

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

PERSECUCION DE MALOS TRATOS OCASIONADOS A PERSONAS DESAMPARADAS Y NECESIDAD DE HACER CUMPLIR LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS FIJADAS EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

Instrucción núm. 3/1988, de 1 de junio

Al Ministerio Fiscal le encomienda el artículo 124 de la Constitución Española promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Nuestra máxima Norma Fundamental ha configurado así un Ministerio Fiscal activo, defensor a ultranza de los derechos fundamentales y del interés social.

Pues bien, hoy quiero dirigirme a los Fiscales para exponerles unos problemas que deben merecer la atención prioritaria de su trabajo, por constituir una evidente preocupación de nuestra sociedad: me refiero, primero, a la necesidad de reprimir ejemplarmente toda conducta que suponga un delito o falta de lesiones o que sea constitutivo de malos tratos y que recaiga sobre las personas más desamparadas, y segundo, al deber de hacer efectivas las pensiones alimenticias, fijadas en procesos matrimoniales, a favor de los hijos menores o incapacitados y del cónyuge.

A) LESIONES Y MALOS TRATOS A MENORES

De las investigaciones sociológicas que se están realizando en nuestro país, resulta que los malos tratos a la infancia constituyen una evidente realidad, aunque todavía no tenemos datos suficientemente fiables y representativos que permitan realizar una estimación aproximada de la magnitud del problema. Los datos disponibles son heterogéneos y difícilmente comparables entre sí, ya que no existe una recogida sistemática de los casos de maltrato infantil en las diversas instituciones y servicios de atención y tratamiento de estos niños.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal tiene una obligación específica en este campo, ya que le obliga a ello el mandato Constitucional y su Estatuto Orgánico, que le configura en su artículo 3, número 7, como una Institución de defensa y protección de personas menores y desvalidas, por lo que su actuación debe abarcar una triple perspectiva:

a) Reprimir con toda ejemplaridad los supuestos de lesiones y malos tratos a la infancia.

b) Actuar decididamente en el ámbito de protección de menores que sufran malos tratos o estén desamparados, cumpliendo con las nuevas responsabilidades que nos da la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, modificadora del Código civil en materia de adopción.

c) Hacer una estadística anual detallada de todos los procesos por delitos o faltas que tengan por objeto lesiones y malos tratos a la infancia, para conseguir aproximarnos, al menos desde el punto de vista judicial, a la magnitud de un problema que hoy no conocemos totalmente.

B) LESIONES Y MALOS TRATOS A MUJERES

Las lesiones y malos tratos a mujeres han comenzado a ser objeto de atención y examen por parte de organismos nacionales e internacionales. No obstante, queda mucho camino por recorrer, hasta que las Instituciones y los sectores sociales implicados adopten las medidas necesarias para paliar las situaciones que se derivan de los malos tratos a las mujeres.

Estos hechos muchas veces *no son denunciados, por lo que es responsabilidad de los organismos y servicios competentes el potenciar la persecución de los mismos*. El Instituto de la Mujer del Ministerio de Cultura está haciendo un gran esfuerzo en este sentido, y por otra parte la Dirección General de la Policía ha dictado la Circular número 32, de fecha 15 de abril de 1988, con el objetivo de facilitar a las mujeres, que hubieran sido objeto de agresiones ilegítimas, la ayuda policial necesaria para que puedan denunciarlos, a la vez que se les informe de cuantos derechos les asisten y de la forma de garantizar los mismos.

En este campo el Ministerio Fiscal, también por mandato Constitucional y de su Estatuto Orgánico, debe poner todo su empeño para conseguir acabar con estas conductas, y para ello debe:

a) Reprimir con toda ejemplaridad los supuestos de lesiones y malos tratos a mujeres, supliendo con su investigación las deficiencias de pruebas que puedan originarse en estos procesos, por los naturales temores con que las mujeres comparecen en este tipo de procedimientos.

b) Hacer una estadística anual detallada de todos los procesos por delitos y faltas que tengan por objeto lesiones y malos tratos a mujeres, para poder conocer la realidad social de este problema.

C) IMPAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS FIJADAS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL

La Circular número 3/1986 de la Fiscalía General del Estado precisa la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio, ya que se era consciente de que el comportamiento jurídico-procesal del Ministerio Fiscal en estos procesos no siempre era uniforme ante unas mismas cuestiones sustantivas y procesales. En dicha Circular se recordaba que el Ministerio Fiscal se debería mostrar en los mismos en una actitud activa y no meramente formularia. En este sentido hoy quiero llamar la atención de los Fiscales sobre un problema que empieza a preocuparnos: me refiero a la frecuencia con que la obligación de

alimentos, establecida por la Autoridad Judicial en los procesos matrimoniales, a favor de los hijos menores o incapacitados o del cónyuge cuando se encuentra en estas situaciones, no es cumplida en la práctica por diversas causas, acumulación de trabajo en los órganos judiciales, resistencia de la persona obligada al pago, etc. Esta es una situación que no puede consentirse y, por ello, interés de todos los Fiscales que pongan todo su esfuerzo para que estas obligaciones de alimentos se cumplan, ejercitando todos los medios concedidos por el Ordenamiento Jurídico, incluso las acciones penales, cuando sean procedentes, o acudiendo a las formas de garantía atípicas que se mencionan en la Circular citada; esto es, solicitando que sea supeditado el ejercicio de la facultad de visitar a los hijos, el hecho de estar al corriente en el pago de la pensión establecida para atender a su alimentación y educación.

SEPARACION DE LAS FUNCIONES DE INSTRUCCION Y ENJUICIAMIENTO

Instrucción número 5/1988, de 28 de julio

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, que conforme a lo dispuesto en el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, vincula a todos los Poderes Públicos y comenzará a producir efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», ha declarado inconstitucional y, por tanto, nulo el párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes; esto es, ha dejado sin efecto la declaración de que en ningún caso será de aplicación a los Jueces competentes para el conocimiento y fallo de estas causas el motivo de recusación previsto en el apartado 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aunque el contenido de la referida Sentencia se limita, por ser esa la cuestión de inconstitucionalidad sometida al Tribunal, al artículo y párrafo citados de la Ley 10/1980, su doctrina es igualmente de aplicación al paralelo precepto contenido en el artículo 3 de la Ley 3/1967, de 8 de abril, que excluía la aplicación de aquella causa de recusación en los casos comprendidos en el número 3 del artículo 14; esto es, el procedimiento de urgencia ante los Juzgados, también llamado de preparatorias, ya que, en suma, la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional es que la declaración del artículo 24.2 de la Constitución reconociendo a todos el derecho a «un juicio público... con todas las garantías», incluye el derecho a un Juez imparcial, imparcialidad que puede verse afectada objetivamente en el juzgador cuando éste, al haber estado previamente en contacto con el objeto del proceso a través de una actividad instructora, puede formar impresiones o prejuicios «que influyan a la hora de sentenciar» (Fundamento Jurídico 5), con cuya doctrina habrá que entender derogado por inconstitucionalidad sobrevenida el citado artículo 3 de la Ley preconstitucional 3/1967.

A la vista de la declaración del Tribunal Constitucional que ha quedado expuesta, parece necesario que el Ministerio Fiscal adopte una actitud unitaria y operativa que palie, en lo posible, las consecuencias negativas que en el mecanismo del proceso penal va a producir la necesidad de separar en el futuro en el ámbito de los procesos orales de la Ley 10/1980 y las diligencias preparatorias, las funciones de instruir y enjuiciar. Por ello, he acordado dirigir a V.V.E.E. las siguientes instrucciones:

1.ª La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 del corriente no declara la inconstitucionalidad de toda la Ley 10/1980, sino la acumulación en un mismo Juez de la función instructora y juzgadora (Fundamento Jurídico 8). En conse-

cuencia, la Ley sigue vigente y los Fiscales deberán velar porque se aplique en el ámbito de su competencia objetiva, con las particularidades y salvedades que luego se dirán, tendentes a sanar los procedimientos concretos de cualquier vicio de inconstitucionalidad.

2.^a La misma Sentencia declara también que conforme con lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no es permitido revisar los procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza juzgada (Fundamento Jurídico 9). Quiere ello decir que todas las sentencias firmes son válidas y debe procederse a su ejecución en sus propios términos, interesándolos así los señores Fiscales.

3.^a Mayor problema plantean las sentencias ya dictadas en Primera Instancia y en trámite de apelación. En principio, el supuesto vicio de nulidad que representa la imposibilidad de que las partes no hubieren podido invocar en su momento la causa de recusación 12 del artículo 54 no habrá sido alegado en el escrito de interposición del recurso, por lo que su invocación en la vista de la apelación constituirá una cuestión nueva, que sería excluible del recurso. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la posibilidad de esa alegación es algo sobrevenido, por lo que tampoco debe provocarse la indefensión de las partes excluyendo del debate la cuestión con aquel pretexto formal. Sin embargo, recordamos que el de recusar al Juez que no se haya abstenido por considerarse no afectado en su imparcialidad, es un derecho de la parte, por lo que ésta puede renunciar a plantear la cuestión entendiendo que en el caso concreto no se siente lesionada en los derechos que el artículo 24.2 de la Constitución Española le reconoce. Por ello, si el recurrente no lo plantea, el Fiscal no debe hacerlo en ese trámite avanzado del proceso, salvo que entienda que se ha lesionado efectivamente el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial.

De otra parte debe recordarse que en la apelación prevista en el artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (de aplicación en el ámbito de la Ley 10/1980) el Tribunal tiene plenas facultades para revisar tanto los hechos como el derecho aplicable. Igualmente para subsanar en la apelación tanto las deficiencias de prueba como las desviaciones que el Juez de Instancia hubiere sufrido en la apreciación de las mismas. Trátase además de un Tribunal imparcial, que no ha intervenido en las fases previas del proceso y carece, por ende, de todo prejuicio. Ello quiere decir que su resolución, condenatoria o absolutoria del acusado, sana las eventuales quebras que del principio de imparcialidad pueda invocar el acusado, respecto al Juez que lo juzgó en Primera Instancia. Todo lo que debe llevar a estimar con cautela las posibles alegaciones de nulidad del juicio, con retroacción del procedimiento al instante previo de su celebración, petición que de ser hecha por el apelante el Fiscal sólo debe apoyar cuando, examinado el procedimiento y comprobada la clara intervención en el mismo como Instructor del Juez que celebró el juicio oral y dictó la Sentencia de Instancia, no se encuentren otros medios para que la Sala de apelación sane el principio del juicio justo a través de su Sentencia sobre el fondo del asunto.

4.^a En lo que hace a los procedimientos ya iniciados y en trámite el Fiscal deberá procurar que se cumpla en el futuro el principio de la separación entre Instructor y Juzgador interesando la abstención de éste cuando concurra en él la causa 12 del artículo 54. Pero ello no puede hacerse de forma global e indiscriminada, sino examinando cuidadosamente cada procedimiento concreto y apre-

ciendo si la actividad previa al juicio oral del Juez competente ha tenido naturaleza de actos de instrucción o se ha limitado a dirigir la actividad procesal, pero sin adoptar medidas o diligencias que por su naturaleza representen un eventual prejuicio objetivo o subjetivo por parte del Juzgador. Sólo si se diese este último caso el Fiscal interesará del Juez cumpla con lo prevenido en el artículo 55.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, inhibiéndose del conocimiento del asunto y siendo sustituido para el acto del juicio oral por el que legalmente corresponda, sin perder de vista nunca que lo que se está defendiendo es el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial.

5.^a Por último y es este un aspecto que los señores Fiscales deberán cumplir con su mayor celo, respecto a los procedimientos que en el futuro se inicien y cuyo trámite sea el propio del previsto en la Ley 10/1980, la actuación del Ministerio Fiscal deberá ir encaminada a recuperar el espíritu informador de dicha Ley, basada en los principios de oralidad y predominio de la actividad acusatoria, con exclusión de la instructora, fase ésta que en ninguno de sus preceptos prevé la Ley dicha, de forma que, como ya apunta la repetida Sentencia del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico 8), se haga posible el cumplimiento y aplicación de aquella Ley, sin que se produzca en el procedimiento una verdadera actividad instructora, lo que de lograrse sea así hará improcedente la abstención y recusación del Juez.

Con esa finalidad de extremar el cumplimiento de las normas legales en sus propios términos y en los que el legislador, al promulgarlas, decidió darles, cuidarán los señores Fiscales:

a) De que los procedimientos por hechos cuya naturaleza sujete su enjuiciamiento a las previsiones de la Ley 10/1980 se inicien siempre en la forma prevista en los artículos 3 y 5 de dicha Ley, rechazando la práctica viciosa que en algunos Juzgados se produce de comenzar incoando unas diligencias previas del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo admisible cuando la naturaleza del hecho no está determinada ya en el momento de la incoación, supuesto que no es lo corriente en la generalidad de los casos.

b) En todo momento se procurará observar el sistema de investigación previsto en el artículo 3 de la Ley. En consecuencia esa investigación deberá ser encomendada a la Policía Judicial y el Fiscal cuidará de interesar de la Policía la práctica de aquellas diligencias que considere precisas para esclarecer los hechos y preparar su acusación. En esta actividad el Fiscal no deberá olvidar el cumplimiento del principio de imparcialidad que la Constitución le impone, procurando se aporte todo el elemento investigador, tanto el que perjudique como el que beneficie al imputado y que no se omita ninguna diligencia que pueda ser útil para la futura exculpación de aquél.

c) En los casos en que el Fiscal se encuentre adscrito al Juzgado, al tiempo que la Policía Judicial da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley, deberá solicitar que se le entregue la copia del atestado a que se refiere tal precepto, y a su vista, deberá interesar aquellas diligencias policiales que sean precisas para completar su contenido, de forma que el Juez no precise adoptar, por insuficiencia de la actividad de la acusación, iniciativa alguna que perturbe su condición de juzgador imparcial que ha de valorar lo que las partes le aporten, pero sin tomar iniciativas instructoras que puedan viciar, siquiera formalmente, su imparcialidad futura. Al respecto conviene recordar la doctrina del Tribunal Eu-

ropeo de Derechos Humanos que centra en esa iniciativa del Juez la base de su incompatibilidad para actuar posteriormente como juzgador.

d) Igualmente en el supuesto de adscripción del Fiscal al Juzgado, aquél redactará su escrito de acusación, cuando tenga los mínimos elementos para ello, sin perjuicio de completar en el período que resta hasta el momento de la celebración del juicio oral, los elementos de prueba que estime convenientes para el apoyo de sus tesis acusatorias para lo cual no vacilará en recurrir a la Policía Judicial a fin de que practique las investigaciones precisas, localice y convoque a los testigos para el juicio y practique aquellas otras diligencias que el Fiscal estime útiles, en los términos de la Ley Orgánica 2/1986, de 12 de marzo, y de mi Instrucción de 4 de mayo pasado, y teniendo presente la facultad de proponer prueba en el mismo momento de iniciación del acto oral del juicio, en los términos reconocidos en la regla 1 del artículo 800 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

e) De no existir Fiscal adscrito al Juzgado, el Fiscal procurará preparar su escrito de acusación a la vista de la copia que del atestado deberá remitirle la Policía Judicial que lo instruya, en los términos del artículo 4 de la Ley 10/1980, o, en su caso, y de estimar insuficientes los elementos aportados por aquél, instarán del Juzgado dé orden a la Policía Judicial para que lleve a cabo las diligencias complementarias precisas, que expresamente se señalarán en el escrito que se presente, de forma, repetimos, que sea la iniciativa del Ministerio Fiscal y no la del Juez la que determine la práctica de las diligencias preparatorias del juicio, salvando así el principio de que el Juez que juzgue no haya tenido una previa actividad instructora, entendiéndose por tal actividad la aportación de oficio de los elementos precisos para el enjuiciamiento.

f) Admitiéndose, por la aplicación supletoria el procedimiento de la Ley 10/1980, de la regla 6 del artículo 891 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la posibilidad de la práctica de prueba anticipada en el período intermedio entre la fecha del escrito de acusación y la de celebración del juicio, el Fiscal deberá procurar que cuantas diligencias de prueba venga obligado a practicar el Juez en ese período —audiencia del interesado, interrogatorio de algún testigo, prueba pericial médica, de tasación o de cualquier otra naturaleza incluida la inspección ocular, que puede tener naturaleza de prueba del juicio oral en los términos del artículo 727, en relación con el artículo 800, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— tenga aquella naturaleza de prueba anticipada, para lo cual la diligencia deberá practicarse ante el Juez, con intervención del Fiscal y los Letrados de las partes y con las características de publicidad y contradicción propias de toda prueba. Al tratarse de una prueba dirigida al propio acto del enjuiciamiento y no de una diligencia de instrucción, su práctica en la forma indicada, no puede servir de base para la alegación de la causa de recusación 12, del artículo 54. Conviene recordar, al respecto, que, de un lado, la prueba anticipada es según los términos del párrafo 3.º del artículo 657 y de la propia regla 6 del artículo 791, prueba válida para el juicio oral y que ha de ser apreciada por el juzgador, por lo que su celebración ante el Juez que conozca de la causa no sólo no vicia su imparcialidad, sino que refrenda la inmediación tan necesaria para el buen enjuiciamiento penal; y de otro, que la fase del juicio oral se inicia, tanto en los términos del artículo 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como en los del artículo 7 de la Ley 10/1980, tan pronto el Fiscal formula su escrito

de acusación, por lo que las diligencias practicadas en ese período ya no son diligencias instructorias, sino diligencias del juicio oral, acordadas por el Juez que está conociendo del mismo, como medio para formar la convicción que va a reflejarse en su Sentencia. Por lo mismo hemos de insistir en las condiciones de contradicción, publicidad y posibilidad de crítica por todas las partes personadas que deben reunir las diligencias que se practiquen, bien a instancias del Fiscal, bien de la acusación particular, a partir de la presentación de sus escritos de acusación, así como que tales diligencias carecen ya de valor instructorio y si son elementos del juicio oral, cuya anticipación, admitida por la Ley, no vicia la imparcialidad del juzgador, ni puede ser fundamento para la alegación de la causa de recusación 12 del artículo 54.

g) En los casos que por su complejidad o por el número de diligencias precisas para formar criterio sobre la acusación, resulte insuficiente el auxilio policial y sea preciso acudir a una actividad instructora del Juez, evidentemente éste se verá afectado por la circunstancia 12 del artículo 54 y deberá abstenerse para el acto del juicio oral, en cuyo supuesto habrá que acudir a su sustitución por quien legalmente sea asignado para ello. El sistema de sustituciones corresponde fijarlo a los Organos de Gobierno del Poder Judicial, pero el Fiscal deberá prestar su colaboración para que tal régimen sea lo más fluido posible, en bien de la buena marcha de la justicia, sin perjuicio de expresar su criterio, cuando le sea pedido, en orden a cual puede ser el régimen de sustituciones más eficaz en función de las circunstancias de cada juzgado y las peculiaridades de la situación de la justicia de cada Provincia y partido judicial.

h) En cuanto a las diligencias preparatorias a las que normalmente habrá precedido una fase de diligencias previas, incoadas en los términos del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la causa de recusación 12 puede encontrar mayor fundamento y su alegación puede ampararse en la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional más arriba definida, entendiéndose, como se dijo, ha quedado derogado por inconstitucionalidad sobrevenida el artículo 3 de la Ley 3/1967, de 8 de abril.

De todas maneras los señores Fiscales deberán cuidar de que la alegación de aquella causa se base efectivamente en la previa existencia de una actividad instructora del juzgador, tal como aparece definida en los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional referida, oponiéndose a la misma en los casos en que las diligencias previas fueran practicadas por otro Juez o pueda entenderse por su contenido que no tienen carácter de instrucción. Con el mismo fin se aplicarán en el trámite de las preparatorias, y en lo que sea compatible con las mismas, las instrucciones más arriba dadas con respecto al procedimiento de la Ley 10/1980.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

SOBRE LA RELACION ENTRE PARRICIDIO Y ASESINATO

(Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986,
29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987)

SANTIAGO MIR PUIG

I

La discutida y discutible alteración de la relación existente entre las penas del parricidio y del asesinato, operada por la Reforma de 25 de junio de 1983, ha obligado a replantear la solución del caso del que mata a uno de los parientes mencionados en el artículo 405 con alguna de las circunstancias cualificativas del asesinato. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los autores han seguido en este punto caminos contrapuestos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, tras criticar la reforma, estimó en el caso mencionado un concurso de leyes a resolver, según el principio de especialidad, en favor de la calificación de parricidio y en contra de la de asesinato, sin perjuicio de apreciar como agravante la alevosía concurrente (1). El Tribunal Supremo mantuvo, pues, la solución tradicional, pacífica con anterioridad a la modificación de 1983. No tardaron en aparecer dos comentarios críticos a la mencionada Sentencia. A la vista de la mayor gravedad que ahora atribuye el Código Penal al delito de asesinato, la solución correcta, a juicio de los comentaristas, es la de apreciar asesinato con la circunstancia agravante de parentesco —la misma calificación que había formulado

(1) Vid. *ADPCP*, 1986, pp. 696 y s.

la Sentencia de la Audiencia recurrida ante el Tribunal Supremo que dio lugar a la Sentencia de éste a que aludimos— (2). En el mismo sentido se había pronunciado y se pronuncia la doctrina ampliamente mayoritaria (3).

Varias circunstancias justifican que aquí volvamos sobre la cuestión planteada. Por una parte, el Tribunal Supremo no ha rectificado su posición, sino que la ha seguido manteniendo en Sentencias posteriores: las de 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987. El tan necesario diálogo —que últimamente parece más plausible— entre teoría y práctica no ha conseguido en este punto el acuerdo, por lo que es oportuno proseguirlo. Por otra parte, la coincidencia de autores en la solución de la doctrina dominante no responde a un acuerdo acerca de su fundamentación, que, por el contrario, es bien diversa. A mi juicio, ello manifiesta una cierta oscuridad en la concepción de la teoría del concurso de leyes y de delitos, que ha impedido no sólo fundamentar, sino también resolver correctamente el supuesto examinado.

Este trabajo pretende servir de comentario a la línea jurisprudencial representada por las referidas Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987. Pero, por lo dicho, tendrá que someter a revisión, siquiera breve, a los principios del concurso de leyes y de delitos. Estoy convencido de que en éste, como en muchos otros casos, las divergencias entre la teoría y la práctica sólo pueden superarse satisfactoriamente remontando la vista a principios más generales —clave del diálogo que reclamamos, porque son tan necesarios para la elaboración dogmática del Derecho como para su aplicación práctica.

II

Empecemos por recordar muy sucintamente los hechos que dieron lugar a las Sentencias que comentamos, la calificación jurídica que efectúan de los mismos y la fundamentación jurídica que le atribuyen. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986 con-

(2) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO: *La relación concursal parricidio-asesinato, después de la reforma de 1983*, en «Estudios Penales y Criminológicos», X, Santiago de Compostela, 1987, p. 355. CARBONELL MATÉU: *¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes?*, en «ADPCP», 1986, p. 998.

(3) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR: *Parricidio*, en COBO DEL ROSAL (Dtor.): «Comentarios a la legislación penal. La Reforma del Código Penal de 1983», v. V, 1985, p. 873. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*, 6.^a ed., 1985, p. 39. RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, 2.^a ed., 1987, p. 48. QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 1986, p. 38. En contra, BARBERO SANTOS: *La reforma penal de la Monarquía Constitucional española*, en «Reforma Política y Derecho», 1985, p. 313, nota 36. BUSTOS: *Manual de Derecho Penal Español, Parte Especial*, 1986, p. 38.

templó un supuesto en que el marido dio muerte a su esposa. El hecho se había calificado por la Audiencia de asesinato con alevosía (artículo 406 del Código Penal), con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco (artículo 11 del Código Penal). El Tribunal Supremo consideró incorrecta dicha calificación, prefiriendo la de parricidio (artículo 405) con la circunstancia agravante genérica la alevosía. Sin embargo, la Sentencia citada no llega a casar la de la Audiencia recurrida, por entender que la nueva calificación de parricidio no hubiera alterado la pena a imponer (principio de la pena justificada) (4).

Las otras dos Sentencias, de 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987, se refieren también a posibles uxoricidios. La de septiembre de 1986 examina un recurso contra una Sentencia de la Audiencia que había calificado la muerte del cónyuge mediante veneno como delito de asesinato. Aunque —como la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986— no casa la Sentencia, declara preferible la calificación de parricidio, siguiendo expresamente el criterio de la anterior Sentencia citada (5). La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1987 se ocupa de la muerte de una persona unida con el autor por una convivencia extramatrimonial —por lo demás ya interrumpida desde hacía un año—. Tampoco esta Sentencia casa la de la Audiencia, que había apreciado asesinato, puesto que considera insuficiente esta relación para el tipo de parricidio, arguyendo que «cuando la mencionada Ley Orgánica 8/1983 equiparó a la relación matrimonial otras análogas por afectividad, no lo hizo con carácter general, sino puntualmente en los artículos 11 y 18 del Código Penal, lo que, de “lege lata” y en sentido contrario, revela el deseo

(4) En el hecho concurría una eximente incompleta de enajenación mental, lo que permitía la rebaja en uno o dos grados prevista en el artículo 66 del Código Penal. La Audiencia impuso la pena de veinte años de reclusión menor. El Supremo, que en base a su calificación de parricidio cree imponible la pena inferior en grado a la del parricidio, en sus grados medio o máximo por la agravante de alevosía (de catorce años, ocho meses y un día a veinte años), dice que habría impuesto también la pena de veinte años de reclusión menor. CARBONELL MATEU: *Op. cit.*, p. 998, afirma que la pena imponible por el parricidio, una vez atenuado por la incompleta y agravado por la alevosía, sería muy inferior y no permitiría la imposición de una reclusión de veinte años. A su juicio, la pena imponible sería sólo la de «prisión menor a prisión mayor; esto es, de seis meses y un día a doce años, la que, por la concurrencia de la alevosía, se aplicaría en sus grados medio o máximo». Sin duda, se trata de un *lapsus* del autor citado, pues según el artículo 66 la eximente incompleta sólo autoriza a atenuar la pena imponiendo la inferior en uno o dos grados, que en el caso del parricidio son las de reclusión menor y prisión mayor (de seis años y un día a veinte años). Cuestión distinta es si, una vez elegida por la Audiencia la pena inferior en un grado a la del asesinato (pena inferior que según el artículo 56, en relación con el 406, comprende los grados máximo de la reclusión menor y mínimo y medio de la reclusión mayor), podía imponer veinte años de *reclusión menor*, cuando la agravante de alevosía obligaba a imponer la pena en sus grados medio o máximo (es decir, en este caso, la reclusión mayor en grado mínimo o medio).

(5) Vid. *ADPCP*, 1986, pp. 980 y s.

de mantener sin variación otros preceptos, como el artículo 505 (o el 564), tanto más cuanto que, si se aceptara la interpretación del recurrente, se llegaría frecuentemente a conclusiones desfavorables para los reos...» (6). Sin embargo, recuerda que «la jurisprudencia ha optado por dar preferencia, como tipo especial, al parricidio», citando a continuación la fecha y el razonamiento de las Sentencias más arriba citadas. Luego veremos que, no obstante, esta última Sentencia de 1987 se muestra más receptiva que las otras dos a la opinión contraria de la doctrina mayoritaria.

La argumentación esgrimida por la primera Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986 es la seguida, con cita literal de los pasajes decisivos, por las dos Sentencias siguientes. Importa, pues, recordar el planteamiento de aquella primera Sentencia.

Empieza la misma haciendo un repaso de los antecedentes históricos de la relación entre parricidio y asesinato, con objeto de poner de manifiesto que tradicionalmente se había castigado con mayor pena el parricidio que el asesinato (en los Códigos de 1848, 1870, 1928 y 1932). Aunque el Código de 1944 equiparó las penas de ambos delitos, permitía seguir prefiriendo la calificación de parricidio en los casos que contemplamos sin que se produjese un beneficio inexplicable del sujeto. La situación es distinta desde la reforma de 1983; por la que «sin causa ni motivo alguno legal ni moral que lo justifique, se asigna al parricidio la pena de reclusión mayor, en toda su extensión (...), mientras al asesinato se le castiga con la pena de reclusión mayor en su grado máximo». Se advierte ya que la Sentencia se resiste a admitir el desplazamiento valorativo que ha experimentado el parricidio.

Ello se confirma cuando, pese a recordar lo impuesto por el artículo 68 del Código Penal, defiende la prevalencia de la calificación de asesinato en los términos siguientes: «Sentado lo anterior es claro que el hecho imputado al recurrente de matar a su esposa acometiéndola de modo inopinado y por sorpresa con un cuchillo, integra, a no dudar, el delito de parricidio definido en el artículo 405 del Código Penal, al ser el muerto uno de los parientes mencionados en el texto legal —delito que, en este caso, vendría agravado por la concurrencia de la alevosía—, pero en modo alguno puede considerarse también que el mismo hecho integre el delito de asesinato comprendido en el artículo 406.1 del propio ordenamiento sustantivo, 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, extrayendo de su tipo la circunstancia cualificativa de ser el agredido una de las personas ligadas con el agresor por cualquiera de los vínculos señalados en el primero

(6) Vid. *ADPCP*, 1987, pp. 932 y s.

de los preceptos citados, para conformar con ella una agravación genérica —la mixta del artículo 11 de aquel Cuerpo legal—, y adscribirla a otra figura punible —en este caso el asesinato—, que tiene sus propias y genuinas características y que sólo puede aplicarse, previa concurrencia de alguna de las circunstancias específicas de agravación que requiere —las del mencionado artículo 406—, a individuos que atenten contra la vida o integridad física de personas que no tengan con ellos la relación parental consignada en el artículo 405, ya que de estimarse lo contrario, o sea, si se aceptara la tesis mantenida por la Sentencia impugnada, se rompería el principio de especialidad, constantemente proclamado por esta Sala —“*lex specialis derogat legi generali*”—, que obliga a aplicar el tipo especial aunque la pena con que se sancione sea más benigna que la que se consigne para el que entre en colisión con él, por lo que es indudable que en este caso se infringió el artículo 68 del Código Penal al aplicarlo a un supuesto concurso de leyes inexistente por las razones aducidas con anterioridad.»

La idea central de la anterior fundamentación es, como se ve, la de que el parricidio es un delito más específico, ahora privilegiado, que en virtud del *principio de especialidad*, debe desplazar al delito de asesinato, aunque éste sea más grave. Tal vez quiera expresarse con ello algo próximo a lo que la doctrina germánica denomina «efecto oclusivo del tipo más benigno»: cuando concurren un tipo privilegiado y uno agravado, debe estarse al más benigno, con independencia de que el privilegio conduzca a la existencia de un tipo autónomo o a una variante dependiente del tipo básico; ello se considera en Alemania de especial aplicación en los delitos contra la vida, en que, por ejemplo, el infanticidio practicado con alguna circunstancia del asesinato se considera preferente a éste (7). Sin embargo, ya ahora hay que advertir que se trata de algo distinto a lo que nos ocupa. El parricidio será menos grave en la actualidad que el asesinato, pero no por ello puede decirse que constituya un tipo *privilegiado* respecto del de homicidio. El concurso de parricidio y asesinato no es de un tipo privilegiado y otro agravado, sino de dos tipos agravados (dejando a parte la cuestión de si son tipo autónomos o variantes dependientes del homicidio). Pero dejemos la crítica de la Sentencia para más adelante.

Las otras dos Sentencias a que nos referimos acogen la misma fundamentación. La de 29 de septiembre de 1986 destaca que el problema es decidir entre la alternatidad, que según el artículo 68 daría preferencia al hecho más gravemente penado, el asesinato, y la especialidad, que conduce al parricidio, inclinándose por el planteamiento

(7) Cfr. MAURACH: *Tratado de Derecho Penal*, trad. española de Córdoba Roda, 1962, pp. 442 y s.

de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, favorable a la especialidad. Aunque también cita literalmente y acoge la argumentación central de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, la más reciente de 31 de octubre de 1987 añade: «...aunque no deba olvidarse que el criterio expuesto es combatido por parte de la doctrina, señalando que tan incorporado al tipo se halla la alevosía del asesinato como el parentesco en el parricidio y que sólo así —con la relación de alternatividad— cabría llegar a una solución satisfactoria que en el marco del artículo 68 del Código Penal diera preferencia al asesinato como delito más grave». Veamos, pues, a continuación, ésta y otras fundamentaciones doctrinales de la solución contraria a la acogida hasta ahora por el Supremo.

III

1. La tesis de que la relación que media entre el asesinato y el parricidio es de *alternatividad*, a resolver, según lo dispuesto por el artículo 68, apreciando el delito con mayor pena, el de asesinato, ha sido sostenida con especial detenimiento por *Rodríguez Mourullo*. Como, además, lo ha hecho en referencia expresa a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, es oportuno empezar reseñando su planteamiento.

Antes de enfrentarse con la situación creada por la reforma de 1983, *Rodríguez Mourullo* se remonta a las regulaciones anteriores. Recuerda que los Códigos de 1870 y 1932, siguiendo la línea ya iniciada por el de 1848, preveían expresamente el carácter subsidiario del asesinato respecto del parricidio: «Es reo de asesinato el que sin estar comprendido en el artículo anterior...» Ello supondría que la relación existente entre parricidio y asesinato era entonces la de *subsidiariedad expresa*, la misma que en los mencionados Códigos existiría entre el homicidio, de una parte, y el asesinato y el parricidio, de otra, pues también se declaraba en ellos subsidiario el homicidio respecto a estos otros dos delitos (8). Más adelante veremos que no es admisible deducir sin más de la existencia de las mencionadas cláusulas legales la conclusión de que la relación existente es la que caracteriza al principio dogmático de la subsidiariedad expresa. Ahora, como en lo que sigue, nos limitaremos a exponer la opinión de *Rodríguez Mourullo*.

A juicio de este autor, la supresión de las cláusulas de subsidiariedad en el Código de 1944 impidió seguir afirmando la relación de subsidiariedad: «Si el propósito fuese el de continuar sosteniendo una relación de tal índole, lo lógico sería haber dejado las cosas como estaban» (9).

(8) Cfr. *op. cit.*, p. 351.

(9) Cfr. *op. cit.*, p. 352.

Pero tampoco cree posible *Rodríguez Mourullo* sostener que la relación existente entre parricidio y asesinato en el Código de 1944 y antes de la reforma de 1983 fuera la de *especialidad*, como entiende *Rodríguez Ramos* (10). Si fuera ésta la relación concurrente, subsistiría aun después del cambio de penalidades operado en 1983 —cosa que no acepta *Rodríguez Ramos*—, pues el principio de especialidad se impone aunque la Ley especial señale menor pena. Mas ocurre que no es la especialidad la que concurre, puesto que la Ley especial ha de requerir todos los elementos de la general más alguno otro, y no es éste el caso del artículo 405 respecto del 406. Yendo concretamente al caso que nos ocupa, «la calificación de parricidio con alevosía no comprende más notas del hecho que la calificación de asesinato alevoso con la agravante de parentesco». Ello delata la auténtica relación que, en opinión de *Rodríguez Mourullo*, se da entre el parricidio y el asesinato —desde el Código de 1944 y tras la reforma de 1983—: la relación de *alternatividad* (11).

Llegamos así al centro del discurso argumental de *Rodríguez Mourullo*: «La alternatividad surge cuando varias leyes contemplan un mismo hecho con arreglo a diversos criterios. Puede tratarse de disposiciones cuyo presupuesto es idéntico o que, aun teniendo cada una su propio campo de acción, presentan no obstante una zona común—. Esto último es lo que sucede con los artículos 405 y 406 del Código Penal. Cada uno de ellos configura un delito autónomo y tiene su ámbito particular, pero ciertos hechos —como el de la Sentencia que comentamos— caen indistintamente en la esfera de uno u otro». El artículo 68 del Código Penal se referiría a estos casos, cuando uno de los dos delitos en juego tenga señalada mayor pena. Según dicho precepto, habría que aplicar entonces la pena más grave. Ello no sucedía en la relación parricidio-asesinato antes de la reforma de 1983, por lo que, *a sensu contrario* cabía imponer cualquiera de las dos penalidades concurrentes. Ahora, en cambio, dada la mayor pena señalada al asesinato, habrá que entender que el artículo 68 impone en los casos planteados preferir esta calificación más grave (12).

2. Particular atención merecen también las observaciones que *Carbonell Mateu* ha dirigido a la tan citada Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986.

Empieza este autor criticando la afirmación de dicha Sentencia de que el parricidio es una figura privilegiada: «Muy al contrario, parece lógica la consideración del homicidio como figura básica, y

(10) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª ed., 1987, p. 48.

(11) Cfr. *op. cit.*, p. 354. De la misma opinión, ya antes de 1983, PUIG PEÑA: *Colisión de normas penales*, 1955, p. 91.

(12) Cfr. *op. cit.*, pp. 354 y s. En nota señala que la misma opinión había suscrito ya FERNÁNDEZ ALBOR: *Parricidio*, en COBO DEL ROSAL (Dir.): «Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal», t. V, v. 2.º, 1985, p. 873.

las de parricidio y asesinato como figuras agravadas». La Sala habría olvidado que no cabe relacionar únicamente parricidio y asesinato, sino que es preciso recordar que ambos delitos son especies del homicidio, lo que da lugar a una «relación trilateral» (13).

Sobre esta base pasa a rebatir la tesis del Supremo de que entre el asesinato y el parricidio media una relación de *especialidad*: «Si, para el Tribunal Supremo, el parricidio es una especie de asesinato —que sería ley general—, todo parricidio deberá ser, a su vez, asesinato». A su juicio, ello no es así: «El criterio de la especialidad lógica sólo nos dice que parricidio y asesinato son leyes especiales, subconjuntos, respecto del homicidio —que es el género, el conjunto—. Pero nada afirma respecto de la relación entre ambos» (14).

Tampoco admite Carbonell la existencia de relación de *subsidiariedad tácita*. Entiende que la subsidiariedad «tan sólo se da cuando existe una incompatibilidad valorativa entre ambas, porque expresan criterios valorativos contrarios», que es lo que sucedería entre el parricidio y el homicidio-suicidio del artículo 409, áquel agravatorio y éste atenuatorio del homicidio. Igualmente rechaza la concurrencia de *alternatividad* y de *consunción*. Para que se diese aquélla no sólo los criterios axiológicos deberían ser cualitativamente idénticos, sino también las penas iguales, y entonces sería indiferente la elección de una u otra calificación. Y para la consunción haría falta que uno de los delitos contuviera la totalidad del desvalor del otro. Ninguna de ambas cosas sucede entre parricidio y asesinato (15).

Para Carbonell, estamos ante un supuesto en que concurren dos calificaciones que abarcan por completo todo el desvalor y el reproche del hecho: asesinato con parentesco y parricidio con alevosía. Ello permitiría afirmar la presencia de *alternatividad*, en el sentido indicado, si las penas señaladas fuesen en ambos casos iguales. No siendo así, estaremos, en opinión de aquel autor, ante lo que Cobo/Vives llaman «consunción impropia», en que sólo el tipo más gravemente penado expresa la reprobación atribuida al hecho por el ordenamiento jurídico. La conclusión, por otra vía, acaba coincidiendo con la de los defensores de la presencia de *alternatividad* más arriba reseñados: aplicación de la calificación más grave, por imperativo del artículo 68 del Código Penal, o sea, la de asesinato con la agravante de parentesco (16).

(13) Cfr. CARBONELL MATÉU: *ADPCP*, 1986, *cit.*, p. 996.

(14) Cfr. *op. cit.*, pp. 996 y s.

(15) Cfr. *op. cit.*, p. 997.

(16) Cfr. CARBONELL MATÉU: *op. cit.*, p. 998. COBO/VIVES: *Derecho Penal, Parte General*, 2.^a ed., 1987, p. 123.

IV

Expuestas las razones de la jurisprudencia y de la doctrina, ha llegado la hora de tomar posición. No querría, sin embargo, caer en la discusión, poco fructífera, de cada uno de los principios de solución del concurso de leyes que han desfilado a lo largo de las páginas anteriores. Lo que importa realmente no es si la aplicación del artículo 68 responde al principio de alternatividad, al de subsidiariedad o al de consunción, sino si efectivamente es o no aplicable el criterio del artículo 68, en el sentido de dar preferencia a la calificación de asesinato con la agravante de parentesco. La multiplicidad de opiniones sobre la fundamentación de esta solución que hemos podido comprobar no hace sino reflejar la confusión terminológica reinante, sobre todo en nuestro país, acerca de los criterios de solución del concurso de leyes. En realidad sólo existe un acuerdo amplio en torno al principio de especialidad. Pero tal vez por ello convenga dejar de momento en un segundo plano la cuestión de la relación del problema aquí examinado y los diferentes principios de solución del concurso de leyes, que más puede contribuir a enturbiar que a esclarecer el tema de este trabajo. Este sigue siendo, a mi juicio, si procede o no la calificación de asesinato con la circunstancia de parentesco.

Esta sería, sin duda, la solución correcta, si se admite el punto de partida de la doctrina: que hay que elegir entre las calificaciones de parricidio con alevosía y de asesinato con parentesco. Entre ambas posibles calificaciones es evidente que no media la relación de especialidad, única que sin duda podría desplazar el imperativo del artículo 68, que conduce a la penalidad más grave. Pero, ¿son éstos los términos del problema? Mi tesis es que no, que el artículo 59 del Código Penal impide tener en cuenta como circunstancias modificativas genéricas la de alevosía en el parricidio y la de parentesco en el asesinato. Véamoslo.

Según el artículo 59 del Código Penal, «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». Pues bien, el planteamiento usual de la cuestión aquí debatida toma como circunstancias agravantes, que aumentan la pena según las reglas de la Parte General, la alevosía y el parentesco, pese a que ambas han sido expresadas por la Ley al describir los delitos de asesinato y parricidio, respectivamente. Ello se opone abiertamente a lo dispuesto por el citado artículo 59. La finalidad de este precepto es resolver los (aparentes) concursos de normas entre una circunstancia agravante genérica y una figura de delito que la prevé. El criterio que usa es el de *especialidad*, puesto que es más específico el tipo que prevé una circunstancia agravante que ésta, que es de aplicación general.

Pero, según esto, si no se pueden tener en cuenta, como circunstancias agravantes de la Parte General, ni la alevosía en el parricidio ni el parentesco en el asesinato, no es porque deba dejar de tomarse en consideración el contenido de aquellos elementos, sino porque tiene preferencia la aplicación de los tipos que *ya los describen*. No es el parentesco, como agravante genérica, lo que debe entenderse concurrente en el asesinato (como sostiene la doctrina dominante), sino el delito de parricidio junto al de asesinato. O, lo que viene a conducir a lo mismo, no es la alevosía la que debe estimarse en el parricidio (como declara el Tribunal Supremo), sino el delito de asesinato junto al de parricidio. Sobre el concurso de las agravantes mencionadas tiene preferencia el concurso de delitos que las expresan.

Se trata, por supuesto, de un *concurso ideal* (17). Si hay que prescindir, como impone el artículo 59, de la alevosía y el parentesco como circunstancias agravantes, es evidente que no basta ni el delito de parricidio ni el de asesinato para aprehender el total desvalor del hecho del que mata a uno de los parientes del 405 con alevosía. Es la situación característica del concurso ideal de delitos. Este se caracteriza, como el concurso de leyes, por realizar el hecho más de una figura de delito, pero se diferencia del concurso normativo porque ninguna de tales figuras delictivas es suficiente por sí sola para abarcar todos los aspectos del desvalor del hecho. En el concurso de leyes la duplicidad de éstas supone un *bis in idem*, y ésta es la razón profunda (de rango constitucional, según la concepción del principio *non bis in idem* por parte del Tribunal Constitucional) (18) por la que no pueden aplicarse a la vez y es preciso elegir una y desplazar la otra (19). Si no existe *bis in idem*, la pluridad normativa deberá prosperar. Es lo que ocurre en el concurso ideal de delitos. Y es el caso del hecho subsumible tanto en el parricidio como en el asesinato. La calificación de parricidio no basta porque no aprehende los elementos específicos del asesinato, y éste tampoco es suficiente porque no abarca el parentesco previsto en el parricidio. Es lo que sucede

(17) Afirma también la presencia de un concurso ideal de delitos en el caso examinado, BUSTOS: *Parte Especial cit.*, p. 38 y s.

(18) Sobre el principio *non bis in idem*, con sus implicaciones constitucionales, cfr. AGULLÓ AGÜERO: «*Non bis in idem*», *contrabando y tráfico de drogas*, en BOIX/RODRÍGUEZ-MARÍN/VIVES: «Problemática jurídica y psicosocial de las drogas», 1987, pp. 14 y ss.

(19) Alegan también el principio *non bis in idem* en este contexto COBO/VIVES: *Derecho Penal cit.*, p. 119, siguiendo a MANTOVANI. Pero tal vez no debiera seguir hablándose entonces de concurso *aparente* de normas, pues la aplicación del principio *non bis in idem* presupone, precisamente, que el hecho se halla previsto *realmente* en dos o más normas, puesto que su utilidad reside en que sin dicho principio habría que aplicar todas ellas. Ello permite explicar satisfactoriamente que la ley *desplazada* pueda tener efecto en algún caso, como cuando se deroga la ley preferente y no aquella otra, o para imponer un límite mínimo de pena superior al mínimo de la ley preferente, cuando sea más elevado que éste el límite mínimo de la pena prevista por la ley desplazada.

en el ejemplo arquetípico de concurso ideal, en el homicidio de una Autoridad. Hay que apreciar concurso de atentado y homicidio, porque ni este delito abarca el desvalor de ataque a la Autoridad, ni el atentado el desvalor del homicidio. No sería correcto —ni nadie lo propone— eludir aquí el concurso de delitos apreciando un único delito de homicidio con la agravante de ofensa de la autoridad del artículo 10.16.º Igualmente incorrecto es pretender la aplicación de un único delito de asesinato con la agravante de parentesco —como quiere la doctrina mayoritaria— o de parricidio con alevosía —como proclama el Tribunal Supremo—. Y si no es correcta ni una ni otra cosa es, sencillamente, porque, como vimos, el artículo 59 lo impide.

La solución del concurso ideal es, por lo demás, no sólo la que respeta el principio de especialidad de los tipos frente a las circunstancias agravantes (recogido en el artículo 59 del Código Penal), sino también la que respeta en mayor medida el *criterio* que inspira el artículo 68, que tiende a evitar injustificables privilegios. En cuanto a lo primero —respeto del principio de especialidad—, la vía propuesta permite descubrir lo que hay de atendible en la apelación del Tribunal Supremo al principio de especialidad. Es evidente que asiste la razón a los comentaristas más arriba reseñados cuando niegan que el principio de especialidad pueda desplazar el delito de asesinato en favor del de parricidio. Pero sí es cierto que apreciar como circunstancia agravante el parentesco dándole preferencia a la calificación de parricidio contradice el principio de especialidad recogido por el artículo 59 «por la razón simplísima —y *en este sentido* son más comprensibles estas palabras clave de la argumentación del Supremo— de que ello supondría desmembrar los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, *específica*... como es el parricidio, *extrayendo de su tipo* la circunstancia cualificativa de ser el agredido una de las personas ligadas con el agresor por cualquiera de los vínculos señalados en el primero de los preceptos citados, para conformar con ella una *agravación genérica* —la mixta del artículo 11...—». Lo que sucede, y olvida el Tribunal Supremo, es que lo mismo puede alegarse en contra de la apreciación de la alevosía como agravante del parricidio, como erróneamente pretende.

Decíamos, por otra parte, que la solución del concurso ideal de delitos es la más coherente con el criterio inspirador el artículo 68 del Código Penal, que es, como decíamos, el de evitar que deje de imponerse, sin motivo para ello, una pena prevista por la Ley. La apreciación del concurso ideal de parricidio y asesinato conduce a mayor pena que la calificación de asesinato con parentesco. De la misma forma que la doctrina cree injustificado que prevalezca sobre esta última calificación la de parricidio con alevosía, porque ésta supondría un privilegio injustificado, tampoco estaría justificado que prevaleciera el asesinato con parentesco sobre el concurso ideal de parricidio y asesinato, pues el artículo 71 conduce a una pena mayor

que la del asesinato con una agravante genérica: la pena del delito más grave en su grado máximo es en nuestro caso la del asesinato (reclusión mayor en grado máximo) en su grado máximo, mayor que la del asesinato en grado medio o máximo (artículo 61.2). En otras palabras, dentro del grado máximo de la reclusión mayor —que es el marco penal del asesinato—, el artículo 71 obliga a acudir al grado máximo (es decir, al grado máximo del grado máximo), mientras que el artículo 61.2 conduce al grado medio o máximo (es decir, al grado medio o máximo del grado máximo). Pues bien, dejar de aplicar la pena del concurso ideal supondría un beneficio no justificado, pues no hay ninguna razón para que el parentesco y la alevosía no desplieguen todos los efectos, de especial gravedad, que se prevén por la Ley a través de su tipificación específica en los delitos de parricidio y asesinato —del mismo modo que carecería de justificación pretender apreciar homicidio con parentesco en lugar de parricidio u homicidio con alevosía en lugar de asesinato.

Y no se diga que la solución del concurso ideal de delitos choca con la imposibilidad de afirmar dos delitos contra la vida cuando sólo se ha matado a una persona. El concurso ideal de delitos se distingue precisamente del concurso real en que no supone un hecho para cada delito, sino un solo hecho cuyo total desvalor sólo puede aprehenderse considerando que constituye dos o más delitos. No es una pluralidad fáctica lo que define el concurso ideal, sino una pluralidad normativa sobre una unidad de hecho. En ello se aproxima el concurso ideal al concurso de leyes, puesto que en ambos un sólo hecho es subsumible en varios preceptos penales. Podría incluso decirse —y tal vez con ello se evitara el equívoco que suscita la expresión «concurso de delitos»—, que el concurso ideal es un concurso de leyes efectivamente aplicables, mientras que el concurso de normas lo es de preceptos de los que sólo cabe aplicar uno. De ahí que la problemática práctica se centre generalmente en el deslinde del concurso de delitos y el concurso de leyes.

Para explicar la estructura lógica del concurso ideal de delitos puede ser útil la figura de los dos círculos secantes, que tienen un sector común y otro distinto. En el caso del parricidio-asesinato, la zona común es la muerte de un hombre y los sectores específicos, el parentesco, por una parte, y las circunstancias del asesinato, por otra. Sucede como en el ejemplo paradigmático del atentado-homicidio: hay aquí una zona común, que es la agresión a una persona, y una zona propia del homicidio, la muerte, y otra típica del atentado, el carácter de Autoridad de la víctima. Como el total desvalor del hecho se extiende a ambos círculos secantes, no basta ninguno de los dos por sí solo para aprehenderlo por completo. En realidad, nadie afirma que sea suficiente apreciar el tipo del asesinato o del parricidio para comprender todo el desvalor del caso aquí examinado: por ello siempre se afirma la necesidad de *añadir* agravante el parentesco —así

la doctrina—, o la alevosía —así el Tribunal Supremo—. Lo que ocurre, como hemos visto, es que esta vía de solución queda vedada por el artículo 59 y el principio de especialidad que recoge y le hace preferir la afirmación del tipo cuando la circunstancia agravante está expresada en él. Sólo subsiste, entonces, la aplicación del concurso ideal de los tipos que incorporan las agravantes mencionadas: el parricidio y el asesinato.

Lo dicho acerca de la imagen de los círculos secantes debería servir para invalidar en casos como éste la afirmación de *alternatividad* como modalidad de concurso de leyes (20). Una propia *alternatividad* puede explicarse también con ayuda de los círculos secantes, pero sólo cuando hay que elegir entre dos tipos que tienen una zona común y otra propia pero cuyos sectores diferenciales no pueden realizarse en un mismo hecho, son incompatibles. Así, por ejemplo, cuando hay que decidir si una apropiación constituye hurto o apropiación indebida: los elementos específicos de estos delitos no pueden realizarse a la vez, pues o bien la apropiación tiene lugar con las circunstancias de la apropiación indebida o bien en las del hurto. Pero la doctrina dominante ha llegado a la conclusión de que en estos casos no se da una verdadera situación de concurso de leyes, puesto que el hecho no es ya subsumible en ambas normas, que, por tanto, no llegan a entrar en colisión (21). De ahí que hoy suela optarse por prescindir del principio de *alternatividad* al exponer los criterios de solución del concurso de leyes. Por lo demás, la situación que se da en el concurso ideal es bien distinta: aquí los dos círculos secantes no sólo corresponden a los dos preceptos, sino que *el hecho realiza ambos círculos*.

Si, pese a todo lo expuesto, la vía del concurso ideal no ha sido seguida tradicionalmente en el caso aquí contemplado del parricidio-homicidio, ha sido posiblemente por una importante característica de nuestra regulación histórica de los delitos contra la vida. Ya se ha hecho más arriba mención del hecho de que en los Códigos de 1870 y 1932 el delito de asesinato se definía como figura subsidiaria respecto del parricidio, que además tenía entonces señalada mayor pena. Si sólo era reo de asesinato el que *no estaba comprendido en el artículo sancionador del parricidio*, resultaba evidente que no era posible el concurso de delitos entre aquellos dos delitos. Y adviértase que ello se debía a que en la definición del tipo de asesinato se incluía la característica negativa de ausencia del parentesco propio del parricidio. No es que *lo mismo* que en otro tiempo constituía concurso de leyes ahora pretendamos trocarlo en concurso de delitos: es que antes

(20) Como ejemplo de recurso en estos casos a la *alternatividad*, vid. RODRÍGUEZ MOURULLO: *Op. cit.*, p. 354. El equívoco se encuentra ya en ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, 1949, reimpresión de 1986, p. 496.

(21) Cfr. por ejemplo, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*, trad. y adiciones de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, 1981, p. 1036. MAURACH: *Tratado cit.*, II, p. 440.

el tipo de asesinato era distinto y no permitía subsumir en él, ni siquiera formalmente, la muerte de un pariente previsto en el tipo de parricidio. En puridad ello impedía incluso hablar de un propio concurso de leyes, pues éste presupone que un hecho es subsumible en los tipos en juego, cosa que no sucedía. La situación era distinta de la que se da cuando tras la definición de un determinado tipo se añade, *fuera del tipo y sin condicionar su contenido formal*, una cláusula de subsidiariedad expresa. En cualquier caso, el hecho es que la diversa configuración del tipo de asesinato en los Códigos de 1870 y 1932 impidió apreciar concurso de delitos entre el parricidio y aquel otro delito y acostumbró a la jurisprudencia y a la doctrina a resolver los casos de parricidio con alguna circunstancia del asesinato estimando esta circunstancia como genérica. A diferencia de lo que ahora ocurre, al hacerlo no se infringía entonces el tenor del artículo 59, porque no llegaba a plantearse el conflicto entre la circunstancia agravante genérica y el tipo de asesinato, que por imperativo legal no entraba en juego. Aunque el Código de 1944 suprimió el carácter subsidiario del tipo de asesinato e igualó su penalidad a la del parricidio, siguió acudiéndose por tradición a la solución tradicional de apreciación de parricidio con la circunstancia correspondiente del asesinato como agravante genérica. La inversión penológica operada por la reforma de 1983 había de poner de manifiesto la necesidad de revisar la fórmula tradicional, que en realidad ya había perdido con anterioridad su base legal. Pero, como intuitivamente ha visto el Tribunal Supremo, la solución no podía negar la presencia del parricidio pese a concurrir los elementos del artículo 405.

La *conclusión* aquí alcanzada —concurso ideal de parricidio y asesinato— satisfará, sin duda, el Tribunal Supremo en mayor medida que la propuesta por la doctrina dominante. Es perfectamente comprensible que la jurisprudencia se haya negado a «desmembrar» el tipo de parricidio y hacer sustituir esta figura especialmente prevista por la Ley por la apreciación de la circunstancia genérica de parentesco. Ya hemos insistido bastante en que ello se opone a las exigencias de la especialidad que rige, de acuerdo con el artículo 59, la relación entre tipos y circunstancias agravantes. El propio lenguaje común parece oponerse a tal desmembración. Parece extraño decir que quien mata a su padre deje de ser parricida por el hecho de que además lo haya efectuado con alevosía. Pero también será más aceptable por la ciencia una solución que no sólo evita lo anterior, sino también las consecuencias negativas de la fórmula jurisprudencial: la desmembración del asesinato, tan criticable como la del parricidio, y el resultado absurdo de que resulte más levemente penado quien mata con alevosía a uno de los parientes del 405 que quien da muerte a un extraño con aquella misma circunstancia.