Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el proyecto de Código Penal

José Luis DIEZ RIPOLLES

El presente trabajo pretende realizar un breve análisis crítico¹ del sistema propuesto por el proyecto de 1992 para las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal², orientándose fundamentalmente en el realce y valoración de las diferencias con la regulación vigente, y haciendo, en los casos que se estima procedente, propuesta de modificación del texto.

I. Ante todo se constata que el texto ha decidido, acertadamente, mantener el actual sistema de circunstancias genéricas atenuantes y agravantes, como se aprecia fundamentalmente en los capítulos III a V del título I.

Se asume así una tradición apenas cuestionada, por más que con limitado reflejo en el Derecho comparado³, cuyas virtualidades se han visto potenciadas en los últimos años tras la comprobación de las enriquecedoras aportaciones de tales elementos al contenido de injusto, culpabilidad u oportunidad del concepto de delito, y que ha llevado a la mayor parte de la doctrina a asignarles un acomodo propio en las respectivas categorías de antijuricidad, culpabilidad o punibilidad⁴.

En cualquier caso su obligada consideración en la determinación legal de la pena⁵ fuerza a adoptar decisiones fundamentales sobre la mayor o menor gravedad del comportamiento, fomentando el análisis individualizado de éste.

II.1. El artículo 20.1 del proyecto adopta también otra decisión trascendente cual es la de mantener la actual institución de las eximentes incompletas.

De nuevo nos encontramos ante una regulación peculiar de nuestro ordenamiento que ha merecido de forma generalizada una valoración positiva debido a su capacidad para atender de forma correcta las disminuciones de injusto y culpabilidad ligadas a la incompleta concurrencia de las eximentes⁶.

Se ha podido apreciar recientemente cómo su ausencia en otros ordenamientos está obligando a proponer la creación en ellos de nuevas categorías dogmáticas, nunca tan eficaces y que hacen innecesariamente más compleja la teoría jurídica del delito⁷.

De todos modos cabe hacer al menos dos *objeciones* al artículo 20.1. La primera se refiere a que se sigue manteniendo, a través de la remisión a «Las causas expresadas en el capítulo anterior», la actual laguna respecto a la posibilidad de apreciar la exención incompleta en relación con aquellas eximentes no contenidas en el artículo precedente sino esparcidas por diferentes lugares de la parte especial del Código Penal⁸. Ello se resolvería sustituyendo el inciso anterior por otro que dijera *«Las causas eximentes expresadas en este Código...»*.

La segunda deriva de la perplejidad que causa la adición del término «todos» en relación a los requisitos: si con ello se pretende difuminar la distinción entre elementos esenciales o inesenciales consolidada en doctrina y jurisprudencia⁹, de forma que también se pueda aplicar la exención incompleta cuando falten elementos esenciales, ha de merecer un juicio negativo dada la acertada graduación en la responsabilidad que hoy en día se consigue entre unos casos y otros a través, respectivamente, del artículo 9.1 y del 9.10 en relación al 9.1 y que podría mantenerse en la futura regulación dada la presencia igualmente del artículo 20.6. Si, por el contrario, no se pretende tal cosa, es un término superfluo y perturbador, que debiera eliminarse.

II.2. En efecto, también merece una valoración positiva el mantenimiento de las atenuantes por analogía en el artículo 20.6.

Como acabo de decir, ello posibilita, no sólo la apreciación de atenuantes análogas a las normales, sino igualmente crear un segundo nivel de gradua-

¹ De ahí que se me va a permitir que las referencias bibliográficas se limiten a las imprescindibles, dado que en ningún momento se pretende dar una panoramica completa de la situación doctinal y jurisprudencial sobre los diversos temas tratados.

La especial sustantividad de la problemática de la minoría de edad obliga a dejar fuera de nuestra consideración la atenuante de minoría de edad del artículo 20.3. Véase asimismo lo que se dice respecto a las agravaciones y atenuaciones cualificadas de los artículos 66 y 67 con motivo de la atenuante de arrepentimiento activo, infra.

Por otra parte, en relación al error, me ocuparé también de las circunstancias específicas que dan lugar a tipos privilegiados o cualificados.

³ Véanse al respecto Alonso Alamo: El sistema de las circunstancias del delito, Universidad de Valladolid, 1981, págs. 63-188. González Cussac: Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Universidad de Valencia, 1988, págs. 35-50.

⁴ Véase por todos con una decidida actitud en esa linea asi como una detenida consideración de las actuales tendencias doctrinales en Cerezo Mir: Curso de Derecho penal español. II, Tecnos, 1990, págs. 103-107. También Diez Ripollés. La categoría de la antijuricidad en Derecho penal, ADPCP, 1991, págs 73-74, 55-56.

⁵ Véanse articulos 61 y ss. del anteproyecto objeto de estudio.

⁶ Véase al respecto Díez Ripollés: La calegoria de la antijuncidad..., op. cit., págs. 55-60.

Véase en especial la postura de Gunther, expuesta y criticada desde este punto de vista en Diez Ripollés: *Ibidem*, págs. 28-41, 51-64.

⁸ Véase sobre esta laguna en la actualidad Díez Ripollés: Ibídem, págs. 57-58.

⁹ Véase por todos Cerezo Mir Curso... II, op cit, págs. 109-114.

ción de la exención parcial a través de su relación con el artículo 20.1¹⁰.

II.3. Se introduce una nueva circunstancia en el artículo 20.2 relativa a *intoxicaciones no plenas* que contiene dos *defectos* sistemáticos *importantes:*

En primer lugar no parece tener sustantividad propia, dada la existencia del artículo 20.1 en relación con el 19.2 que será preferido en cuanto permite que los casos de intoxicación que no tengan plenitud de efectos puedan beneficiarse de la atenuación cualificada propia de las eximentes incompletas y recogida en el artículo 68 del proyecto¹¹. Se podría pensar que quiere aludirse a casos con efectos inferiores al nivel de la intoxicación semiplena, pero tal diferencia no se expresa desde luego en el texto legal.

En segundo lugar, no alcanza a comprenderse por qué en este supuesto, a diferencia de lo que se establece en los artículos 19.1 y 2, cabe la atenuante en las hipótesis de actio libera in causa culposa: lo lógico sería mantener en todas las figuras pertinentes la escala de penalidad en función de la intensidad de la intoxicación, permaneciendo inalterado el contenido del límite de la actio libera in causa¹².

A estos defectos estructurales se añade la *inco*gruencia político-criminal de que, mientras se crea un precepto para abarcar situaciones perfectamente incluibles en el trastorno mental transitorio incompleto, no se asegura un tratamiento especial de las actuaciones delictivas realizadas en un estado carencial vinculado a situaciones de toxicodependencia, que no resultan fácilmente abarcadas por el trastorno mental transitorio¹³.

De ahí que proceda hacer la siguiente propuesta de mejora:

- a) Supresión del artículo 19.2.
- b) Redacción del artículo 20.2 en los siguientes términos: «La de que el culpable, sin estar comprendido en el número anterior, como consecuencia de su dependencia alcohólica, de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o en otra circunstancia psicosocial de análoga significación, se halle en un estado carencial que altere de forma relevante su ca-

pacidad volitiva, siempre que dicha situación no se haya buscado con el propósito de cometer el delito.»¹⁴

Aquí no se excluyen las conductas previas culposas pues ello supondría exigir a esas personas que mostraran diligencia en el aprovisionamiento de tales sustancias, algo contradictorio con la actual regulación jurídica.

c) Crear un nuevo artículo 20.2 bis en los siguientes términos: «La de que el culpable, sin estar comprendido en el artículo 20.1, se encuentre, al tiempo de cometer la infracción penal, afectado por un estado de intoxicación alcohólica o de otra índole, siempre que no haya sido buscada con el propósito de cometer el delito o se hubiere previsto o podido prever su comisión.»

Este artículo garantiza el mantenimiento de un tercer nivel de graduación de la pena en caso de intoxicaciones.

- II.4. El artículo 20.4 relativo a estados pasionales y coincidente con la regulación actual puede mantenerse en los mismos términos.
- II.5. El artículo 20.5 ha sido mejorado en su redacción frente a la circunstancia de arrepentimiento de la que pretende ser réplica: se elimina la referencia a «por impulsos de arrepentimiento», que fomentaba exigencias moralizadoras quedando sin sentido en caso contrario¹⁵, y se ha ampliado la posibilidad de apreciación hasta el auto de procesamiento o equivalente.

Entre las *objeciones* cabe citar el mantenimiento de la alusión a la «espontaneidad», que conducía a interpretaciones desmesuradas por parte del Tribunal Supremo¹⁶, y la poco comprensible sustitución, en especial si se mantiene la referencia final a «infracción», de «delito» por «hecho»¹⁷.

II.6. Debe saludarse la desaparición de la atenuante de *preterintencionalidad* como un acertado avance en la total eliminación de la responsabilidad objetiva de nuestro Código. Ya con la actual regulación es muy dudoso que tenga un ámbito propio de aplicación¹⁸.

¹⁰ Véase lo dicho por Díez Ripollés: *La categoria...*, págs. 57-59.

En el mismo sentido véanse «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria sobre el borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990. I», Actualidad Penal, núm 16, 1991, pág. 238 «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura sobre el borrador de anteproyecto de parte general del Código Penal», Actualidad Penal, núm. 14, 1991, pág. 213.

¹² La interpretación de que el artículo 20.2 se diferencia de la intoxicación semiplena incluible en el 20.1 precisamente, y de modo exclusivo, en que abarcaría supuestos de actio libera in causa culposa parece poco plausible. Propone una modificación del artículo 20.2 para excluir también su apreciación en los casos de actio libera in causa culposa, Cerezo Mir: «Informe sobre el borrador de anteproyecto de la Parte general del Código Penal de octubre de 1990», Actualidad Penal, núm. 20, 1991, págs. 268-269.

f3 Así lo ponen de relieve el «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria ... I», op. cit., pág. 238, quien aboga por la introducción de una exención incompleta y un atenuante para tales casos, y el «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura...», op. cit., pág. 213.

¹⁴ El precepto propuesto se halla directamente inspirado en la propuesta de adición de un nuevo párrafo al artículo 8.1 de Código vigente formulada por el Grupo de Estudios de Politica Criminal en su «Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas», Cuadernos de Política Criminal, núm. 45, 1991, páo. 893.

Véanse por todos Mir Puig: Derecho penal. Parte general, PPU, 1990, págs. 692-694. De Vicente Remesal: El comportamiento postdelictivo, Universidad de León. 1985, pags. 107-121.

16 Véase por todos Mir Puig: Ibídem.

Se ha vuelto a este termino, aun cuando en el anteproyecto se sustituyó por el de «voluntariamente», que tambien era criticable, aunque en aquel caso por su carácter superfluo: quizás se introdujera para indicar el minimo frente a la situación que se deriva del uso del «espontáneamente».

17 Por más que está en relación con la atenuante anterior, su limitada y específica aplicación a los delitos realizados por bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, asi como su especial problemática, aconseja no ocuparse de la atenuación cualificada o incluso remisión total de la pena que el proyecto prevé, de un modo muy discutible, en su artículo 67 para casos de colaboración activa del delincuente. Lo mismo se hace con la agravación cualificada por la relación del hecho con la actividad de tales agrupaciones, contenida en el artículo 66.

¹⁸ La reforma de 1989 de los delitos de lesiones ha privado a esta atenuante de su prácticamente exclusivo, y en realidad rechazable, ámbito de aplicación. Véanse antes de esa reforma, Cerezo Mir: «Principales reformas del Código Penal español in-

troducidas en 1983», La Ley, 4-3-88, pág. 2.

II.7. También hay que alegrarse de que no se haya persistido en la idea contenida en el Proyecto de 1980 y Propuesta de anteproyecto de 1983 de reintroducir la atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, o sustituirla por la de motivos de notorio valor social, respectivamente¹⁹.

En otro lugar he tenido ocasión de aludir a los insalvables problemas que las referencias genéricas a móviles plantean desde la perspectiva de cuál de los motivos concurrentes en un mismo nivel debe ser tenido en cuenta, del nivel de motivación en el que centrarse, y de la difícilmente defendible restricción a la motivación inconsciente, sin olvidar las discutibles cualidades que deben tener los motivos para ser apreciados, crítica de la que no se libra tampoco la referencia a «notorio valor social»20.

Por otra parte su ausencia es coherente, como veremos más adelante, con la supresión de la agravante de premeditación entendida según la teoría sintomática²¹.

III.1. El artículo 21.1 mantiene la alevosía en principio con su definición habitual, pero añadiendo un inciso final profundamente perturbador y que no se contenía en el borrador de anteproyecto de 1990. En concreto, habrá además alevosía «cuando el hecho se ejecute sobre persona absolutamente indefensa».

Tal inciso, que sin duda pretende dar satisfacción a una consolidada orientación jurisprudencial²², ignora las ineludibles referencias subjetivas de esta circunstancia: en efecto, ante todo son necesarias la conciencia y voluntad de realización de sus elementos objetivos, sin que exija para ello que el sujeto haya provocado la concurrencia de tales medios, modos o formas, ni siquiera que haya esperado hasta que se pudieran emplear, bastando incluso con que aproveche su presencia aun de improviso. Pero es que además se precisa una determinada tendencia subjetiva consistente en la finalidad de asegurar la ejecución por medio de la evitación de los riesgos que pudieran derivar de la defensa del ofendido²³

Pues bien, esta tendencia no tiene por qué considerarse presente de modo automático en todo delito contrilas personas que tenga por objetivo una persona absolutamente indefensa, como sin embargo presume el inciso criticado. Consecuencia inmediata de esta presunción es que se da lugar a una figura de sospecha, incompatible con la prohibición de la responsabilidad objetiva²⁴. De ahí que proceda la desaparición de inciso tan improcedente.

III.2. El artículo 21.2 constituve una de las novedades más importantes en este campo y merece una especial atención. Con él se ha pretendido eliminar el exagerado casuismo existente en nuestro Código afectante a un conjunto de circunstancias cuya fundamentación es similar, si no idéntica. Para ello se ha llegado a una formulación única que merece en principio alabanzas por el esfuerzo de simplificación que supone²⁵, pero que, a mi juicio, todavía no ha llegado todo lo lejos que sería conveniente.

Una definitva regulación en esta materia no debe olvidar que, además de la proximidad de esas circunstancias entre sí, todas ellas tienen problemas de diferenciación con la alevosía, de modo que tarea previa es asegurar su autonomía respecto a ésta, algo a lo que no ha atendido debidamente el redactor del anteproyecto.

Se puede afirmar que el punto de contacto de todas estas circunstacias, incluida la alevosía, es que su fundamento más importante es el aseguramiento de la ejecución del delito²⁶.

A partir de esta idea, la alevosía tiene una peculiaridad: en ella, como muestra su expresa limitación a los delitos contra las personas, estamos ante supuestos de agresiones personales en las que, al tratarse de los bienes jurídicos más primordiales, son de esperar reacciones especialmente enérgicas de la víctima. Por ello la idea básica del aseguramiento de la ejecución²⁷ sólo alcanza su plena expresión si se logran eliminar los riesgos que puedan proceder de la defensa de la víctima.

Si partimos de que todo debilitamiento de la defensa supone de algún modo un aseguramiento de la ejecución, pero no a la inversa, la concepción anterior restringe la apreciación de la alevosía a casos de aseguramiento que posean aquel componente. Con ello, por lo demás, no hacemos más que ajustarnos cabalmente a la definición legal de alevosía actual y propuesta.

Por el contrario, en las restantes circunstancias con problemas de delimitación de la alevosía el también presente aseguramiento de la ejecución se entiende, en coherencia con el abandono de la refe-

Valora positivamente de forma expresa su supresión el «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vito-

ria. I», op. cit. pág. 235.

19 Véanse artículo 27.5 del Proyecto 80 y 23.4 de la propuesta de anteproyecto de 1983.

Véase Diez Ripollés: La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, ADPCP, 1979, págs. 136-139. ²¹ Véase *infra*.

²² Véanse las referencias jurisprudenciales aludidas por Cerezo Mir: «Curso... II», 120 Asimismo abogaba por la introducción de un inciso similar en relación con el borrador de anteproyecto de 1990 el «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria... II», Actualidad Penal, núm. 17, 1991,

pág. 244.
²³ Véase por todos Cerezo Mir: «Curso... II», 119-120, con am-

plias referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

²⁴ La situación recordará mucho la que se planteó ante el Tribuncal Constitucional (S. 105/88 de 8 de junio) en relación con el antiguo inciso del artículo 509, relativo a útiles para el robo, alusivo a no dar «descargo suficiente sobre su adquisición y conservación», en la que nuestro Inbunal Constitucional consideró que violaba la presunción de inocencia al presumir la finalidad de que la tenencia de tales útiles era para cometer el delito de robo. A diferencia de ese caso, en el que cupo una interpretación distinta acorde con la Constitución, es dudoso que aqui se pueda hacer lo mismo.

²⁵ Alude también a ese plausible propósito Cerezo Mir: Informe sobre el borrador, op. cit., pág. 269. Por el contrario el «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria...», op. cit., pág. 244 objeta que formulación tan genérica puede terminar atentando al principio de legalidad.

Véase la importancia de esta idea en la mayor parte de las circunstancias actuales equivalentes a las incluidas en este artículo del proyecto, entre otros, en Cerezo Mir, «Curso... II», op t., págs. 122 y ss. Alonso Alamo. op. cit., págs. 448 y ss. 27 Han dejado de tener ya un peso significativo en la funda-

mentación de la alevosía ideas vinculadas a la cobardia o la traición. Véase al respecto Cerezo Mir, «Curso . II», op. cit, pags. 121-123

rencia a los delitos contra las personas, en un sentido genérico que sin duda incluye la variante de debilitamiento de la defensa pero que no la exige necesariamente²⁸. Sin embargo, sorprendentemente, la definición del proyecto adopta la vía opuesta y limita los supuestos de aseguramiento, de una forma aún más enfática que en la alevosía, a los supuestos de indefensión del ofendido. Con ello consigue agravar aún más los problemas de delimitación con la alevosía actualmente existentes.

Por otro lado, y a este aspecto sí que da cumplida cuenta el proyecto, en la mayoría de este conjunto de circunstancias al aseguramiento de la ejecución se suele añadir el fundamento ulterior alternativo, y conceptualmente próximo, de la facilitación de la impunidad29

En otro sentido, si la fundamentación de estas circunstancias guarda tantas similitudes con la de la alevosía parece lógico que cuando por primera vez se hace el intento de encontrar una formulación abstracta que acoja en su seno a todas ellas se tome como modelo la acreditada definición legal de aquélla. Y ello no sólo en relación a sus componentes objetivos, sino también a los subjetivos, y en particular en lo que concierne al especial elemento subjetivo tendencial.

A todo lo anterior responde la siguiente propuesta de redacción del artículo 21.2: «Ejecutar el hecho por el sujeto mediante circunstancias de lugar, tiempo o modo que tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución del delito o facilitar la impunidad del delincuente.»

Una redacción como la propuesta, además de mantener el debido paralelismo con la alevosía sin por ello olvidar destacar las diferencias, es susceptible de abarcar, con leves modificaciones en su ámbito de aplicación actual que en todo caso responden a la más sólida fundamentación desarrollada, a las siguientes agravantes hoy vigentes: astucia, fraude o disfraz (núm. 7), abuso de superioridad o empleo de medio que debilite la defensa (núm. 8), ocasión calamitosa (núm. 11), auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen impunidad (núm. 12), nocturnidad, despoblado, cuadrilla (núm. 13), morada (núm. 16)30

III.3. Los artículos 21.5 y 21.6 mantienen como circunstancias independientes a las de abuso de confianza y prevalimiento del carácter público. Su no inclusión en el artículo 21.2, a pesar de que su principal fundamento es también el aseguramiento de la ejecución, puede admitirse por el hecho de que a él se une la infracción de determinados deberes de lealtad que les otorgan un carácter peculiar³¹. Ello explica igualmente que no sigan en su formulación el modelo estructural desarrollado en el artículo 21.2.

III.4. El artículo 21.3 relativo a la agravante de precio, recompensa o promesa se mantiene prácticamente en los términos actuales, lo que parece acertado.

Cabría simplemente recordar que se sigue dejando sin zanjar el problema de si también es aplicable a quien da, como hace la jurisprudencia, o no³².

III.5. El artículo 21.4 mantiene la agravante de males innecesarios en sus mismos términos. Sin cuestionar su existencia cabe hacer un par de obieciones:

En primer lugar parece innecesario mantener el adverbio «deliberadamente» dado que no parece haber inconveniente en considerar que el elemento subjetivo de esta circunstancia se da con el equivalente al dolo en cualquiera de sus clases³³

En segundo lugar quizás sea el momento de cuestionarse la procedencia de mantener tres conceptos distintos de males innecesarios o ensañamiento en el proyecto34 que se convierten en cuatro en nuestra actual regulación35

III.6. Desaparece del catálogo de agravantes del proyecto la de premeditación. Se descarta con ello también la opción de mantenerla condicionada por la presencia de una especial malicia del autor en el caso concreto, como hacía el Proyecto de 1980, así como la de sustituirla por una agravante referida a móviles abyectos o fútiles, como preconizaba la propuesta de anteproyecto de 198336.

A mi juicio la concepción moderna de la premeditación, que adiciona un componente de especial reprochabilidad, termina poniendo el énfasis en los móviles quedando los otros elementos en un segundo plano cuando no pasan a ser perturbadores. Ahora bien, formulaciones centradas en referencias genéricas a móviles presentan muy graves problemas de delimitación, tanto si se utilizan en sentido agravatorio como atenuatorio37, de ahí que sea preferible renunciar a circunstancias modificativas genéricas de ese tenor.

Ello no es obstáculo para que, en relación con determinados delitos, se establezcan figuras agravadas o atenuadas en móviles especialmente ligados al injusto específico de tales preceptos, pues en ese contexto particular descienden notablemente los problemas referentes a su delimitación y verificación38.

²⁸ Alude a casos en que se puede asegurar la ejecución sin que ello implique debilitamiento de la defensa de la víctima. Cerezo Mir: «Informe...», op. cit., pág. 269.

²⁹ A ello se alude expresamente en la actual circunstancia 10.12 pero está también presente cuando menos en las cometidas en los números 7, 11 y 13. Véase en la misma línea Cerezo Mir: «Curso... II», op. cit., págs. 128 y ss.

³⁰ Véase el análisis, no del todo coincidente, de las que se estima que no quedarian incluidas dentro de la redacción del actual artículo 21.2 del proyecto, que realizan Cerezo Mir: «Informe...», op. cit., pág. 269, 270; y el «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria...», op. cit., pág 245.

Véase al respecto por todos Alonso Alamo: op. cit., págs. 539-567.

³² Véase una reciente recopilación jurisprudencial al respecto en Alvarez Garcia: «Art. 10.2», en Código Penal comentado,

coord. Lopez Baria de Quiroga-Rodríguez Ramos, Akal, 1990,

pág. 76.

33 Véase en el mismo sentido, entre otros, Mir Puig: op. cit.,

pág. 708. Véase además de ésta, su definición en el asesinato (art. 145.3) o su indefinición en las lesiones (art. 156.2).

³⁵ Además de la del artículo 10.5 y 406.5, terminan desembocando en el concepto de males innecesarios o ensañamiento, cuando menos, los términos utilizados en el artículo 421.1, inciso último, y 421.3.

³⁶ Véanse articulos 28.7 y 24 4, respectivamente. El Proyecto 80 mantenía además una agravante de móviles abyectos o fútiles.

³⁷ Véase lo dicho supra en relación con atenuantes vinculadas a móviles genericos.

38 Por el contrario Cerezo Mir: «Informe .», op. cit.,

págs 269-270 considera que, o bien debería de crearse una agra-

III.7. La agravante de reincidencia se ha introducido finalmente, tras no pocas vacilaciones, en el artículo 21.7 del proyecto.

La agravante no se encontraba en principio contemplada en el borrador de anteproyecto de 1990: con todo resultaba muy dudoso afirmar que hubiera desaparecido dada la presencia en el artículo 70 del citado borrador de una definición de delincuente habitual que, al no hacer referencia a la tendencia o inclinación a delinquir pero sí a la realización de tres o más delitos situados en el mismo capítulo, y al encontrarse entre las reglas generales de aplicación de penas y no entre los supuestos de aplica-ción de medidas de seguridad39 permitía presumir si iba a hacer las veces de la reincidencia y servir de apoyo a agravaciones específicas situadas en una parte especial del Código aún desconocida40.

A su vez el anteproyecto de 1992, aunque introdujo indubitadamente la agravante de reincidencia, tanto específica como genérica, la localizaba anómalamente en el artículo 65 entre los preceptos que se ocupan de las reglas generales para la aplicación de las penas.

Las diferencias entre el proyecto y la regulación actual se limitan a la adición en la específica al requisito sistemático el de que se trate de delito «de la misma naturaleza», y a la conversión de la reincidencia genérica en una agravante facultativa» 41.

Además se traslada a los preceptos que rigen las reglas generales de aplicación de penas (art. 66.2) la regulación de la reincidencia internacional en delitos relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terronstas. Se constata, aparte de algunas mejoras técnicas, la desaparición de la mención a las conductas de rebeldía.

La circunstancia de reincidencia, siempre discutida en su fundamentación⁴², viene siendo objeto recientemente de un fuerte cuestionamiento desde una perspectiva constitucional⁴³. A mi juicio se han dado por buenas demasiado apresuradamente determinadas objeciones.

Así, la pretendida violación del principio de ne bis in idem pasa por alto que no se vuelve a valorar la conducta anterior sino la actual, que posee en sí misma unas connotaciones específicas en virtud de la existencia de experiencias anteriores⁴⁴.

Esto último responde igualmente a la objeción de que se abandona la culpabilidad por el hecho y se entra en una culpabilidad por la conducta vital, a lo que se puede añadir que el concepto de culpabilidad por el hecho presupone la realización de un acabado análisis de la reprochabilidad del sujeto en el caso concreto, que necesariamente reflejará su experiencia vital precedente si no queremos que se nos difumine la identidad individual. Tampoco se atiende a una culpabilidad por la actitud interna, pues en ningún caso debe fundamentar la agravación en que no se ha asumido interiormente la norma.

Tampoco parece convincente la afirmación de que se viola el principio de proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad pues, tras las sucesivas reformas legales que hicieron desaparecer la doble reincidencia y la multirreincidencia, resulta difícil aceptar que los actuales efectos de la reincidencia sean desproporcionados⁴⁵. Si tal falta de congruencia se afirma partiendo de que propiamente lo que la repetición del delito manifiesta es una menor culpabilidad, la discusión se coloca en otra dimensión, sin duda digna de consideración, pero opuesta a la actualmente dominante, y en la que no se debería simplemente abogar por la supresión de la circunstancia sino por su conversión en una atenuante⁴⁶.

Un considerable menor peso tienen objeciones vinculadas al principio de seguridad jurídica, al de igualdad o a la prohibición de penas degradantes⁴

En cualquier caso la agravante de reincidencia presenta dos déficit de fundamentación importantes que deberían llevar a proponer una regulación diversa a la actual y a la proyectada: en primer lugar no resulta convincente sostener que la mera repetición del delito expresa en todo caso una mayor culpabilidad del sujeto48.

El rechazo por parte del Tribunal Constitucional de una violación de la presunción de inocencia, basada en que se presume de manera general una mayor culpabilidad siendo así que ésta no siempre concurre, con el argumento de que la efectiva presencia de ese mayor reproche no constituye un elemento concreto de la circunstancia sino su fundamento⁴⁹, presupone no tener dudas de que la repetición del delito en los términos recogidos en la circunstancia se deriva necesariamente un mayor reproche del delincuente. En cuanto esta creencia se tambalea se tropieza con problemas para justificar una agravación de pena obligatoria a partir de la mera presencia de los actuales elementos de la circunstancia.

En segundo lugar resulta difícil eliminar la impresión de que componentes intimidatorios propios de la prevención general y especial desempeñan un papel excesivo en la fundamentación de la circunstancia.

Ambas deficiencias, recíprocamente condicionadas, aparecen estrechamente vinculadas a la natu-

vante basada en los móviles aunque probablemente menos imprecisa y moralizante que las propuestas en textos anteriores, o bien debena mantenerse una agravante de premeditación limitada a los delitos contra las personas, de apreciación facultativa a tenor de la teoría sintomática cuando se revelara en el caso concreto una mayor gravedad de la culpabilidad.

- 39 Como sin embargo sucedía con la delincuencia habitual culposa en relación con vehículos de motor (art. 102).
- 40 Habian llamado la atención sobre todo esto, y aconsejado la introducción de la reincidencia en el borrador de anteproyecto de 1990, el «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura...», op. cit., pág. 212; «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria...», op. cit., I, pág. 237, II, pág. 248; Cerezo Mir. «Informe...», op. cit., págs. 264, 270, 272-273.
 - 41 Como se expresa en el artículo 65.
- 42 No es éste el lugar para entrar en un análisis detenido de la problemática de la reincidencia. Véase al respecto en España, además de lo citado infra, una panorámica doctrinal en Mir Puig: La reincidencia en el Código Penal», op. cit., págs. 711-713. Alon-

so Alamo: op. cit., págs. 669-675. Cobo-Vives. «Derecho Penal. Parte general», Tirant lo blanc, 1990, pags. 693-695.

- 43 Una reciente recopilación de todos esos argumentos se encuentra en Zugaldía Espinar: «Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia», Poder Judicial, núm.-13, 1989, págs 85 y ss.

 44 Criticamente también la S del TC 150/91, de 4 de julio,
- F. J. 9.

 En el mismo sentido la STC 150/91, de 4 de julio, F. J. 6, si bien refiriéndose exclusivamente a los efectos en la medición legal de la pena, por más que en el F. J. 2 ha resumido acertadamente los otros efectos de la reincidencia.
- Una convincente, y pendiente, demostración de este último planteamiento, probablemente ligada a una profunda reestructuración del concepto de imputabilidad y su graduación, conllevaría una completa transformación de la actual problemática.

 47 Véase su acertado rechazo en la STC 150/91, de 4 de julio.
- 48 Sobre los efectos de una tesis que consiguiera invertir la consideración de la reincidencia respecto a la culpabilidad, véa-
 - Véase STC 150/91, de 4 de julio F J. 6.

raleza obligatoria de la circunstancia y podrían neutralizarse satisfactoriamente con su conversión en todo caso en una agravante facultativa que condicionará su aplicación y vigencia a un análisis en el caso concreto de la efectiva mayor culpabilidad del sujeto⁵⁰. Con ello se conseguirían al menos dos cosas: no aplicarla cuando hubiera dudas sobre la existencia de una mayor reprochabilidad, e impedir que los razonamientos preventivos adquieran autonomía más allá del marco establecido por la culpabilidad.

De ahí que proceda una propuesta de mejora que, superando la situación diferenciada contenida en el proyecto, considere agravante facultativa tanto a la reincidencia genérica como a la específica.

III.8. Se suprimen, con acierto, dos agravantes cuyo ámbito de aplicación en la actualidad, e igualmente a tenor del proyecto, es muy problemático: Por un lado, la de los *estragos*, ya que la existencia en los artículos 330 y siguientes de los delitos de incendios y estragos hara qué, como sucede con el Código vigente, sea difícil imaginar hipótesis en que pueda aplicarse⁵¹.

También desaparece la agravante de *publicidad*, inherente a la mayor parte de los preceptos en los que puede concurrir⁵².

Si se decidiera mantenerla, debería en cualquier caso limitar su ámbito a aquellas hipótesis en que se aumentara efectivamente el desvalor del resultado, como sucedía en el Proyecto 80 que hablaba de «realizar el hecho con alguna clase de publicidad o medio de difusión que propague el daño» (art. 28.8). A mí juicio podría hablarse de realizar el hecho con cualquier clase de publicidad que aumente el mai del delito.

III.9. Resulta igualmente plausible la supresión de las circunstancias de ofensa de autoridad y desprecio del respeto a la dignidad o edad del ofendido.

La primera, dada la más que suficiente protección de la autoridad que se consigue a través de los delitos de atentado y desacato de los artículos 499 y siguientes del proyecto en línea con lo que ya sucede en el actual Código Penal.

La segunda debido a las objeciones de inconstitucionalidad que, en especial respecto al primero de sus incisos, pueden surgir en virtud del artículo 14 de la CE⁵³.

Por lo demás su segundo inciso atiende a hipótesis en las que con frecuencia, si bien desde el punto de vista diverso del aseguramiento de la ejecución, ya se llegara a agravaciones de la pena basadas en un mayor injusto.

III.10. Se mantiene en el artículo 22 la circunstancia mixta de *parentesco* en los términos literales actuales. Se persiste con ello en la ampliación de su ámbito que supuso la introducción en la reforma de 1983 del inciso «persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad».

Tal referencia no estaba prevista en el Proyecto 80 ni en la propuesta de anteproyecto 83, y se ha criticado por algún sector doctrinal aludiendo a la violación de la seguridad jurídica, y de la prohibición de la analogía *in malam partem* cuando se aprecie como agravante⁵⁴.

A mi entender lo político-criminalmente procedente es precisamente profundizar en esa línea ampliatoria, cubriendo determinadas lagunas hoy existentes. De ahí que la circunstancia debería rezar así:

«Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados del ofensor, o persona a la que se halle ligado por especiales vínculos de amistad o afecto.»

No considero que la redacción in fine de la circunstancia propuesta⁵⁵ viole el principio de seguridad jurídica sino que más bien incluye inequívocamente supuestos ahora quizás dudosos. Tampoco supone la utilización de analogía prohibida en casos de agravación ya que se limita a utilizar una cláusula general perfectamente asumible en nuestra legislación penal.

Por lo demás el indudable carácter «material» de este inciso resuelve simultáneamente la persistencia en el proyecto del defecto consistente en la imposibilidad de acudir a la atenuante por analogía del artículo 26.6 en relación con el artículo 22, ya que aquella no va referida a ásta⁵⁶.

- IV.1. La vigencia del *principio de culpabilidad* o, si se quiere, de la imputación subjetiva, dentro del sistema de las circunstancias con especial atención a los supuestos de participación⁵⁷ se garantiza adecuadamente a través del artículo 62, que mantiene una dicción prácticamente idéntica al actual artículo 60.
 - IV.2. Por su parte el artículo 64, que debe sus-

Señala igualmente los inconvenientes del carácter obligatorio de la reincidencia, si bien en un contexto, que yo no comparto, de preferencia por trasladar esta problemática al ámbito de los estados peligrosos y las medidas de seguridad, Zugaldía Espinar: op. cit., pág. 88.

51 Puede decirse que sólo resulta aplicable como circunstancia genérica en las escasas hipótesis en que se realiza un delito concurriendo los elementos de la circunstancia de un modo en que aún no se puede hablar de tentativa de un delito de incendio o estragos.

 $^{\rm 52}$ Singularmente las injurias y calumnias realizadas por escrito y con publicidad.

53 La doctrina alude con frecuencia a estos o parecidos argumentos en relación con la actual agravante del artículo 10.16. Véase al respecto las referencias bibliográficas en Cerezo Mir: «Curso... II», op. cit., pág. 152.

54 Véase Cerezo Mir. «Curso .. II», op. cit , págs. 146, 149.

55 La redacción del último inciso está tomada literalmente de parte de la propuesta realizada por Cerezo Mir: «Informe. », op cit. pag. 267, para la regulación de un estado de necesidad como causa de inculpabilidad en el anteproyecto de 1990.

56 Que en la actualidad se produce entre el artículo 9.10 y el art 11

57 Como se dirá más adelante, no creo que este artículo deba utilizarse para resolver problemas de error en las circunstancias.

so A esta misma consecuencia es la que llega, de lege lata, la STS 6-4-1990, Ar. 3195, a partir de lo que considera una interpretación conforme a la Constitución de la agravante 10 15. Sin embargo, la citada interpretación de la regulación actual constituye a mi entender una clara violación del principio material de legalidad en cuanto es frontalmente contradictoria con el caracter obligatorio previsto para tal circunstancia en nuestra legislación penal, sin que el Tribunal Supremo pueda arrogarse funciones propias del Tribunal Constitucional en este punto. Véase en llnea similar Jareño Leal: «Reincidencia, arbitno judicial y principio de legalidad», *Poder Judicial*, núm. 22, págs. 253-254, quien analiza la citada sentencia también desde otros puntos de vista.

tituir al vigente artículo 59, contiene una regulación especialmente trascendente en relación con las *circunstancias especificas* («al describir») o *genéricas* vinculadas a ciertos tipos («o sancionar»)⁵⁸.

En primer lugar, su redacción es notablemente más cuidada que la del artículo correspondiente actual en cuanto que se alude tanto a agravantes como a atenuantes y se elimina el innecesario primer inciso.

En segundo lugar, al establecer exclusivamente la inaplicación del artículo 63 a estas circunstancias hay que deducir *a sensu contrario* que sí les son aplicables los artículos 61 y 62, con la importante consecuencia de que por ello implica establecer, acertadamente, el principio de *incomunicabilidad* también para las circunstancias contenidas en la Parte especial del Código⁵⁹.

A ello no cabe objetar que el concepto de «circunstancia» de los artículos 61 y 62 sea distinto del utilizado en el artículo 64, ya que éste se remite al artículo 63 cuyo concepto de circunstancia es evidentemente el mismo que el de los artículos 61 y 62.

Por último, el artículo 64, al excluir las reglas de aplicación de penas del artículo 63 respecto a las circunstancias en él aludidas, veda la *compensación* entre éstas y las genéricas de los artículos 20 a 22, lo cual debe considerarse correcto respecto a las circunstancias específicas, pero no en lo que concierne a las genéricas vinculadas a ciertos tipos, ya que éstas no pertenecen, a diferencia de las anteriores, al injusto específico⁶⁰.

IV.3. El artículo 13.2 contiene una regulación sobre el *error en las circunstancias* que supone una notable mejora respecto a la situación actual⁶¹: en primer lugar trata separadamente, en un párrafo propio, la problemática del error en las circunstancias. En segundo lugar, distingue conceptualmente, aunque no en las consecuencias, entre las circunstancias específicas y las genéricas⁶². En tercer lugar elimina la improcedente distinción en ellas entre error vencible o invencible.

Sin embargo, sigue manteniendo un defecto importante, cual es el de no abarcar las hipótesis de error respecto a las atenuantes, tanto las que dan lugar a tipos privilegiados como las genéricas.

Dada la trascendencia de esta regulación quizás convenga que de una manera sumaria comprobemos qué resultados va a originar en las diferentes hipótesis imaginables.

Presupuesto en todo caso de lo que sigue es la renuncia a la utilización del artículo 62 como instrumento encargado de resolver los supuestos de error en las circunstancias: como ya hemos visto⁶³, su finalidad no es ésa, lo que se ha visto corroborado desde 1983 con la inclusión, en la regulación general del error del artículo 6 bis a), de referencias, si bien muy incompletas e insatisfactorias, al error en las circunstancias, tendencia en la que se profundiza notablemente en el proyecto que estamos considerando⁶⁴.

Respecto a las agravantes del injusto específicas, esto es, las que dan lugar a tipos agravados, serán casos de error aquellos en que se crea, equivocadamente, que no concurre la circunstancia: esta presencia de los elementos objetivos faltando el subjetivo se resolverá con la inapreciación del tipo agravado, en cumplimiento del artículo 13.2, inciso primero.

Por otra parte en los supuestos de error al revés, en los que se cree equivocadamente que concurre la agravación, el tipo agravado, todo lo más intentado, queda consumido por el tipo básico consumado.

El error sobre las atenuantes del injusto específicas se dará cuando se crea, equivocadamente, que concurre la circunstancia que da lugar a un tipo privilegiado. Sin embargo, tales casos de concurrencia del elemento subjetivo faltando los objetivos no podrán resolverse a través del artículo 13.2, inciso primero: ni la expresión «elemento del hecho que cualifique la infracción» parece ir referida a tipos privilegiados ni, aunque así fuera, tiene sentido la consecuencia que se prevé. Sólo cabría una apreciación analógica del artículo 13.2, inciso primero, que llevara a la aplicación del tipo privilegiado.

En el supuesto inverso, en que se cree equivocadamente que no concurre la atenuación, el tipo básico consumado consumirá al tipo privilegiado⁶⁵.

La distinción empleada en el artículo 64 del proyecto resulta especialmente útil a los fines de destacar la diferenciada presencia en las figuras de delito de componentes del injusto específico o genérico. Véase al respecto Diez Ripollés: «La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal», op. cit., nota 174.

⁵⁹ Así también en relación con una situación equiparable del Proyecto 80, Alonso Alamo: «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho penal», Cuademos de Política Criminal, num. 19, 1983, pág. 11.

so Véase al respecto supra Nota anteprecedente.

Llega desde un enfoque conceptual distinto a conclusiones similares, a pesar de intentos interpretativos en sentido contrario, en relación con el Proyecto 80, Alonso Alamo: «La compensación...», op. cit., págs. 11-13, 17.

Véase un panorama de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales sobre este tema dentro de la legislación vigente, en Cerezo Mir: «Curso... II», op. cit., págs. 104-105, Alonso Alamo: Ibidem págs. 6-11.

dem, págs. 6-11.

61 Véase una crítica a la actual situación, entre otros, en Maqueda Abreu: «El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código Penal», Cuademos de Política Crimínal, 1983, págs. 717-718; Mir Puig: «Derecho penal...», op. cit., págs. 271-274; Cobo-Vives: «Derecho penal...», op. cit., págs. 513-514.

⁶² Si bien no aclara suficientemente el carácter genérico de las circunstancias vinculadas a ciertos tipos pero que no dan lugar a tipos agravados o privilegiados.

⁶³ Véase supra.

⁶⁴ La situación es similar a la que se planteó en relación con el error sobre las causas de justificación, que hasta 1983 se pretendia resolver a través del articulo 9.1 y que tras la reforma debe resolverse por las reglas del error del artículo 6 bis a), sin prejuzgar ahora por cuáles.

La doctrina española sigue registrando sin embargo una fuerte tendencia a acudir al artículo 60 para resolver las hipótesis de error en las circunstancias también tras la reforma de 1983. Véanse al respecto Maqueda Abreu: «El error...», op. cit., págs. 711 y ss. Mir Puig: «Derecho penal...», op. cit., págs. 271-274. Cobo-Vives: «Derecho penal...», op. cit., págs. 513-514. Excede de las pretensiones de este trabajo profundizar en las

Excede de las pretensiones de este trabajo profundizar en las críticas a esta tendencia así como confrontar las soluciones por la doctrina dadas en el marco de la regulación vigente con las que se ofrecen a continuación en texto a partir de la regulación del proyecto de 1992.

65 En este caso ciertamente se doca sin volcaz un mismo.

⁶⁶ En este caso ciertamente se deja sin valorar un minus parcial de injusto, del mismo modo que en el supuesto correlativo de la agravante lo que queda sin apreciar es un plus parcial de injusto.

En cuanto a las circunstancias del injusto genéricas no debe olvidarse que ya no afectan al injusto específico sino al genérico⁶⁶, lo que conlleva la importante consecuencia de que los supuestos de error son conceptualmente equivalentes al error de prohibición y no al error de tipo.

Por lo que se refiere a las agravantes los supuestos de error se abarcarán sin problemas por el artículo 13.2, inciso segundo. Su mención en un inciso distinto al de las agravantes específicas responde acertadamente a la diversa naturaleza del error sin que ocasione mayores problemas el que se les dé un tratamiento penal idéntico.

Los supuestos de error al revés se resuelven, de modo similar a las agravantes específicas, por medio de la no apreciación de la agravante genérica.

En lo que concierne a las atenuantes los supuestos de error no se aluden desde luego en el artículo 13.2, inciso segundo. Tampoco puede apreciarse el artículo 13.3 pues el sujeto no actúa creyendo que obra lícitamente⁶⁷. Sólo cabría, a semejanza de lo propuesto para las atenuantes específicas, una apreciación analógica de las reglas que rigen para las agravantes genéricas, en este caso el artículo 13.2, inciso segundo, y que llevara a tener en cuenta la atenuación.

En el supuesto inverso en que se cree equivocadamente que no concurre la atenuación, el hecho de que se den los elementos objetivos faltando el subjetivo permite hablar de una atenuante incompleta que podría dar lugar a la apreciación de una atenuante por analogía del artículo 20.6⁶⁸.

Las circunstancias atenuantes o agravantes específicas o genéricas de la culpabilidad ven limitada la posible relevancia de los supuestos de error, dada su localización categorial, a los que versen sobre los elementos que les sirven de base y no sobre sus componentes mismos. En cualquier caso no prevé el proyecto ninguna regulación de tales hipótesis.

Con dificultad, mayor para las atenuantes que para las agravantes, podrían ser resueltas a través de la apreciación analógica del artículo 13.2, incisos primero y segundo.

Los resultados obtenidos en el análisis precedente aconsejan utilizar una propuesta de mejora de la regulación del error en las circunstancias, que fundamentalmente subsane las lagunas originadas en relación con las circunstancias atenuantes específicas o genéricas de lo injusto.

La laguna también originada respecto a los supuestos de error sobre los elementos que sirven de base a las circunstancias de la culpabilidad, además de ser mucho más limitada, debe quedar pendiente de una regulación más general sobre el error relativo a los presupuestos que sirven de base a las causas que excluyen la culpabilidad, aún no claramente resuelto en nuestra doctrina.

Tal propuesta debería ante todo, en consonancia con el doble carácter categorial de los errores relativos a las circunstancias según sean específicas o genéricas, trasladar la regulación general del error de prohibición del artículo 13.3 al 13.2 y, en segundo lugar, crear un artículo 13.3 del siguiente tenor:

«El error sobre un elemento del hecho que cualifique o privilegie la infracción, o sobre una circunstancia agravante o atenuante, impedirá la apreciación del tipo cualificado o circunstancia agravante, y no será obstáculo para la apreciación del tipo privilegiado o circunstancia atenuante.»

IV.4. El artículo 63 realiza, por lo que respecta a las reglas de aplicación de pena en las circunstancias genéricas, una labor de depuración de la regulación hoy vigente en el artículo 61, que debe considerarse acertada.

Así, además de simplificar el encabezamiento del artículo, realiza una correcta refundición de los actuales números 3 y 4 del artículo 61, relativos a la no concurrencia o concurrencia conjunta de atenuantes y agravantes, en el propuesto artículo 63.1 con una redacción mejorada. Asimismo, en los casos de concurrencia de solo agravante o atenuante se establece un sistema más simplificado en los propuestos números 2 y 3 del artículo 63, sin que se prejuzgue en principio, como el actual artículo 61.2, una agravación más intensa en casos de concurrencia de más de una agravante.

También se mantiene, con buen criterio, el concepto de atenuante cualificada así como la rebaja en uno o dos grados de la pena en tal caso o en el de pluralidad de circunstancias atenuantes, siempre que no concurra agravante alguna. Surgen dudas respecto a si la rebaja en al menos un grado será obligatoria: si por un lado pudiera pensarse que no, dada la aparente exclusión del automatismo a partir de la exigencia expresa de motivación, por otro la sustitución del «podrán imponer» del Código vigente por el «impondrán» parece abonar la opinión contraria.

El último inciso del artículo 63.1 hace una salvedad de difícil comprensión respecto a la reincidencia genérica, a la que aparentemente excluye de las reglas de compensación de circunstancias atenuantes y agravantes. El inciso tenía sentido, aunque no estaba justificado político-criminalmente, con la regulación de la reincidencia en el anteproyecto de Código, pero ahora resulta incoherente pues la reincidencia genérica no será compensable y la específica sí. Si no se procede a la eliminación del inciso, que es lo procedente, habrá que forzar una interpretación por la que se entienda que la salvedad citada alude a que, antes de integrar la reincidencia genérica en la compensación, hay que comprobar si el juez o tribunal estima que concurre, dado su carácter facultativo.

IV.5. El artículo 68 mantiene acertadamente el régimen penal de las eximentes incompletas, con una redacción mejorada que atiende a toda la complejidad de la situación.

Véase Díez Ripollés: «La categoría de la antijuricidad...»,
 op. cit., apartado 5.4.
 Véase sobre el problema, en relación con el crea estado de la constante.

⁶⁷ Véase sobre el problema, en relación con el error sobre las eximentes incompletas, un intento de solución desde el actual Código Penal, en Díez Ripollés: «La categoría de la antijuricidad...», op. ctl., nota 117.

⁶⁸ Lo que da lugar a una solución distinta a la adoptada en las atenuantes específicas, lo que resulta explicable a partir de las rigideces que introduce la relación entre tipo básico y tipo privilegiado o agravado. Véase nota 65.