

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid.

**La relación concursal parricidio-asesinato, después de
la reforma de 1983.**

I.— El problema de las relaciones que median, a efectos del concurso de leyes, entre las figuras delictivas del parricidio (artículo 405 del Código Penal) y del asesinato (artículo 406) adquirió una nueva dimensión a partir de la reforma de 1983.

En el texto legal hasta entonces vigente la pena señalada para ambos delitos era la misma, reclusión mayor. La citada reforma modificó la pena del asesinato, que es ahora la de reclusión mayor en su grado máximo (de veintiseis años, ocho meses y un día a treinta años), mientras mantuvo para el parricidio la de reclusión mayor en toda su extensión (de veinte años y un día a treinta años). De esta suerte el parricidio pasó a ser en abstracto un delito menos grave que el asesinato.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo se enfrentó por primera vez con la problemática que suscita la nueva regulación en su interesante Sentencia de 4 de Marzo de 1986, al tener que decidir si el hecho de dar muerte dolosa a uno de los parientes señalados en el artículo 405 del Código Penal, con la concurrencia de alguna de las circunstancias mencionadas en el artículo 406, integra un delito de parricidio definido y sancionado en el primero de los preceptos citados, con la agravante de responsabilidad que concurra o si, por el contrario, debe entenderse que, por aplica-

ción del artículo 68 del Código Penal, constituye un delito de asesinato agravado por la circunstancia de parentesco.

Los hechos enjuiciados por dicha Sentencia son los siguientes:

“Sobre las dos de la madrugada del día 7 de Diciembre de 1983 el procesado D.M.C., mayor de edad y sin antecedentes penales, cuya personalidad estaba afectada de alcoholismo crónico que le había producido deterioro orgánico y alteraciones psicológicas que, incidiendo en una situación de déficit intelectual, limitaba de modo importante sus facultades cognoscitivas y volitivas, sin anularlas, mantuvo una discusión con su esposa C.Y.J. de 34 años entonces, en el domicilio de ambos en el G., nº 18 de A., cuando ésta acudió a la cocina donde aquél se hallaba bebiendo ron para quitarle la botella de la que bebía, y en el curso de tal discusión, de modo inopinado y con un cuchillo canario de 16 centímetros de longitud de hoja, el procesado asestó a su mujer, que no pudo apercibirse del ataque, hasta diez puñaladas en diversas zonas de su cuerpo, de las que algunas se dirigieron sobre órganos vitales y una penetró en epigastrio a nivel de apéndice xifoides que perforó diafragma y estómago. Y que, en conjunto, ocasionaron una anemia aguda por hemorragia abdominal, que determinó su fallecimiento cuando era trasladada a un centro hospitalario de L.P. por la Guardia Civil y por parientes de ella y del procesado advertidos por una hija de éste”.

La Audiencia estimó que los anteriores hechos, que dió por probados, eran constitutivos de un delito de asesinato previsto y penado en el artículo 406-1ª del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 11, apreciada como agravante, y la eximente incompleta de enajenación mental del artículo 9-1ª, en relación

con el artículo 8-1ª, y condenó al procesado a la pena de veinte años de reclusión menor, a las accesorias de inhabilitación absoluta para cargos públicos y derecho de sufragio y al pago de las costas procesales.

La defensa del procesado interpuso recurso de casación alegando, entre otros motivos, la infracción, por aplicación indebida de los artículos 406-1 y 68 del Código Penal, por entender que los hechos deberían haber sido calificados, en todo caso, como constitutivos de un delito de parricidio del artículo 405, en función del principio de que la ley especial deroga a la general.

El Tribunal Supremo desestima el citado motivo de casación invocando el *principio de la pena justificada*, pero no sin antes razonar y señalar que la calificación correcta del hecho enjuiciado sería la de “*delito de parricidio con la agravante de alevosía, atenuado por la eximente incompleta de enajenación mental*”.

II.— El Tribunal Supremo indica, en primer término, que los delitos en juego habían venido sancionados de forma inversa a como en la actualidad se castigan y que en la reforma de 1983, “sin causa ni motivo alguno legal ni moral que lo justifique, se asigna al parricidio la pena de reclusión mayor en toda su extensión (extensión limitada a lo que resulte de la observancia de las reglas del artículo 61), mientras al asesinato se le castiga con la pena de reclusión mayor en su grado máximo”.

Después de la anterior advertencia, el Tribunal Supremo entra de lleno en el fondo del asunto, y concluye que el artículo 405 del Código Penal es ley especial y privilegiada respecto al 406, por lo que en el caso debatido no son de aplicación ni el artículo 68

ni el citado 406, que sólo resultaría aplicable a quienes atenten, con las circunstancias en dicho precepto señaladas, contra la vida de personas que no tengan con ellos la relación parental consignada en el artículo 405.

Estos son, literalmente transcritos, los razonamientos que se formulan en la citada Sentencia:

“— Llegados a este punto bueno es recordar, conforme a lo expresamente establecido en el artículo 68 del Código Penal, que los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de dicho Código lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos, debiendo señalarse a tal efecto que las infracciones lo han de ser en su integridad, es decir con el conjunto de circunstancias y hechos que integran la unidad de la acción delictiva, o sea, la totalidad de la conducta punible, con todos sus elementos objetivos y subjetivos de sostén, pero sin desproverla de ninguno de ellos.

— 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, íntegra, 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 de los preceptos citados, para conformar con ella una agravación genéri-

ca —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 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 de concurso de leyes inexistentes por las razones aducidas con anterioridad”.

III.— Le asiste plenamente la razón al Tribunal Supremo cuando señala que la reforma de 1983, en el extremo que aquí nos interesa, carece de todo motivo. No hay base alguna desde el punto de vista ético, social, jurídico o político-criminal que permita justificar la conversión del parricidio en delito menos grave que el asesinato, quebrando así la línea tradicional que estaba ya implícita en el Código de 1822 (especialmente en su artículo 609, que se refería a la muerte de ascendientes) y se mantuvo de forma explícita en los Códigos de 1848 (artículos 332 y 333), 1870 (artículos 417 y 418), 1928 (artículos 520 y 521) y 1932 (artículos 411 y 412).

En todos estos Códigos —como recuerda oportunamente la Sentencia comentada— la situación era exactamente la inversa a la actual: el asesinato se castigaba menos severamente que el parricidio.

La Ley de 5 de Julio de 1938 reformó la penalidad de ambos delitos, igualándola, criterio que recogió el Código de 1944 y se mantuvo en las revisiones posteriores hasta la referida reforma de 1983.

No hay fundamento alguno que permita considerar el delito de parricidio valorativamente menos grave que el de asesinato, sin que la tendencia doctrinal y legislativa que propugna la supresión del parricidio como figura autónoma (1) suponga que la muerte de un pariente deba considerarse siempre de menor gravedad que el asesinato (2).

Me parece, pues, que es inobjetable la afirmación contenida en la Sentencia de 4 de Marzo de 1986 de que la consideración del parricidio como delito menos grave que el asesinato carece de toda causa y motivo.

Más discutible es, en cambio, la relación de especialidad que la Sentencia establece a favor del parricidio.

La cuestión era ya opinable bajo la regulación legal anterior y de hecho la doctrina se mostró al respecto dividida. Para algunos autores la relación era de *especialidad* (3), mientras para otros era de *alternatividad* (4), sin que faltasen tampoco comentaristas para

(1) Cfr. A. Torío López, *Estudio de la reforma de los delitos contra la vida* (parricidio-asesinato), en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Bilbao 1983, pp. 94-95.

(2) Se pronunciaron asimismo en sentido crítico respecto a la reforma de 1983 en este punto, L. Rodríguez Ramos, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid 1985, p. 51; y M. Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, Madrid 1986, p. 57.

(3) Vid. L. Rodríguez Ramos, *Compendio* cit., p. 51.

(4) F. Puig Peña, *Colisión de normas penales (Concurso aparente de leyes punitivas)*, Barcelona 1955, p. 91.

quienes la relación era de *subsidiariedad*, siendo ley principal de aplicación preferente el parricidio (5).

Empezando por esta última posición, hay que decir que, efectivamente, los Códigos de 1870 y 1932, abundando en la línea ya iniciada por el de 1848, establecieron una relación de subsidiariedad expresa entre los delitos de parricidio, asesinato y homicidio. El asesinato debía ceder ante el parricidio (“es reo de asesinato el que sin estar comprendido en el artículo anterior...”) y el homicidio ante el asesinato y el parricidio (“es reo de homicidio el que sin estar comprendido en el artículo... matare a otro, no concurriendo las circunstancias enumeradas en el artículo...”) (6).

Se trataba de una subsidiariedad formal, explícitamente declarada por la ley, conforme a la cual el homicidio se define por exclusión y aparece con los perfiles propios de un “tipo de recogida”.

El sistema mereció ya las críticas de Groizard, porque obligaba a considerar las especies (parricidio y asesinato) antes del género (homicidio), siendo así que el conocimiento de los elementos característicos del género debe preceder al análisis de las especies (7).

La reforma de 1944 suprimió esa relación de subsidiariedad expresa (8), y no parece que haya sido vo-

(5) J.M^d Rodríguez Devesa, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 9^a ed., Madrid 1983, p. 57.

(6) Vid. G. Rodríguez Mourullo, *Dogmática de los delitos contra la vida en el Código Penal de 1870*, en *Comemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870*, Madrid 1970, p. 156.

(7) A. Groizard, *El Código Penal de 1870*, IV, 2^a ed., Madrid 1912, pp. 361-362.

(8) Cfr. F. Castejón, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de Diciembre de 1944*, Madrid 1946, p. 82.

luntad ni del legislador ni de la ley mantener entre los citados delitos una relación de subsidiariedad tácita. Si el propósito fuese el de continuar sosteniendo una relación de tal índole, lo lógico sería haber dejado las cosas como estaban.

A partir de la reforma de 1944 resulta, por tanto, muy difícilmente compartible la opinión de que la relación que media entre parricidio y asesinato es la de subsidiariedad.

Para algunos comentaristas la relación que existía con anterioridad a la reforma de 1983 era la de especialidad, de la que ahora habría que prescindir para evitar el absurdo de que resulte más benignamente castigado quien mata con alevosía al ascendiente o descendiente que quien mata al extraño concurrendo tal circunstancia.

En este sentido advierte Rodríguez Ramos: “Tal modificación, insuficientemente motivada, no sólo acentúa la gravedad del asesinato frente al parricidio sino que también surgen problemas concursales entre ambas figuras, que resolviéndose con anterioridad a la reforma en favor del parricidio por razones de especialidad (el que matare a su padre con alevosía, por ejemplo, era condenado por parricidio con la circunstancia agravante de parentesco), con posterioridad a la misma ya no es posible mantener dicho criterio, pues resultaría más favorable al reo matar con alevosía a los ascendientes o descendientes que a otros parientes no directos... No hay, pues, más remedio que considerar como delito más específico (o más grave, en atención al artículo 68) el asesinato y resolver a partir de la reforma los concursos de normas en favor de esta figura y en detrimento del parricidio” (9).

(9) L. Rodríguez Ramos, *Compendio* cit., p. 51.

Ahora bien, si la relación que mediaba entre ambos delitos antes de la reforma de 1983 fuese la de especialidad, siendo ley especial el parricidio, habría que admitir necesariamente que la misma relación subsiste después de dicha reforma y que la única solución posible —por absurda que resulte— es la que propugna la Sentencia de 4 de Marzo de 1986. Y ello por la sencilla razón de que la relación de especialidad no puede verse nunca afectada por una modificación que se refiere únicamente a la penalidad. La ley especial hay que continuar aplicándola con preferencia a la general aun cuando el hecho resulte castigado menos severamente. Es indiferente que la ley especial señale mayor o menor pena que la general, como se recuerda en la propia Sentencia que estamos comentando.

Lo que sucede, a nuestro juicio, es que la relación entre parricidio y asesinato no ha sido ni es de especialidad.

Ley especial es, por definición, aquella que reproduce todas las características de otra (ley general) a las que *añade* todavía ulteriores notas individualizadoras. El infanticidio del artículo 410 contiene todas las características del parricidio del artículo 405 a las que suma aún otras más especificadoras (sujeto activo sólo pueden ser la madre o los abuelos maternos; sujeto pasivo sólo el hijo o nieto recién nacido; el móvil ha de ser el de ocultar la deshonra, etc.).

En su aplicación práctica la ley especial se caracteriza porque está en disposición de captar más peculiaridades del hecho que la ley general.

Esta característica no se da en el caso que nos ocupa. Si calificamos el hecho de dar muerte a la esposa con alevosía indistintamente conforme al artículo

405 o de acuerdo con el 406, captamos en ambos casos exactamente los mismos elementos del hecho. La calificación de parricidio con alevosía no comprende más notas del hecho que la calificación de asesinato alevoso con la agravante de parentesco.

En realidad la relación que mediaba, y sigue mediando, entre ambos delitos es de “alternatividad” (10).

La alternatividad surge cuando varias leyes contemplan un mismo hecho con arreglo a diversos criterios. Puede tratarse de disposiciones cuyo supuesto 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.

Las varias disposiciones que contemplan el mismo hecho con arreglo a criterios diversos pueden señalar la misma pena o penas de distinta gravedad.

A este último supuesto se refiere el artículo 68 del Código Penal: “los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos, de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos”. De esta misma disposi-

(10) Vid. G. Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1977, pp. 117-118. También F. Puig Peña, *La colisión de normas*, cit., p. 91, quien expone como ejemplo de alternatividad el siguiente: “Si una mujer envenena a su marido la misma consecuencia podrá producirse, en principio, aplicando el parricidio con la agravante de veneno que el asesinato con la agravante de parentesco”.

ción se deduce, a *sensu contrario*, que cuando los dos o más preceptos señalen idéntica pena, el Tribunal tiene la posibilidad de aplicar indistintamente uno u otro precepto, según su arbitrio (11).

Esto es lo que sucedía precisamente con el parricidio y el asesinato antes de la reforma de 1983. En casos como el que nos ocupa, los hechos podían ser calificados indistintamente como parricidio con la agravante de alevosía o como asesinato cualificado por la alevosía con la agravante de parentesco. Que se viniese prefiriendo la primera de las calificaciones no significaba que ésta fuese la obligada ni que el parricidio fuese ley especial respecto al asesinato. No pasaba de ser una mera preferencia entre dos posibilidades igualmente válidas desde el punto de vista legal.

A partir de la reforma de 1983 la relación entre parricidio y asesinato pasó a ser un supuesto de alternatividad de los comprendidos en el artículo 68 del Código Penal, que obliga ahora a calificar los hechos como asesinato por ser el artículo 406 el que señala mayor sanción al hecho cometido (12).

(11) F. Puig Peña, *La colisión de normas*, cit., p. 93.

(12) En esta misma línea se pronunció A. Fernández Albor, *Parricidio*, en *Comentarios a la Legislación Penal. La Reforma del Código Penal de 1983*, tomo V, vol. 2º (Madrid 1985), p. 873: "A mi entender, la citada reforma de 1983 ha modificado profundamente esta relación, ya que si se estima que no se trata de un caso de especialidad deberá aplicarse el artículo 68 por tratarse de un caso de alternatividad, y hoy el delito que aplica mayor sanción es el asesinato y, por tanto, prevalente". En contra, M. Barbero Santos, *La reforma penal de la Monarquía Constitucional española*, en *Reforma Política y Derecho* (Madrid 1985), p. 313, nota 36, quien señala que si el argumento de Fernández Albor "fuese válido habría que considerar asesina, y no infanticida, a la madre que para ocultar su deshonra matase al hijo recién nacido por medio de veneno". Observación que no parece convincente, porque el infanticidio es sin duda ley especial respecto al asesinato y, por consiguiente,

El argumento que aduce la Sentencia de 4 de Marzo de 1986 de que “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 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 de los preceptos citados”, no es un argumento concluyente y resulta reversible.

En efecto la alevosía es en el artículo 406 tan elemento integrante de la infracción delictiva como el parentesco en el artículo 405, y, por ello mismo, el pretendido desmembramiento de elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma se produce, también, en idéntica medida, si se extrae del tipo del artículo 406 la circunstancia cualificativa de alevosía para conformar con ella una agravación genérica, luego referida al artículo 405.

El argumento sólo tendría cierto peso si se partiese de la idea de que mientras el parricidio es figura autónoma, el asesinato es mero homicidio agravado por determinadas circunstancias. Pero tal consideración del asesinato está hoy desechada prácticamente por todos, cualquiera que sea la opinión que de *lege ferenda* se sostenga respecto a la conveniencia de mantener la autonomía y sustantividad de di-

la relación entre ambos preceptos queda al margen de lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal siendo de obligada aplicación la ley especial aunque señale menor pena. Cfr. G. Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal Parte General* (Madrid 1977), p. 118.

cho delito y desde luego no la profesa la moderna doctrina jurisprudencial. Sirva de ejemplo, por sólo citar una resolución reciente, la Sentencia de 4 de Mayo de 1982, en la que insistentemente se atribuye a las circunstancias señaladas en el artículo 406, en su función cualificadora, la naturaleza de "*elementos constitutivos del delito*" y "*elementos constitutivos del tipo penal*".

En cualquier caso hay que decir que el problema, con el que por primera vez se enfrenta la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la interesante Sentencia que comentamos, fue creado innecesariamente por la inoportuna reforma de 1983. Una reforma tan absurda que permite sostener que la muerte alevosa del pariente es menos grave que la muerte alevosa del extraño y cuya falta de fundamento vino a reconocer ya la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal del mismo año, que vuelve a señalar idéntica pena (prisión de quince a veinte años) para el asesinato (artículo 140) y parricidio (artículo 141).