegido el mecanismo de la apreciación del concurso, entre aborto consentido y homicidio por imprudencia, conforme al art. 71). En la sentencia de 30.3.85, al haberse apreciado —si con fundamento o sin él, no vamos a analizarlo— “impericia profesional”, la pena correspondiente ya al solo homicidio por imprudencia a tenor del párrafo quinto del art. 565 es el grado máximo de la pena de prisión menor, con lo cual la incidencia punitiva derivada de la concurrencia de un delito de feticidio queda con un margen de repercusión en extremo reducido, cuando no en descubierto, habida cuenta que no se había apreciado la habitualidad en la autora —pese a haber base para ello en los hechos probados, al constar que la “procesada ... se dedicaba a tales prácticas en la localidad de Cangas de Narcea” y haber apreciado el TS “profesionalidad” en la misma— que determina por su parte el grado máximo (art. 415) de la pena de prisión menor (4 años, 2 meses y 1 día cuando menos). Sería interesante traer a colación en nuestros casos el pensamiento del homicidio preterintencional, para advertir que más allá de eso —que ya da lugar a un concurso de lesión con homicidio— se encuentra todavía la otra dimensión delictiva del acto como *feticidio*. Y en el caso de la sentencia de 3.4.85, el grado máximo de la pena de prisión menor resulta ya de la aplicación del párrafo primero del art. 415, y

en un estado de derecho, obliga a hacer uso del artículo 2º del Código penal —que decreta la supremacía de la ley sobre el órgano judicial en la consabida doble dirección— al prescribir que “cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito”, el tribunal “acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente” pero “sin perjuicio de ejecutar la sentencia” (64).

Si esta —inadmisible— “expansión” del art. 1 C.p. (65) se “ensayase” también en otros lugares del Código donde pueda haber —a la luz de una rigurosa vigencia del principio de culpabilidad— restos de versarismo, estaríamos en una peligrosa situación de inseguridad jurídica. Y en todo caso, el afán de justicia discurriría, de nuevo, no ya al margen de la ley, sino en

ello aparte de que la constelación fáctica permite sentar la duda acerca de si más que culpa consciente no hubo dolo eventual, bien que inserto en una forma omisiva de conducta.

Esta reflexión resultaría con perfiles más nítidos si la hiciésemos a la luz de la hipótesis de una despenalización general del delito de aborto o de un aborto que sea subsumible en el art. 417 bis. Pero éste no es el caso en nuestras sentencias.

(64) Es de señalar que la Sala de instancia, “dada la desmesurada desproporción entre la pena impuesta al procesado D.A. (18 años, 2 meses y 21 días de reclusión menor) y los hechos” acordó hacer uso del art. 2 C.p. y proponer al Gobierno la conmutación por la pena de 6 años de prisión menor, que reputa más adecuada.

(65) “La expansión lógica del artículo 1º párrafo 2º del vigente Código Penal que trata de realizar en toda su pureza el principio de culpabilidad extendiéndolo a los diferentes supuestos de responsabilidad criminal” (S. 30 Marzo 1985). “El art. 1 consagra un principio jurídico que ha de condicionar cualquier interpretación de los preceptos del C.p., y además con carácter extensivo por ser más favorable al reo”, añade la de 3 de Abril de 1985.

contra de ella. Así, por señalar algunos ejemplos, en el terreno de las lesiones, que, como es sabido, aunque no son delitos cualificados por el resultado, son delitos de pena determinada por él (66), o el robo con homicidio culposo (art. 501-4º) por entender que señala pena mayor que la que procedería apreciando concurso entre robo y homicidio por imprudencia (67). Y, remontando el vuelo más alto, aún cabría pensar en eliminar (por inaplicación) algunas otras infracciones en que se viola más o menos abiertamente el principio de culpabilidad (68).

(66) Sobre la problemática del art. 173 del Proyecto de Código Penal de 1980, que introducía —junto al homicidio preterintencional— las lesiones preterintencionales, vid. Suárez Montes, *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código Penal de 1980*, ADP 1981, pp. 814 y ss. Por señalar otro ejemplo dentro del Proyecto del 80, el dejar de aplicar su pena al homicidio preterintencional, que tipificaba en el art. 173 y sancionaba con pena inferior en uno o dos grados a la del homicidio doloso, bajo el pretexto de que aquéllas penas resultan frecuentemente superiores a las que procederían apreciando concurso de lesiones con homicidio por imprudencia. Cfr. sobre esta problemática Suárez Montes, *La preterintencionalidad*, anteriormente citada, en esta misma nota.

(67) Vid. nota 39 *in fine*.

(68) Tales como el párrafo segundo del art. 227, el homicidio y las lesiones en riña tumultuaria (arts. 408 y 424), los delitos de sospecha (arts. 483 y 485).

Vid. sobre estas manifestaciones de responsabilidad objetiva Rodríguez Devesa, *Nulium crimen sine culpa en la reforma del Código penal en 1983*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 6 monográfico, p. 593. Después de indicar que los pomposos principios resultan hueros declaraciones verbales si no hallan eco en la estructura de las diversas figuras de delito, señala que la exclusión de todo vestigio de responsabilidad objetiva no tropieza sólo, tras la reforma del 83, con los delitos cualificados por el resultado (arts. 348, 411 último párrafo, y 488 párrafo último), únicos que parece haber tenido a la vista el legislador español, sino con otras múltiples desviaciones del principio de culpabilidad. En el mismo sentido, Cobo y Vives Antón, *Derecho Penal*, op. cit., p. 88.

Una semejante expansión y profundización del principio de culpabilidad en contra de la ley, creemos que debe de ser rechazada, por muy plausible que sea la finalidad de progresar en la implantación del mismo.