

Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial
sobre los delitos contra la vida
(dolo eventual, relación parricidio-asesinato)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Complutense de Madrid

*Para mis hijas Eva y Elena,
que quieren que les dedique un artículo*

I. EL DOLO EVENTUAL EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA

1. Introducción

Prescindiendo de los distintos matices y eclecticismos, las teorías que tratan de aprehender el contenido del dolo eventual pueden reducirse a dos: la teoría del consentimiento y la de la probabilidad. La del consentimiento, de una manera o de otra, *enfrenta al autor con el resultado*: si aquél consiente en éste, lo aprueba, lo acepta, si se conforma o se resigna con el resultado, entonces hay dolo eventual, y en otro caso, no lo hay; la teoría de la probabilidad, en cambio, se caracteriza por que renuncia a enlazar voluntativamente el autor con el resultado: para afirmar la existencia de dolo (eventual) basta con que al sujeto le parezca sumamente probable, considere sería la posibilidad de producción del resultado, cuente con éste (1).

El Tribunal Supremo fue siempre partidario de la teoría del consentimiento; y hasta nuestros días —con algunas excepciones que no hacen sino confirmar la regla— ha seguido manteniendo esa posición. Para muestra basten tres botones. Primer botón: «Dolo eventual en que el sujeto, representándose un resultado dañoso de muy probable

(1) Para más detalles sobre estas teorías y sobre la problemática del dolo eventual en general, cfr. GIMBERNAT. *Acerca del dolo eventual*, «Estudios de Derecho penal», Madrid, Tecnos, 3.ª ed. (1990), pp. 240-265.

originación, no directamente perseguido, le presta su aprobación, contando con su posibilidad y asumiéndolo en sus efectos, sin refrenar sus impulsos criminales, aún surgidos al hilo de las circunstancias coexistentes» (TS 16 de octubre de 1986, A. 5.624). Segundo botón: «Ya que de las tres concepciones sobre el dolo eventual es la del consentimiento la que mejor se armoniza con un Derecho penal —como el nuestro— basado en la culpabilidad ...La cuestión a resolver para afirmar el dolo eventual es otra: ¿habría actuado el procesado de la misma forma si se hubiera representado el resultado mortal como seguro? Tan sólo si se responde positivamente a esta pregunta, se puede afirmar que Luis Alberto C. cometió el parricidio con la concurrencia de dolo eventual. En otro caso no» (TS 16 de noviembre de 1987, A. 8.511). Tercer botón: «El dolo eventual, concepto doctrinal y jurisprudencial, no legal, no pretende extender el ámbito del dolo a esferas reservadas antes a la imprudencia, sino iluminar y delimitar el campo del dolo frente a la culpa. En su apreciación se ha de ser particularmente prudente, para no ampliar el ámbito de su aplicación a otros que no son suyos. De las numerosas concepciones imperantes esta Sala acoge la más restrictiva. La que se conoce con el nombre del consentimiento. En este sentido se expresó, por ejemplo, la sentencia de 19 de diciembre de 1987, que afirmó la existencia de homicidio con dolo eventual porque los autores aceptaron la muerte para el supuesto de que se produjera. Y que su representación no les hizo desistir de llevar a cabo su propósito. En la sentencia de 18 de abril de 1988 se sostiene igualmente que en el concepto de dolo del texto penal sustantivo ha de entenderse comprendido no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también el representado como probable y, sin embargo, consentido» (TS 9 de junio de 1989, A. 5.066).

No obstante y a pesar de todas esas declaraciones de principio, lo cierto es que sobre la base de la teoría del consentimiento sería imposible de entender la doctrina jurisprudencial sobre el dolo eventual en los delitos contra la vida, lo cierto es, pues, que, *en realidad y de hecho*, la teoría que aplican nuestros Tribunales es la de la probabilidad.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1986 (A. 7.841) (2)

El día 9 de mayo de 1977, el procesado, Carlos Sastre, en unión de otras personas ya juzgadas y condenadas por esos hechos, todos

(2) Por no figurar en el repertorio de Jurisprudencia Aranzadi los antecedentes de hecho de esta sentencia, he manejado: Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. 1986. Cuarto Trimestre. Todos los subrayados que figuran en las citas de la sentencia son añadidos.

ellos miembros del llamado Ejército Popular Catalán, penetraron en una vivienda de Barcelona donde se encontraba «don José María Bultó, de 77 años, viudo y conocido industrial, al que, tras colocarle contra su voluntad un aparato explosivo en la zona torácica de su cuerpo, le advirtieron que haría explosión si intentaba despegarlo del cuerpo antes de su desactivación previa, y después de poner en funcionamiento el dispositivo eléctrico de dicho aparato, le dan al señor Bultó, por escrito, las instrucciones y precauciones que debía adoptar hasta que les hiciera entrega de los quinientos millones de pesetas que le exigían para su organización, dándole un plazo de veinticinco días..., advirtiéndole... que sólo retirarían sin riesgo para él el artefacto que le habían adherido al cuerpo si cumplía la exigencia de dinero que le había solicitado... Poco después, el señor Bultó, con el artefacto adherido a su cuerpo, abandonó el piso que ocupaba y marchó en su automóvil a su domicilio de la calle Casa Mora, número 1, torre, de Barcelona, donde, tras preguntar por su hijo, subió al piso superior, y por causas que se desconocen, cuando se encontraba en el cuarto de baño, se produjo la explosión de aquel artefacto, causándole tan gravísimas lesiones y mutilaciones, que falleció en el acto».

El procesado recurrió en casación alegando, entre otros motivos, que en ningún momento había actuado con ánimo de matar, motivo que el Tribunal Supremo desestima con la siguiente argumentación: «La figura del asesinato del artículo 406, número 3, surge en la plenitud de sus exigencias y requisitos, constante la intervención dolosa de todos los actuantes, bien por presencia de un dolo de consecuencias necesarias, bien, al menos, de un dolo eventual, detectable cuando el sujeto, representándose un resultado dañoso de muy probable originación, aunque no fuere directamente perseguido, *le presta su aprobación*, contando con su posibilidad y asumiéndolo en sus efectos, sin refrenar sus impulsos criminales. La intensidad criminal propia de esta especie de dolo eventual que le deslinda y separa de la culpa consciente o con previsión, estriba en la asunción o toma a su cargo por el agente del evento dañoso emanante de su comportamiento, *proceso real de volición* frente a un determinado acaecer. De ahí que en el concepto de dolo a que se refiere el artículo 1 del Código penal haya de entenderse comprendido no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también el representado como probable *y, sin embargo, consentido*... La consideración del artefacto explosivo adherido al cuerpo del señor Bultó, de extrema e inusitada peligrosidad, plenamente consciente de ello los infractores, llevando hasta su término empresa tan minuciosamente urdida y aceptando sus posibles consecuencias, bien permite concluir la índole dolosa de su proceder, alejado y distanciado del mero culposo o imprudente».

De la argumentación de esta sentencia del Tribunal Supremo de

28 de noviembre de 1986 lo único correcto es que el «resultado dañoso» que finalmente se causó era de «muy probable originación», y que el artefacto explosivo que adhirieron al cuerpo de la víctima era «de extrema e inusitada peligrosidad», siendo los autores «plenamente conscientes de ello». Pero cuando el Tribunal Supremo continúa razonando que los procesados «prestaron su aprobación a», que «consintieron en» la muerte de Bultó, para el caso eventual de que ésta —como de hecho sucedió— se produjera, entonces está formulando una afirmación que, a la vista de lo que consta en los antecedentes de hecho, no sólo es arbitraria e indemostrada, sino absurda. Porque ¿qué ganaban los autores con la muerte de Bultó? Que se quedaban sin los quinientos millones de pesetas que era la única finalidad de su acción —un Bultó difunto no les podía pagar— y que se hacían responsables de un asesinato que, en lugar del beneficio económico, les reportó treinta años de reclusión. ¡Menudo negocio!

Los terroristas pusieron en práctica un plan para obtener quinientos millones de pesetas, conscientes del gravísimo riesgo al que sometían a su víctima; pero si eso que les parecía muy probable —la muerte de Bultó— lo hubieran tenido por seguro —Bultó moriría en cualquier caso antes de haberles pagado—, entonces obviamente no habrían actuado, porque nadie ejecuta un plan si tiene la total seguridad (y con la total seguridad del resultado es precisamente con lo que confronta la teoría del consentimiento al autor) de que va a fracasar estrepitosamente. Por consiguiente y resumiendo: la teoría del consentimiento, aplicada al caso Bultó, habría llevado a calificar los hechos, no de asesinato, sino de homicidio imprudente; si el Tribunal Supremo mantiene, no obstante, la condena por asesinato es porque —por mucho que la quiera encubrir con esa teoría del consentimiento— la que en realidad está aplicando es la de la probabilidad.

3. La sentencia 49/89, de 14 de octubre de 1989, de la Sección Primera de la Audiencia Nacional (no publicada) (3)

Los acusados, miembros de la organización terrorista ETA, cargaron en un automóvil un artefacto que contenía 30 kilos de amonal, 100 litros de gasolina y una cantidad indeterminada de escamas de jabón y de pegamento adhesivo, conectando un temporizador para que hiciera explosión a las cuatro de la tarde, dentro de las horas de comercio. A las dos de la tarde del día 19 de junio de 1987 los

(3) Todos los subrayados añadidos. De algunos aspectos de esta sentencia —también y de pasada del problema del dolo eventual— me he ocupado en mi artículo: «Consideraciones sobre la sentencia de Hipercor», *Estudios*, 3.^a ed. (1990), pp. 39-42.

autores dejaron el coche-bomba en el aparcamiento del supermercado Hipercor, de Barcelona; a las tres, uno de los etarras llamó por teléfono a la Guardia Urbana de Barcelona, a Hipercor y al diario «Avui», comunicando que entre las 3:30 y las 3:40 se produciría una explosión en el local. La policía y el servicio de seguridad de Hipercor no consideraron conveniente o factible la evacuación del edificio, y, por otra parte, no tuvieron éxito los trabajos de búsqueda del explosivo, estallando éste a las 4:10 de la tarde. La explosión e ignición del artefacto en el segundo sótano del aparcamiento donde se hallaba el vehículo «se propaga también al primer sótano en el que estaba situada la planta de alimentación y una bola de fuego abrasó a las personas que encontró a su paso, a la vez que produjo una ingente cantidad de gases tóxicos que ocasionó la asfixia de las personas que se encontraban en su radio de acción». El atentado de Hipercor causó la muerte de 21 personas y numerosas lesiones graves a otras víctimas.

Frente a la alegación de los acusados de que no quisieron la muerte ni las lesiones de los ciudadanos que se encontraban en Hipercor, argumentando que precisamente porque no querían esos resultados efectuaron tres llamadas telefónicas para que se evacuara el local, evacuación que ni la Policía ni el servicio de seguridad de Hipercor llevaron a cabo, la Audiencia Nacional condena por delitos dolosos de asesinato y de lesiones con la siguiente fundamentación: «Con respecto al primero, la conducta en cuanto al asesinato resulta claramente dolosa, aún cuando es admisible el dolo eventual. En el campo penal, el dolo contempla la previsión efectiva del resultado y *su aceptación intelectual*, dejando al margen cuestiones emocionales de cualquier tipo y en este sentido la previsión de las muertes era perfectamente clara, habida cuenta del medio empleado absolutamente apto para producir este resultado. Todo ello coincide con criterios lógicos, perfectamente asumidos por la opinión general, consistente en que si no se hubiera querido el resultado letal, no se hubiera utilizado el explosivo y los autores del crimen no pueden excluir su responsabilidad con una pretendida voluntad de no desear que las muertes se hubieran producido. En segundo lugar, en la cadena causal el explosivo fue causa directa del resultado típico y solamente se objeta por los acusados que ésta podría haber sido rota por el desalojo del local, sin embargo, el resultado se produjo y *se había aceptado* por los acusados subsidiariamente para el supuesto, por otra parte nada excepcional, de la no evacuación».

De nuevo se argumenta aquí —esta vez por la Audiencia Nacional— con la teoría del consentimiento, pero, en realidad, la que se está aplicando, para afirmar la existencia de dolo eventual, es la de la probabilidad. Como los autores, mediante diversas llamadas telefónicas a instancias que tenían capacidad para hacerlo, trataron de conseguir un desalojo que en este caso, ciertamente, no se llevó a cabo, pero que en otros supuestos semejantes sí que ha llegado a producir-

se (4), y como ETA, con posterioridad al salvaje atentado y a la vista de la indignación popular, emitió un comunicado lamentando las muertes y lesiones producidas, atribuyendo la masacre a la falta de diligencia de la Guardia Urbana de Barcelona y de la dirección de Hipercor, *no puede descartarse* que, en el caso de que los autores hubieran considerado como seguro lo que era muy probable —el no desalojo y, con ello, las muertes y las lesiones—, *tal vez* no habrían actuado y no habrían colocado el coche-bomba en el aparcamiento de Hipercor. Esta incertidumbre sobre lo que habrían hecho los acusados si se hubieran representado el resultado como seguro, debería llevar a estimar —sobre la base del principio *in dubio pro reo*— lo más favorable para ellos, esto es: a suponer que entonces no habrían actuado, con lo que —siempre según la teoría del consentimiento— las muertes y las lesiones sólo se les podrían imputar a título de imprudencia. Si no es ésta la consecuencia a la que llega la Audiencia Nacional es porque, enmascarándola con la del consentimiento, lo que en realidad está aplicando es la teoría de la probabilidad: según ésta, la existencia de dolo eventual en el caso de Hipercor está fuera de discusión; pues la colocación de un artefacto explosivo en un aparcamiento de un concurrido supermercado supone un gravísimo riesgo para la vida y la integridad física de los seres humanos que en esos momentos se encuentran en el establecimiento.

4. *Animus laedendi-animus necandi*

Cuando una persona resulta gravemente herida a consecuencia de la agresión de un tercero, la cuestión de si esa agresión integra un delito de lesiones consumadas —porque sólo se ha actuado con ánimo de lesionar— o el más grave de homicidio (o de asesinato o de parricidio) frustrados o intentados —porque ha concurrido ánimo de matar— se ha convertido en uno de los problemas clásicos de nuestra jurisprudencia. La solución que da el Tribunal Supremo es tan conocida y homogénea que, para exponerla, no hace falta acudir a una larga cita de resoluciones judiciales (5): la existencia de dolo de matar

(4) Esta actitud de los autores fundamentaría ya, para Armin Kaufmann, la exclusión del dolo eventual y la entrada en juego de la imprudencia, pues para Kaufmann no existe dolo eventual cuando concurre una «voluntad de evitación» y «se han colocado realmente contrafactores para la evitación de las consecuencias accesorias» (*Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, 1982, p. 68 [este artículo de KAUFMANN, publicado por primera vez en 1958, ha sido traducido al castellano por SUÁREZ MONTES, y publicado en «ADPCP», 1960, pp. 185-206]).

(5) Cfr., por ejemplo, entre las más recientes, las sentencias, todas ellas de 1989 y que califican la acción de un delito contra la vida en grado de frustración, de 21 de febrero (con numerosas referencias jurisprudenciales), A. 1.631; 18 de abril, A. 3.410 («el procesado... sacó del bolsillo una navaja de diez centímetros de hoja y

hay que deducirla de datos externos y, muy especialmente, del arma empleada y del lugar del cuerpo de la víctima a donde fue dirigida.

En lo esencial, esta tesis del Tribunal Supremo es correcta en sus resultados; pero no lo es, como paso a exponer en lo que sigue, en su fundamentación.

En primer lugar, si cuando el Tribunal Supremo alude a las dificultades de prueba para demostrar la verdadera intención del autor (6), se está refiriendo con ello a toda clase de delitos, entonces esa afirmación jurisprudencial simplemente no es cierta. Si un hombre, utilizando violencia, introduce el pene por vía vaginal a una mujer, si un sujeto falsifica en un cheque la firma del titular de la cuenta corriente y, posteriormente y contra la presentación del documento falso, retira del Banco una determinada cantidad en perjuicio del cuentacorrentista, si un ladrón, después de fracturar la ventanilla de un coche, se apodera del radiocassette que se encontraba en el interior, la elemental conclusión de que en esos casos estamos ante violaciones, falsedades, estafas y robos *intencionales* no plantea ni ha planteado nunca problema alguno de prueba.

Pero ni siquiera en referencia a los delitos contra la vida puede afirmarse, con carácter general, que la prueba de la intención presente siempre dificultades. La mujer que con un hacha corta la cabeza de su marido mientras éste duerme, el sujeto que, después de dejarle sin sentido, arroja a su víctima al mar atándole al cuello con una sogu una pesada piedra, están matando intencionadamente a sus víctimas, y que ello es así no tiene vuelta de hoja.

La diferencia entre, por una parte, todos estos casos a los que nos acabamos de referir, y, por otra, las agresiones físicas peligrosas en donde surge el problema «animus necandi-animus laedendi», no reside en que en los primeros la existencia de intención no presente problemas de prueba, y en las segundas esa intención resulte difícil de demostrar: la diferencia reside en que en los primeros el sujeto *realmente* ha querido violar, falsificar, estafar y matar, y en las segundas, en cambio, el autor *no siempre ha actuado realmente con intención*: unas veces habrá querido matar y otras no; por consiguiente, si dolo equivaliese a intención —como, en definitiva, mantiene la teo-

con ella le propinó varias puñaladas, causándole lesiones en la mano izquierda, axila izquierda, flanco derecho del abdomen y erosión superficial del hígado, de las que la víctima curó a los treinta días sin secuelas»; y 22 de diciembre, A. 9.750 («...el acusado, al volver a encontrarse con la víctima, con una navaja de dimensiones medias que llevaba en la mano, le asestó dos navajazos, poco más encima de la cintura, alcanzando uno el epigastrio y el segundo el flanco izquierdo, heridas que le hubieran producido la muerte, si no se le hubiera prestado inmediata asistencia facultativa»).

(6) «...no existe otro medio al alcance de los Tribunales que el de analizar y valorar el conjunto de circunstancias objetivas concurrentes en la conducta enjuiciada del que pueda inferirse (vid., art. 1.253 del Código civil) la verdadera intención del agente, dado que ésta, por afectar a la esfera íntima de la persona, no es constatable directamente por los demás» (Tribunal Supremo 18 de abril de 1989, A. 3.410).

ría del consentimiento—, y a la vista de la incertidumbre sobre el verdadero propósito del agente en esas agresiones físicas, habría que condenar *siempre* por lesiones consumadas y *nunca* por un delito contra la vida en grado de tentativa o de frustración, si es que el principio «in dubio pro reo» y su consagración en la presunción constitucional de inocencia han de tener un sentido que no sea el simplemente declamatorio.

Hasta aquí nuestro rechazo al dato de la gravedad de las heridas y del arma empleada como criterio para presumir, en contra del reo, la existencia de una indemostrable —y en muchos casos inexistente— intención de matar. Cuando el Tribunal Supremo acude, además, como criterio complementario para averiguar el ánimo del sujeto, a sus antecedentes, tal como hace, por citar un ejemplo entre los innumerables, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1989 («El procesado, con anterioridad al hecho aquí enjuiciado, había sido condenado ejecutoriamente, en 1981, por un delito de homicidio, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, y, en 1983, por un delito de lesiones a la pena de dos meses de arresto mayor. Ello, sin duda, puede ser indicio de que se trata de una persona agresiva o violenta»), hay que objetar contra todo ello que no porque una persona haya matado con anterioridad va a querer matar cada vez que empuña un arma, que lo decisivo, y lo que hay que demostrar, no es la intención con la que se obró en el pasado, sino aquella con la que se actúa en el presente, es decir: en el caso concreto que se enjuicia, y que, en definitiva, lo que hace el Tribunal Supremo cuando argumenta con la previa «conducción por la vida» del sujeto es abandonar un Derecho penal de hecho para entrar de lleno en uno de autor incompatible con los más elementales principios del Estado de Derecho.

5. Consideraciones finales sobre el dolo eventual

En mi opinión, y de acuerdo en los resultados con la jurisprudencia, tanto en el caso Bultó como en el de Hipercor concurren asesinatos consumados; y en los supuestos de agresiones a partes vitales del cuerpo con armas blancas o de fuego estamos ante delitos contra la vida en grados de frustración o de tentativa. Pero, como creo haber demostrado, estos resultados no se pueden fundamentar, tal como hace la jurisprudencia, con el aparato conceptual de la teoría del consentimiento, sino sólo con la de la probabilidad —teoría que defendí por primera vez hace 21 años, y que sigo defendiendo— (7), y para la cual existe dolo eventual cuando se somete al bien jurídico protegi-

(7) Cfr., GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed. (1990), pp. 249 y ss.

do a un gravísimo riesgo de lesión, siendo irrelevante que para el caso hipotético de producción segura del resultado el autor hubiera obrado igualmente o se hubiera abstenido de actuar.

Como es sabido, la principal objeción que se formula contra la teoría de la probabilidad es la de que considera dolosos hechos en los cuales no ha habido intención de causar el resultado. Pero esa objeción no puede convencer por los motivos que expongo a continuación.

En primer lugar, ni el Código Penal dice expresamente en parte alguna que dolo sea lo mismo que intención, ni ello se deduce tampoco de la regulación legal. Por el contrario, existen delitos, como el del artículo 348 bis (8), que, como con razón sostiene la doctrina dominante (9), son sólo aplicables a los resultados causados con dolo directo de primer grado, esto es: con intención, quedando fuera del tipo, por consiguiente, las restantes formas de dolo, que han de ser caracterizadas, lógicamente y argumentando a contrario, por que, a pesar de ser dolosas, no son intencionales (10). Con otras palabras: Si existen tipos dolosos que, como el del artículo 348 bis, restringen su campo de aplicación a hechos exclusivamente intencionales, ello quiere decir que los restantes tipos dolosos están acogiendo, además y también, otras modalidades de dolo distintas de las intencionales, y que, por consiguiente, no es posible identificar dolo con intención.

En segundo lugar, y argumentando ahora desde la imprudencia, ésta consiste en un comportamiento *descuidado* que, por representar un riesgo moderado para los bienes jurídicos, pocas veces tiene como resultado la lesión de aquéllos. Que al que se dedica a colocar coches-bomba en supermercados repletos de público, al que adhiere artefactos explosivos al pecho de sus víctimas o al que apuñala a un ser humano en partes vitales de su cuerpo, se le pretenda calificar simplemente de descuidado (imprudente), supone emplear un adjetivo que es absolutamente inadecuado —es más: que constituye una burla— para definir el contenido, el alcance y la gravedad de esos comportamientos. De todo ello se sigue, argumentando negativamente: Si tales comportamientos no son imprudentes, y al mismo tiempo, por su gravedad y como está fuera de discusión, tienen que fundamentar alguna clase de responsabilidad criminal, entonces tienen que ser dolosos,

(8) «El que *maliciosamente* propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito más grave.»

(9) Cfr., por todos, SAINZ CANTERO, *El delito de propagación maliciosa de enfermedad*, «REP», 1967, pp. 57/58; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 7.^a ed., 1988, pp. 442/443; BOIX, en: COBO y OTROS, *Derecho penal, parte especial*, 2.^a ed., 1988, pp. 380/381.

(10) Las formas dolosas no intencionales vienen constituidas por el dolo directo de segundo grado (Cfr., GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 243, 246) y por el dolo eventual.

porque, como el artículo 1 del Código penal *sólo conoce dos títulos de imputación* (dolo e imprudencia), lo que no es imprudente —ni impune— tiene que ser, necesariamente y por exclusión, doloso.

Last but not least. La consecuencia de encuadrar unos determinados hechos como dolosos (eventuales) y no como imprudentes es la de que aquéllos están amenazados con una pena superior a la de éstos. La finalidad del Derecho penal no es la de retribuir una supuesta e indemostrable culpabilidad, sino la de proteger bienes jurídicos. De ahí que cuanto mayor sea el riesgo de lesión, mayor habrá de ser también la pena a imponer para tratar de evitar, en lo posible, tales conductas. La conducta intencional es, en efecto, sumamente peligrosa para el bien jurídico, porque si el sujeto actúa con la finalidad de producir un resultado típico existen muchas posibilidades de que lo consiga. Como desde el punto de vista del peligro no existe apenas diferencia entre este comportamiento y el de quien siembra de bombas locales públicos en horas de máxima concurrencia, independientemente de que, después, avise de su colocación, por ello la pena a imponer debe ser igualmente —si es que de verdad se quieren proteger con justicia y con efectividad los bienes jurídicos— la del delito doloso. Y no la de la imprudencia, en la que sólo son subsumibles conductas descuidadas, como la muerte o lesiones (imprudentes) a consecuencia de la infracción de, por ejemplo, una regla del Código de la Circulación; pues de estas infracciones se producen al día en España decenas de miles que no desembocan casi nunca en un resultado lesivo para la vida o para la integridad corporal.

II. LA RELACION PARRICIDIO-ASESINATO

1. Introducción

Hasta la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983 el problema de si la conducta de quien mataba a uno de los posibles sujetos pasivos del parricidio (art. 405), por ejemplo: al cónyuge, concurriendo, al mismo tiempo, alguna de las circunstancias cualificativas del asesinato (art. 406), por ejemplo, la alevosía, debía calificarse como parricidio con la agravante genérica de alevosía, o como asesinato con la circunstancia mixta (y, en este caso, agravante) de parentesco, tenía un interés puramente estético; pero a efectos prácticos, y dado que ambos delitos se castigaban con la misma pena: la de reclusión mayor a muerte (11), al autor le era indiferente una u otra

(11) Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y por aplicación directa de ésta, los delitos sancionados hasta entonces con la pena de reclusión mayor a muerte pasaron automáticamente a ser sancionados con la de reclusión mayor en toda su extensión.

calificación, pues el marco penal aplicable en cualquiera de los dos casos era idéntico: reclusión mayor (a muerte) con la concurrencia de una agravante genérica (12).

Con la reforma de 1983 el parricidio pasa a ser sancionado con una pena (reclusión mayor en toda su extensión) inferior a la del asesinato (reclusión mayor en su grado máximo) (13), y, con ello, el problema deja de ser uno estético: si el hecho se califica de parricidio con la agravante de alevosía la pena a imponer es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 61, 2.ª (14), la de *reclusión mayor* en sus grados medio o máximo; en cambio, si se califica de asesinato con la agravante de parentesco la pena es, de acuerdo con los artículos 61, 2.ª y 62 (15), el grado medio o máximo de *reclusión mayor en su grado máximo* (16).

2. La tesis del Tribunal Supremo

a) El Tribunal Supremo se inclina en estos casos por la primera calificación de parricidio con la concurrencia de la correspondiente agravante (17), fundamentándolo en que el parricidio es especial respecto del asesinato; en que, además de ser especial, es un tipo privilegiado; y, finalmente, en que no puede aplicarse el asesinato con la

(12) Sobre cuál era el marco penal aplicable a los delitos castigados con reclusión mayor a muerte en los que concurría una agravante genérica, cfr. GIMBERNAT. *Tres problemas de reglas de aplicación de penas (dos de ellos referidos a la de reclusión mayor a muerte)*, en: «La pena de muerte. 6 respuestas», 2.ª ed., Madrid, 1978, pp. 210 y ss. Hasta la reforma del Código penal de 1983 se imponía el grado máximo de la pena correspondiente (a no ser que ésta fuera la de reclusión mayor a muerte) cuando concurría una agravante genérica; desde dicha reforma de 1983 la pena aplicable es el grado medio o máximo.

(13) La vigente diferencia de penas entre asesinato y parricidio fue producto de un error y no de una decisión consciente del legislador (cfr. COBO-CARBONELL, en: Cobo y otros, *Derecho penal, parte especial*, 2.ª ed. [1988], pp. 516/517).

(14) «En los casos en que la pena contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes: ...Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en su grado medio o máximo. Si concurrieren varias se impondrá en el grado máximo».

(15) El artículo 62 dispone: «En los casos en que la pena señalada por la Ley no se componga de tres grados, los Tribunales aplicarán las reglas contenidas en el artículo anterior, dividiendo en tres períodos iguales el tiempo que comprenda la pena impuesta, formando un grado de cada uno de los tres períodos».

(16) A pesar de que en ambos casos el límite máximo de la pena a aplicar es el de treinta años, el límite mínimo es más severo en la calificación asesinato + agravante que en la de parricidio + agravante; de ahí que esta última pena sea también la menos grave porque «en nuestro Derecho se determina si una pena es menos grave que otra teniendo en cuenta, no las sanciones concretamente aplicadas, sino las que se han podido aplicar» (GIMBERNAT, *La pena de muerte. 6 respuestas*, 1978, p. 216).

(17) Así se ha pronunciado en las tres sentencias en las que hasta ahora se ha ocupado de este tema: Tribunal Supremo 4 de marzo de 1986, A. 1.108 (muerte del cónyuge con alevosía); 29 de septiembre de 1986, A. 4.859 (muerte del cónyuge con veneno); 31 de octubre de 1987, A. 8.241.

agravante de parentesco «por la razón simplísima de que ello supondría *desmembrar* los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, específica y hoy en día privilegiada, como es el parricidio» (18).

b) Como ha puesto de manifiesto la doctrina científica mayoritaria, ninguno de esos argumentos se tiene en pie. En primer lugar, el parricidio no es un subgénero del asesinato —y, por consiguiente, no es especial frente a él— porque es perfectamente imaginable la muerte de un ascendiente, de un descendiente o del cónyuge, sin que concurra ninguna de las circunstancias agravantes del artículo 406: no todo parricidio es —siempre y al mismo tiempo— un asesinato (19). Adenás: ciertamente que si se aplicase el asesinato con la agravante de parentesco, el parricidio quedaría «desmembrado», pero ante un hecho que se puede calificar tanto de parricidio como de asesinato, si se aplica aquél, como hace la jurisprudencia, entonces el que queda «desmembrado» es éste, y el Tribunal Supremo no explica, ante una disyuntiva en la que necesariamente alguno de los dos tipos ha de quedar marginado, por qué hay que preferir una «desmembración» (la del asesinato) a otra (la del parricidio) (20). Finalmente, cuando el Tribunal Supremo argumenta con que el parricidio es una infracción privilegiada, ello no pasa de ser una petición de principio: ciertamente que el parricidio tiene en el Código Penal vigente una pena inferior a la del asesinato (lo cual, como veremos infra 4 d, no quiere decir que por ello haya de ser considerado un tipo privilegiado) *en tanto en cuanto* consista única y exclusivamente en la muerte del pariente; pero si la muerte de un pariente del artículo 405 es, también y por ejemplo, alevosa, entonces ese hecho ya no es *sólo* un parricidio, sino *también* el delito más grave de asesinato; por qué cuando concurren simultáneamente parricidio y asesinato hay que dar preferencia al delito que tiene señalada pena inferior (al supuestamente privilegiado) frente al de pena superior, esa no es la solución: ese es precisamente el planteamiento del problema.

c) Con lo expuesto queda rechazada en su fundamentación la tesis defendida por el Tribunal Supremo para resolver la relación

(18) Esta argumentación de la sentencia de 4 de marzo de 1986 es recogida, literalmente, en las posteriores de 29 de septiembre de 1986 y de 31 de octubre de 1987.

(19) Así, con razón: FERNÁNDEZ ALBOR. *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol. 2.º, Madrid, 1985, p. 873; CARBONELL. *¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes?* «ADPCP», 1986, p. 997; RODRÍGUEZ MOURULLO. *La relación concursal parricidio-asesinato, después de la reforma de 1983*, «Estudios Penales y Criminológicos X», Santiago de Compostela, 1987, p. 353; SANZ MORÁN. *Alternatividad de leyes penales*, «Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor», Santiago de Compostela, 1989, pp. 674-675.

(20) En el mismo sentido cfr., ya R. MOURULLO. *op. cit.*, p. 356 y MIR. *Sobre la relación entre parricidio y asesinato*, «ADPCP», 1988, p. 997 (el artículo de MIR se ha publicado también en: «Criminología y Derecho penal al servicio de la persona». Libro-homenaje al Profesor Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 823 y ss.).

parricidio-asesinato; que el resultado (la pena de reclusión mayor en sus grados medio o máximo) al que conduce tampoco es correcto, por ser incompatible con la escala de valores del Código Penal, de eso nos ocuparemos más adelante (infra 4 d) (21).

3. La tesis de Mir

a) Frente a la solución jurisprudencial de calificar a este grupo de casos de parricidio con la correspondiente agravante y frente a la solución mayoritaria en la doctrina científica de considerarlo un asesinato con la agravante de parentesco, *Mir* ha defendido recientemente la tesis de que aquí estamos, en realidad, ante un concurso ideal entre asesinato y parricidio por lo que la pena a imponer es, conforme al artículo 71 (22), la del grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo (23).

b) Contra esta solución del concurso ideal hay que objetar que las penas del parricidio (reclusión mayor) y del asesinato (reclusión mayor en su grado máximo) figuran entre las más graves del Código Penal precisamente porque *cada uno* de esos tipos, *por sí solo*, se construye en torno al núcleo fundamental de injusto de la *muerte dolosa* de otra persona; de ahí que aplicar los dos cumulativamente, como propone *Mir*, suponga someter a un doble juicio de desvalor una única muerte voluntaria. *Mir* afirma (24), sin embargo, que su solución es inevitable en Derecho español porque, como el artículo 59 dispone que «no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley o que ésta haya expresado al describirlo o sancionarlo», de ahí se deduce que, porque la alevosía

(21) En la doctrina propone también la aplicación del parricidio, sobre la base de una supuesta relación de especialidad frente al asesinato, BARBERO, *La reforma penal de la monarquía constitucional española*, en: «Reforma política y Derecho», Madrid, 1985, pp. 313/314, nota 36. SANZ MORÁN, *op. cit.*, pp. 674-675, operando con una distinta fundamentación —en su opinión, la relación parricidio-asesinato es de subsidiariedad—, llega al mismo resultado de prevalencia del parricidio por estimar que éste es el tipo principal frente al subsidiario del asesinato.

(22) «Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado.»

(23) Esta tesis había sido mantenida ya, anteriormente, por BUSTOS, *Manual de Derecho penal, parte especial*, Barcelona, 1986, pp. 38-39. Posteriormente se ha adherido expresamente a la solución de MIR, DÍAZ Y GARCÍA, *Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público* (art. 249, 2.º Código penal), Poder Judicial 16 (diciembre 1989), pp. 212-213, nota 69.

(24) Cfr., «ADPCP», 1988, pp. 995 y ss.

constituye por sí misma un delito especialmente castigado, a saber: un asesinato, esa agravante no puede «aumentar la pena» del parricidio, y que, por los mismos motivos, tampoco la circunstancia de parentesco (al constituir en parte el delito especialmente castigado de parricidio) puede aumentar la pena del asesinato: al declarar incompatibles con el artículo 59 tanto la tesis jurisprudencial como la mayoritaria en la ciencia, *Mir* piensa que la única salida es la del concurso ideal entre parricidio y asesinato.

c) Pero esta exégesis supone una tergiversación del contenido del artículo 59 que llevaría, en una aplicación consecuente a otros supuestos, a resultados insostenibles valorativamente.

a a) Supone una tergiversación, porque lo único que quiere decir el artículo 59 es que *si se aplica* un determinado delito en cuya configuración ha entrado una agravante —por ejemplo, el asesinato del 406.1.^a cualificado por la alevosía—, ésta no puede volver a entrar en juego de nuevo como circunstancia genérica del 10.1.^a; el artículo 59 supone, por consiguiente, una plasmación del elemental principio («non bis in idem») de que un mismo dato —por ejemplo, la traición— no puede ser sometido a un doble juicio de desvalor como alevosía del 406.1.^a y como alevosía del 10.1.^a: este principio que informa nuestro Código penal (tal como se deduce del art. 59) es precisamente el que *Mir* desconoce al desvalorar dos veces (como parricidio y como asesinato) el mismo dato de una muerte dolosa. Por consiguiente: Si el *delito no se aplica* —y el Tribunal Supremo *no aplica* el asesinato cuando castiga por parricidio, *ni* la doctrina científica dominante *aplica* tampoco el parricidio cuando castiga por asesinato—, entonces —por no infringir el principio «non bis in idem», que constituye la ratio del 59— nada se opone a que la alevosía (en el parricidio) o el parentesco (en el asesinato) concurren como agravantes genéricas.

b b) Además, si como mantiene *Mir*, el artículo 59 excluye la aplicación de la agravante genérica siempre que ésta se haya incorporado a un tipo delictivo como elemento integrante del mismo, entonces, como el ensañamiento es una circunstancia cualificativa del asesinato, el infanticidio con ensañamiento, no sería calificado —y sancionado— sobre la base del artículo 410 con la agravante genérica del 10.5.^a, sino, en un desarrollo consecuente de la tesis de *Mir*, como un concurso ideal entre el asesinato del 406.5.^a y el infanticidio del 410 (25): la pena a aplicar sería entonces la del grado máximo

(25) Como he expresado en otro lugar, mi opinión es justamente la opuesta: Cfr. GIMBERNAT, *Inducción y auxilio al suicidio*, «Estudios de Derecho penal», 3.^a ed. (1990), p. 285: «Las circunstancias genéricas del Código penal español, añadidas a los tipos del Libro II, crean nuevos supuestos de hecho con elementos específicos que son decisivos para establecer relaciones de especialidad. Extraigamos de ahí sólo una de las posibles consecuencias: En el infanticidio con ensañamiento no puede prevalecer el tipo del asesinato del 406.5. Pues si lo aplicásemos no habría forma de abarcar

de reclusión mayor en su grado máximo, con lo que frente a un asesinato con ensañamiento sin más (reclusión mayor en su grado máximo) *la adición de los dos elementos de atenuación* de que la madre obra, primero, en los momentos subsiguientes al parto, y, segundo, con la finalidad de ocultar la deshonra *condicionaría la imposición de una pena más grave*. Igualmente, como la relación de ascendencia es un elemento integrante del parricidio, la muerte del padre con su consentimiento no podría considerarse —tal como definiendo yo— un homicidio-suicidio del 409, inciso segundo, con la agravante del artículo 11, sino que habría que dar paso a un concurso ideal del 405 con el 410; con ello —y siempre según *Mir*— resultaría menos castigado un parricidio sin más (reclusión mayor) que un parricidio *con la concurrencia del factor de atenuación* de que la víctima consiente en su muerte (reclusión mayor en su grado máximo).

Por consiguiente: La tesis de *Mir* de que el ensañamiento y el parentesco, por ejemplo, al haberse integrado como cualificativas en delitos independientes de asesinato y de parricidio, no pueden aplicarse ya como agravantes genéricas «sueltas» a otros delitos contra la vida; sino sólo concursando idealmente como tales delitos de asesinato o de parricidio, lleva al resultado a todas luces equivocado de castigar más gravemente un parricidio con el factor de atenuación del consentimiento de la víctima que un parricidio sin más, de castigar más gravemente el delito privilegiado de infanticidio con ensañamiento que una muerte sin más (no privilegiada) con ensañamiento.

d) Con lo expuesto queda rechazada en su fundamentación la tesis de *Mir* de que la relación parricidio-asesinato deba ser resuelta con un concurso ideal; que los resultados concretos a que conduce (imposición del grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo), tampoco son de recibo, vamos a exponerlo en seguida (infra 4 d).

—por no figurar entre las circunstancias genéricas— el factor, al que el Código penal ha concedido relevancia en el infanticidio, de ser el sujeto pasivo un recién nacido; mientras que si calificamos por el 410 con la agravante de ensañamiento no se nos escapa ninguno de los elementos a los que la Ley penal —en el Libro I o en el Libro II— ha atribuido relevancia penal. La peculiaridad de la Ley española de las circunstancias genéricas, mediante la adición de dichas circunstancias a los hechos criminalizados en el Libro II, hace posible crear nuevos tipos específicos que son los que han de ser tenidos en cuenta para decidir los problemas de concursos de leyes. Según esto, el 409.2, con la adición de, por ejemplo, la agravante de precio prevalece frente al escueto 406.2, por existir una auténtica relación de especialidad.»

De acuerdo con lo expuesto, en el caso planteado por BARBERO, *op. cit.*, p. 313, nota 36, de la madre que para ocultar su deshonra mata al hijo recién nacido con veneno, es obvio —en el caso de que el veneno deba entrar aquí en juego como agravante, lo que rechazo— que entre el asesinato del 406.3,⁴ y el infanticidio del 410 + agravante de veneno existiría una inequívoca relación de especialidad que decidiría la prevalencia de esta última calificación sobre la primera.

4. La doctrina científica dominante

a) En mi opinión, tiene razón la doctrina científica dominante (26): la muerte de un pariente del 405 en la que concurre alguna de las circunstancias cualificativas del 406 debe ser calificada como un asesinato con la agravante genérica de parentesco.

b) La relación entre: parricidio + agravante de, por ejemplo, alevosía, por una parte, y: asesinato cualificado por la alevosía + agravante de parentesco, por otra, es una de concurso de leyes por alternatividad (27). Ya sé que últimamente la relación de alternatividad no goza —tampoco en la doctrina española— (28) de muy buena prensa; pero existe. Ello lo demuestra, entre otros y precisamente, el supuesto de hecho que nos ocupa. Pues si el concurso de leyes viene caracterizado por que un hecho es susceptible de dos calificaciones distintas, desplazando la una a la otra, entonces es evidente que, por ejemplo, la muerte alevosa del cónyuge puede ser subsumida, efectivamente, tanto en el 405 con la agravante del 10.1.^a como en el 406.1.^a con la agravante de parentesco; e igualmente obvio es que las dos calificaciones (405 + 10.1.^a-406.1.^a + 11) no pueden aplicarse cumulativamente en concurso ideal porque cada una de ellas agota exhaustivamente los tres elementos jurídicopenalmente relevantes del hecho: muerte, alevosía, cónyuge como sujeto pasivo, y, por ello, hacer entrar en juego un concurso ideal supondría someter a un doble juicio de desvalor *en todos sus extremos* un único hecho (29). Evidente es también, por último, que la relación de concurso de leyes entre las dos calificaciones, porque ambas son idénticas a la hora de abarcar el supuesto de hecho, no es la de especialidad; ni tampoco la de subsi-

(26) Es decir: FERNÁNDEZ ALBOR, *op. cit.*, p. 873; CARBONELL, «ADPCP», 1986, p. 998; COBO-CARBONELL, *op. cit.*, p. 527; QUERALT, *Derecho penal español, parte especial*, volumen I, Barcelona, 1986, p. 38; R. MOURULLO, *op. cit.*, p. 355; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal* (Parte especial), 2.^a ed., Madrid, 1987, p. 48; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 52-53; MAPELLI, *El dolo eventual en el asesinato*, «ADPCP», 1988, p. 431; BAJO, *Manual de Derecho penal* (Parte especial), «Delitos contra las personas», 3.^a ed., Madrid, 1989, p. 58.

(27) En este sentido: F. ALBOR, *op. cit.*, p. 873; R. MOURULLO, *op. cit.*, p. 354; BAJO, *op. cit.*, p. 58.

(28) Cfr., MIR, «ADPCP», 1988, p. 999 («De ahí que hoy suela optarse por prescindir del principio de alternatividad al exponer los criterios de solución del concurso de leyes»); SANZ MORÁN, *op. cit.*, p. 671 («no hay espacio lógico para el pretendido principio de alternatividad en la solución de los conflictos normativos»), p. 672 («...el principio de alternatividad... carece de campo propio»). En cambio, parece aceptar la alternatividad como modalidad autónoma del concurso de leyes, LUZÓN PEÑA (ex discípulo mio), *Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales*, «Estudios penales y criminológicos», XI, Santiago de Compostela, 1988, pp. 292/293.

(29) Este concurso ideal sería más insostenible aún que el propuesto por MIR, porque este autor «sólo» desvalora dos veces uno de los datos (la muerte dolosa); pero no los tres (muerte, parentesco, alevosía), como sucedería si se aplicara aquí el concurso del artículo 71.

diariedad, porque ésta se caracteriza por que los tipos en conflicto abarcan dos aspectos *diferentes* del comportamiento, por ejemplo: inducción y complicidad (A convence a B para que asesine a X, y le entrega el cuchillo para hacerlo), siendo uno de ellos (la complicidad) subsidiario, en el sentido de que sólo entra en juego para el caso de que no concurra el principal (en este caso: la inducción) (30); ni, menos aún, la de consunción, porque esta relación hace referencia también a dos aspectos *diferentes* del hecho (por ejemplo: abusos deshonrosos violentos como tránsito hacia una posterior violación), desplazando el tipo absorbente al consumido.

Por consiguiente: Si la relación parricidio+agravante genérica-asesinato+agravante de parentesco no es de concurso ideal, sino de leyes, pero dentro de éste no es aplicable a esa relación ni la especialidad ni la subsidiariedad ni la consunción, entonces, y aunque sólo sea por exclusión (ya veremos más adelante que no sólo es por eso), parece que lo que debe entrar en juego es la alternatividad.

c) La alternatividad se distingue de las otras tres modalidades de concurso de leyes por que en ella *las dos calificaciones* en conflicto *abarcan, no aspectos diferentes* de la conducta, sino *exhaustivamente todos los datos jurídicopenalmente relevantes* (31), que es lo que sucede aquí, donde los tres elementos (muerte dolosa, parentesco y cir-

(30) SANZ MORÁN, *op. cit.*, pp. 674/675, que rechaza el criterio de la alternatividad (cfr., *supra*, nota 28), mantiene que la relación parricidio+agravante-asesinato+agravante es de subsidiariedad, siendo prevalente el parricidio, pues, en primer lugar, éste es «especial sobre el común [de asesinato], por tener un círculo más restringido de posibles destinatarios», y porque, en segundo lugar, el parricidio tiene una «fundamentación unitariamente orientada» frente al asesinato cuyas «características... [son de] ...una gran mutabilidad y contingencia».

El primer argumento de SANZ MORÁN es tendencioso, pues emplea unos conceptos («común», «especial») cuyo alcance y significado en la teoría del concurso están fuera de discusión, para, a continuación, darles un nuevo y arbitrario significado que no tiene nada que ver con el tradicional («especial» sería ahora el parricidio porque «tiene el círculo más restringido de destinatarios»); pero una vez abandonado el significado estricto de lo que es «común» y «especial», igual de legítimo sería decir que el tipo especial es el del asesinato, porque «tiene el círculo más restringido de modos de comisión», y declarar, en consecuencia, la prevalencia de éste.

Por lo que se refiere al segundo argumento, y aún admitiendo las descripciones de SANZ MORÁN, tampoco se entiende —ni SANZ MORÁN se esfuerza en argumentarlo— por qué ha de prevalecer lo que supuestamente tiene una «fundamentación unitariamente orientada» (el parricidio, el cual, por cierto, es un delito que muchas legislaciones desconocen) sobre lo que presuntamente es «mutable y contingente» (el asesinato), y no ha de suceder a la inversa.

(31) Siendo indiferente si las penas que prevén las dos calificaciones en conflicto son de distinta o de la misma gravedad. CARBONELL, «ADPCP», 1986, p. 997, sólo reconoce la existencia de alternatividad en este último caso, pero no en el primero, por lo que, después de la reforma de 1983, niega que la relación parricidio+agravante-asesinato+parentesco sea una de alternatividad; pero sin razón: el concurso de leyes es siempre un problema del *supuesto de hecho* (que es subsumible total o parcialmente en distintas calificaciones), independientemente de cuáles sean las consecuencias jurídicas (que, además y por lo general, suelen ser de distinta gravedad) vinculadas a esas calificaciones.

cunstancia cualificativa de asesinato) son tenidos igualmente en cuenta por las dos posibles calificaciones (32).

Cuando un hecho es subsumible en dos o más preceptos, y éstos figuran en un concurso de leyes distinto del de la alternatividad, una vez resuelta cuál es la modalidad concursal aplicable, está resuelto también cuál es el tipo prevalente, pues el enunciado no sólo describe la relación concursal, sino también su solución: en la especialidad, la ley especial deroga a la general; en la subsidiariedad, la principal desplaza a la subsidiaria; y en la consunción, la «*lex consumens derogat legi consumptae*». En la alternatividad, en cambio, y ahí reside su principal dificultad, el simple enunciado sólo indica que hay que aplicar uno de los tipos (alternativos) en colisión, pero no resuelve a *cuál* de ellos hay que dar preferencia. (Acudir al art. 68, y declarar prevalente, con ello, la calificación que tiene la pena más severa —en este caso, pues, la del asesinato con la agravante de parentesco—, no puede constituir el argumento decisivo y único, ya que, como es sabido y tal como sucede, por ejemplo, en la relación parricidio-infanticidio, no siempre se resuelven los concursos de leyes con una aplicación mecánica del mencionado art. 68).

Por consiguiente, una vez detectada una determinada relación de alternatividad, tal como la que concurre aquí entre: asesinato + artículo 11-parricidio + agravante genérica, y dado que la enunciación (alternatividad) no lleva consigo la solución, el paso siguiente es el de investigar qué criterios *concretos* son los que en el *concreto* concurso (alternativo) de leyes van a decidir cuál de las dos calificaciones en conflicto y excluyentes entre sí debe prevalecer. En nuestro caso esos criterios son los que paso a exponer a continuación.

d) Desde el punto de vista de su relevancia (des)valorativa en la estructuración de los delitos contra la vida, las agravantes de los artículos 10 y 11 pueden dividirse en «*leves*», como la nocturnidad o el despoblado, que *no cambian el título de imputación*, entran en juego como genéricas del homicidio del 407, y mantienen la pena de reclusión menor de aquél que se impone en su grado medio o máximo; en agravantes «*intermedias*», integradas por algunas de las relaciones de parentesco (ascendientes, descendientes, cónyuge) conte-

(32) También y por dar un ejemplo más, existe relación de alternatividad entre las dos calificaciones posibles aplicables a la muerte alevosa de otra persona, porque ese comportamiento es subsumible, al mismo tiempo, en el artículo 407 con la agravante del 10.1.^º y en el artículo 406.1.^º, abarcando las dos calificaciones todos los datos juridicopenalmente relevantes de la conducta. Esta relación de alternatividad (y no de especialidad, como afirma MIR, «ADPCP», 1988, p. 995: ¿qué elemento adicional y específico añade el 406.1.^º que no esté contenido ya en la combinación 407 + 10.1.^º?) se resuelve a favor del 406.1.^º porque la existencia de ese tipo nos indica ya que en los delitos contra la vida el legislador ha querido dar a la alevosía una significación desvalorativa superior a la que desempeña en los restantes hechos punibles, donde opera como una agravante genérica más.

nidas en el artículo 11, que cambian el título de imputación a parricidio y elevan la pena a reclusión mayor en toda su extensión; y, finalmente, en «hiperagravantes», constituidas por las previstas en el artículo 10.1.^a, 2.^a, 3.^a, 5.^a y 6.^a, que cambian asimismo el título de imputación de la muerte dolosa, transformándola en el asesinato del artículo 406 sancionado con una pena aún más grave: la de reclusión mayor en su grado máximo.

Sobre la base de estos criterios legales de valoración han de ser rechazadas, también en sus consecuencias punitivas, tanto la tesis del Tribunal Supremo como la de *Mir*.

La tesis jurisprudencial, porque si una muerte sin más con la concurrencia de una agravante «leve» (por ejemplo, la nocturnidad) se castiga menos (reclusión menor en sus grados medio o máximo) que si concurre la «intermedia» de, por ejemplo, relación de descendencia (que se sanciona, como parricidio, con reclusión mayor), entonces lo mismo tiene que regir (menor pena para la «leve» que para la «intermedia») cuando concurren en una muerte (por ejemplo, alevosa) constitutiva de asesinato. Como la única calificación y sanción posibles de un asesinato cualificado por la alevosía en el que concurre la nocturnidad es la del artículo 406.1.^a con la agravante del 10, 13 y, con ello, los grados medio o máximo de reclusión mayor en su grado máximo, de ahí que sea imposible que si en la misma muerte alevosa concurre, no una agravante «leve» como la de la nocturnidad, sino una más desvalorada, como la «intermedia» de relación de descendencia, disminuya la pena y haya que aplicar —como mantiene el Tribunal Supremo al calificar ese hecho de parricidio con la agravante de alevosía— los grados medios o máximo de reclusión mayor: no puede ser que frente a una muerte sin más el parentesco tenga más gravedad que la nocturnidad y que frente a una muerte alevosa se cambie de pronto el criterio valorativo, y, como quiere el Tribunal Supremo, entonces tenga más gravedad la nocturnidad que la relación de descendencia.

La tesis de *Mir* es igualmente incompatible con la jerarquía axiológica de las agravantes de los artículos 10 y 11. Pues si en referencia a una muerte dolosa la concurrencia de una relación de descendencia (agravante «intermedia» que integra un delito de parricidio sancionado con reclusión mayor) tiene un desvalor menor que, por ejemplo, la «hiperagravante» de premeditación (que fundamenta un asesinato y, con ello, la pena de reclusión mayor en su grado máximo), entonces no puede ser que cuando esas agravantes se conectan a una muerte alevosa cambien repentinamente los criterios de valoración y sea más grave matar alevosamente al hijo (grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo, según *Mir*, que aplica aquí el art. 71 por estimar que existe un concurso ideal entre asesinato y parricidio) que matar a otro con las dos «hiperagravantes» de alevosía y de premeditación (asesinato alevoso con la concurrencia, como genérica, de

la premeditación e imposición, por consiguiente, de los grados medio o máximo de reclusión mayor en su grado máximo): es imposible que en relación a una muerte dolosa sin más, tenga más gravedad la premeditación que la relación de descendencia y que frente a una muerte alevosa se invierta el criterio valorativo y, como quiere *Mir*, entonces opere con mayor severidad la relación de descendencia que la premeditación (33).

5. Consideraciones finales sobre la relación parricidio-asesinato

Después de rechazar en su fundamentación tanto la tesis del Tribunal Supremo (*supra* II 2) como la del concurso ideal (*supra* II 3) hemos llegado a la conclusión de que esas dos soluciones llevan, además, a resultados incompatibles con la escala valorativa del Código Penal: la tesis del Tribunal Supremo, porque frente a la muerte alevosa la agravante «leve» de, por ejemplo, nocturnidad condiciona la aplicación de una pena más severa que la agravante «intermedia» de parentesco; la del concurso ideal, porque frente a una muerte alevosa la agravante «intermedia» de parentesco condiciona una pena más severa que la «hiperagravante» de, por ejemplo, premeditación.

La solución de la alternatividad que aquí se mantiene evita esas contradicciones valorativas: la muerte de un pariente del 405 en la que concurre una circunstancia cualificativa de asesinato ha de ser calificada sobre la base del artículo 406 con la agravante del artículo 11. Ciertamente entonces, y en referencia, por ejemplo, a una muerte alevosa, todas las circunstancias: las «leves», las «intermedias» y las «hiperagravantes», operan de igual manera en cuanto que cada una de ellas condiciona la aplicación de la *misma* pena: el grado medio o máximo de reclusión mayor en su grado máximo. Pero una cosa es que el Código Penal no pueda matizar siempre entre las dis-

(33) La inversión valorativa no sería tan escandalosa si, en contra de toda la tradición jurisprudencial y doctrinal, se pretendiera ahora calificar una muerte alevosa y premeditada, no como un asesinato del 406.1.^º con la agravante genérica del 10.2.^º, sino como un concurso ideal de un asesinato del 406.1.^º con otro asesinato del 406.2.^º, pues de esta manera *MIR* conseguiría que la «hiperagravante» del 10.2.^º operara, al menos, con la *misma* intensidad —y no con una *inferior*— que la agravante «intermedia» del artículo 11. Pero, aún prescindiendo de la objeción (*supra* II 3 b y c) de que acudir a un concurso ideal entre el 406.1.^º y el 406.2.^º supondría someter a una doble desvaloración una única muerte dolosa, esa hipotética solución seguiría sin ser viable; porque su desarrollo consecuente llevaría a apreciar —todo ello en concurso ideal— no sólo dos asesinatos cuando en una sola muerte concurren la premeditación y la alevosía, sino también tres asesinatos si, además de la existencia de alevosía y de premeditación, se ha actuado por precio, y cuatro asesinatos si la muerte premeditada, alevosa y por precio se ha ejecutado con ensañamiento, y cinco asesinatos...: francamente, un cadáver no da para tantos asesinatos consumados.

tintas agravantes según cuál sea su diferente grado (des)valorativo y que, en ocasiones, *equipare* el peso de todas ellas, y otra muy distinta entrar en el descontrol axiológico del Tribunal Supremo y de los partidarios de la tesis del concurso ideal y sancionar más severamente lo «leve» que lo «intermedio», o lo «intermedio» que lo «hiperagravado».

