

Concurso de leyes, error y participación en el delito

(A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

I

Enrique Peñaranda Ramos ha irrumpido espectacularmente en la ciencia penal española. Su libro «Concurso de leyes, error y participación en el delito» (1), y el que había publicado un año antes sobre «La participación en el delito y el principio de accesoriadad» (2), ponen de manifiesto la aplicación de un rigor científico simplemente insuperable, un conocimiento y un manejo de la bibliografía juridicopenal que le permiten elaborar lo que en principio parecía inabarcable, y una familiaridad con los autores clásicos que a mí me parece cada vez más necesaria: porque no está escrito en ninguna parte que un libro de 1989 tenga que aportar mejores soluciones y razonamientos más convincentes que otro de 1919, de 1931 o de 1969, porque en Alemania una fascinante y fructífera aprehensión sistemática de los problemas y de las instituciones penales ha sido sustituida, desfavorablemente, por una tópica exasperante y caótica (sólo *Roxin*, con su genio, es capaz de avanzar sobre el solar de problemas inconexos en que se ha convertido la dogmática alemana), y porque todo ello demuestra qué razón tenía *Freud* cuando afirmaba que «no toda evolución significa un progreso».

(1) Civitas, Madrid 1991, 204 pp.

(2) Tecnos, Madrid 1990, 379 pp. Este libro constituyó la tesis doctoral de PEÑARANDA, de cuyo tribunal el autor de este artículo tuvo el honor de formar parte.

Rodríguez Mourullo, autor de los prólogos de las dos monografías, no oculta el orgullo que siente por su discípulo *Peñaranda*. Y ese orgullo lo sentimos también todos los que nos ocupamos de la dogmática juridicopenal; sobre todo, porque *Peñaranda* —y su ya decisiva obra investigadora— no constituye un caso aislado, sino que forma parte de una joven generación de profesoras y de profesores de Derecho penal que en los últimos años están publicando una producción de una calidad intelectual que les honra a ellos y que honra a la ciencia española.

II

1. a) *Peñaranda* mantiene la tesis de que entre los delitos contra la vida en sentido estricto (art. 405, parricidio; art. 406, asesinato; art. 407, homicidio; art. 409, inciso segundo, homicidio consentido; art. 410, infanticidio), cuya acción típica consiste en «matar», existe la siguiente relación: el art. 407 es el *concepto genérico* que abarca a todos los demás y los restantes tipos no son sino *especies* de ese concepto (3). De acuerdo con ello, en el «matar a otro» del art. 407 serían subsumibles todas las conductas siguientes: la muerte de alguno de los parientes del 405 y, al mismo tiempo, la de quienes no lo son; la muerte con alevosía o con alguna otra de las circunstancias cualificativas del asesinato y asimismo la muerte sin que concurra ninguna de esas circunstancias; la muerte de otro que consiente en que le priven de la vida, pero también la de quien está de acuerdo en que le maten; y, finalmente, tanto la causación de la muerte cuando se cumplen los requisitos del infanticidio del 410 (sujetos activos: madre o abuelos maternos; sujeto pasivo: hijo o nieto recién nacidos; móvil: ocultación de la deshonra de la madre) como cuando no se dan. El contenido del 407 sería por consiguiente, según *Peñaranda*, el resultado de un proceso de abstracción: eliminando todas las diferencias específicas contenidas en los arts. 405, 406, 409, inciso 2, y 410 se llegaría a lo que todos ellos tienen en común: «matar a otro», y, a su vez y lógicamente, y contemplando ahora la escala conceptual desde la cima de la pirámide, descendiendo desde el 407, y mediante la adición de sus correspondientes elementos diferenciadores, surgirían las especies del parricidio, del asesinato, del homicidio consentido y del infanticidio.

Esta comprensión de la relación conceptual entre los distintos delitos contra la vida constituye, en opinión de *Peñaranda*, un primer ar-

(3) Cfr. *Concurso de leyes*, pp. 38-39, 72, 148 y ss. y *passim*.

gumento contra la teoría que mantuve por primera vez en mi libro «Autor y cómplice en Derecho penal» (4) de que si, por ejemplo, un extraño induce a un hijo a matar a su padre, el inductor debe responder también por parricidio (5). Frente a mi razonamiento de que ese extraño no puede responder de un homicidio, porque este delito no se ha dado en la realidad, sino únicamente del que sí se ha cometido, esto

(4) 1966, pp. 272 y ss. Cuando la formulé era la posición minoritaria, pero desde entonces se ha convertido posiblemente en la dominante en la ciencia (indicaciones en PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 26-27, nota 5). La jurisprudencia sigue siendo partidaria, sin embargo, de la ruptura del título de imputación: tanto cuando el extraneus participa en que, por ejemplo, el hijo mate a su padre (el TS estima que en este caso el partícipe responde de un homicidio y el autor directo de un parricidio), como cuando el intraneus, por ejemplo, como inductor, convence a un extraño para que mate al padre del partícipe (el TS condena entonces al partícipe por parricidio y al ejecutor por homicidio) (referencias jurisprudenciales en GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 266-267). El TS se ha reafirmado en su tesis tradicional la última vez que, por lo que alcanzo a ver, se ha pronunciado sobre la participación de extraños en delitos especiales contra la vida: en la sentencia de 6 de noviembre de 1972, A. 4768 (referida a la intervención de sujetos no cualificados en un infanticidio), donde se expone lo siguiente: «La cooperación de extraños a la comisión del delito de infanticidio no desnaturaliza su prístina condición de asesinato ... y, por tanto, el que realiza hechos que contribuyen a la consecución del hecho punible queda al margen de la relación personalísima de la autora y recién nacido y recobra todo su sentido el hecho cometido con independencia del parentesco y los móviles del hecho, para encuadrarse, siendo extraño —como en el caso presente— en el verdadero significado de muerte alevosa del recién nacido, esto es: en un asesinato».

(5) Si bien con la concurrencia de una atenuante analógica del art. 11 en relación con el 9.10 (cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 285 y ss.). La apreciación de una atenuante se puede justificar también, prescindiendo de la relación 9.10-11 y de forma genérica, acudiendo a una interpretación teleológica, válida para todos los delitos especiales, caracterizados porque una cualidad personal agrava (delitos especiales impropios) o fundamenta (delitos especiales propios) la penalidad; pues si esa cualidad tiene efectos perjudiciales para aquel en quien concurren, entonces su ausencia debe atenuar a quien no pertenece al círculo estricto de autores. Cfr. en este sentido y por lo que se refiere a la participación de extraños en delitos especiales propios, la sentencia del TS de 12 de febrero de 1992, A. 1157: «Ciertamente, cuando se trata de las relaciones personales con el ofendido, el Derecho vigente sólo contiene una disposición referente a los elementos personales que modifican la responsabilidad (art. 60 CP). La Ley no contiene, por el contrario, una norma que establezca cuál es el criterio que se debe aplicar en aquellos casos en los que la circunstancia de la que carece el partícipe tiene una función fundamentadora de la punibilidad, como ocurre con las características de la autoría de los delitos especiales propios ... Sin embargo, es un imperativo del principio de proporcionalidad que la individualización de la pena debe adecuarse a la gravedad de lo ilícito de la culpabilidad y esta última, como es comúnmente admitido, es menor cuando menos es la entidad de lo ilícito. A partir de estos principios se debe aplicar el criterio del art. 60.1.º (efecto individual de las relaciones personales) en forma analógica *in bonam partem*, dado que la falta de la relación personal que fundamenta la punibilidad, debe tener efectos similares a los de una circunstancia atenuante. Esta solución ha sido propugnada ya en la teoría por varios autores».

es: de la muerte de un padre causada dolosamente por su hijo, esto es: de un parricidio (6), *Peñaranda* me objeta que el hijo autor en sentido estricto que mata al padre comete al mismo tiempo un homicidio (porque «mata a otro») y un parricidio (porque «mata a su padre») por lo que, en consecuencia, nada se opone a que el extraño partícipe responda por inducción a homicidio —*todo parricidio es también un homicidio*— porque él no es pariente de la víctima, mientras que al autor directo, cuya conducta es simultáneamente subsumible en el 407 y en el 405, se le debe aplicar este último precepto porque es el que prevalece frente al homicidio por un concurso de leyes en relación de especialidad (7).

En cambio, y por lo que se refiere a la inducción de, por ejemplo, un padre a que un extraño mate al hijo del inductor, *Peñaranda*, y a pesar de que estima que el concurso de leyes tiene, no naturaleza objetiva, sino *personal* (8), prescinde de esa característica personal del inductor (la de ser el padre de la víctima) y le hace responder por participación en un homicidio (9), dado que el hecho principal (muerte de un extraño) es un homicidio, y dado que, así como, según *Peña-*

(6) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 278-279: «Del extraño que interviene en un parricidio [la tesis dominante] dice que lo hace en un homicidio, a pesar de que los presupuestos típicos (muerte de un extraño por un extraño) de ese delito no existen... Estos parricidios de la doctrina dominante que aparecen y desaparecen ... que de pronto están ahí (para los autores en sentido estricto) y luego ya no están ahí (para los partícipes) suponen una construcción extraordinariamente rara que violenta la simple verdad de que el extraño que interviene en un parricidio lo hace en un parricidio». Véase también página 282: «El punto de partida dogmáticamente correcto lo es hasta tal extremo que sólo se puede formular tautológicamente: ... el extraño que participa en un parricidio ... ha de ser condenado por participación en un parricidio».

(7) «No se puede afirmar con rigor que castigar al extraño, que induce a un padre a dar muerte a su hijo o a una madre a matar a su hijo recién nacido para ocultar su deshonra, como partícipe de un delito de homicidio suponga hacerle responder de un hecho que en realidad no se ha cometido: si bien es cierto que en tales casos se han dado todos los requisitos para que el hecho principal pueda ser calificado como parricidio o infanticidio, respectivamente, también lo es que en él concurren todos los presupuestos que la ley exige para que se cumpla el tipo del delito de homicidio» (PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 38-39). Véase también pp. 148-149: «Entre el parricidio y el homicidio no existe una relación de exclusión, sino de especialidad en sentido lógico-formal (inclusión), y ... , en consecuencia, todo el que comete un delito de parricidio comete al mismo tiempo uno de homicidio del que no responde autónomamente en tanto que su punición está implícita en la de aquél».

(8) Cfr. *Concurso de leyes*, pp. 153 y ss.

(9) Esta es, en mi opinión, y porque concibo el concurso de leyes no personal sino objetivamente, la solución correcta, si bien al padre inductor habría que aplicarle la agravante genérica de parentesco (cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, páginas 284-285).

randa, todo parricidio es un homicidio, no todo homicidio es un parricidio (10)

La concepción de *Peñaranda* de que el homicidio del 407 es el concepto genérico que abarca, como especies suyas, a los tipos de los arts. 405, 406, 409, inciso 2, y 410, no puede convencer. Porque si en el supuesto de hecho del 407 estuviesen comprendidos, al mismo tiempo, también los de los restantes delitos contra la vida, entonces ello tendría que tener reflejo en la consecuencia jurídica, lo que quiere decir: la pena del homicidio tendría que extenderse entonces desde prisión menor, que es el castigo previsto para la modalidad menos grave (para el infanticidio), hasta reclusión mayor en su grado máximo, que es la sanción que se impone al delito contra la vida más grave: al asesinato; y en ese caso la pena del asesino alevoso —al mismo tiempo asesino, porque *mata a otro con alevosía* (art. 406, 1.^a), y homicida, porque *mata a otro* (art. 407)— sería, a pesar de que su conducta cumpliría los dos tipos, la de reclusión mayor en grado máximo, ya que el art. 406 restringiría esa hipotética pena del 407 de prisión menor a reclusión mayor en su grado máximo a *únicamente* este último tramo penal, que sería el previsto para aquellos «homicidas» del 407 que matasen de la forma *específica* prevista por el 406.

Pero como todo ello no es así, como el 407 tiene una pena de «sólo» reclusión menor, de ahí se sigue que en él no están incluidos, omnicomprensivamente, otros supuestos de hecho que tienen señaladas penas superiores (asesinato: reclusión mayor en su grado máximo, parricidio: reclusión mayor en toda su extensión) o inferiores (infanti-

(10) Véase PEÑARANDA, *La participación en el delito*, pp. 355-356: «Si se entiende el parricidio como un delito que se fundamenta en razones de carácter altamente personal, es posible dejar de aplicar la sanción agravada al partícipe extraño y sancionarle por el delito común de homicidio que se comete y se pena conjuntamente por aquél. En cambio, el pariente no podrá responder en *calidad de partícipe* por un parricidio, si el autor de la muerte no es también un sujeto cualificado» (subrayados en el texto original). Véase también *el mismo*, *Concurso de leyes*, pp. 189-190: «Si entendemos por 'hecho', en el sentido de los artículos 14 y 16, aquel comportamiento del autor principal que reúne el conjunto de las características definitorias de una determinada figura legal de delito —un entendimiento que, conviene advertirlo, no es unánime—, parece insostenible, en efecto, defender la ruptura del título de imputación en aquel primer grupo de casos. El sujeto que ejecuta la muerte de una persona con la que no le une relación de parentesco alguna no puede realizar, por definición, un hecho susceptible de ser valorado, conforme a la ley, como parricidio (acción de matar a un ascendiente, descendiente o cónyuge del agente) o infanticidio (acción de dar muerte a un recién nacido ejecutada por su madre o abuelos maternos para ocultar la deshonra de aquélla). Castigar a quien le instigó o auxilió a efectuar un comportamiento que únicamente puede ser calificado de homicidio como inductor o cómplice de un parricidio o infanticidio supondría ciertamente tanto como decir que ha tomado parte no ya en un 'delito', sino incluso en un hecho que no se ha cometido en realidad».

cidio: prisión menor) (11): es imposible que en el homicidio sea también subsumible *genéricamente* el supuesto de hecho del asesinato, cuando la pena del 407 no llega, por arriba, a la señalada para ese delito, ni que sea subsumible *genéricamente* el supuesto de hecho del infanticidio cuando, por debajo, la sanción del 407 tampoco llega a la del 410. Expresándolo de otra manera: El 407 sólo podría abarcar, tal y como defiende Peñaranda, *todo* (desde el 405 al 410) si abarcase realmente *todo*, es decir: los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas. Pero si no comprende las consecuencias jurídicas —y no las comprende porque el legislador ha decidido castigar el homicidio simple con reclusión menor—, entonces es que tampoco comprende los supuestos de hecho (12).

Por todo ello, me reafirmo en la siguiente tesis: El art. 407 no es, como piensa Peñaranda, el concepto genérico de todos los delitos contra la vida, sino que es, por el contrario, un tipo *residual*: en él sólo son subsumibles aquellas muertes que *no* tienen como sujetos pasivos a los especificados en el 405, en las que *no* concurren las circunstancias del 406, que *no* se llevan a cabo con el consentimiento de la víctima (409, inciso 2), y que *no* se causan ni por los autores ni con el móvil descritos en el 410. Y por todo ello también es dogmáticamente indefendible que el extraño que induce a un hijo a matar al padre pueda ser hecho responsable de una inducción a un *inexistente* homicidio, porque el autor directo, en contra de la tesis mantenida por Peñaranda, no ha co-

(11) Que el homicidio consentido (art. 409, inciso 2), a pesar de ser reprimido con la misma pena de reclusión menor del homicidio simple, debe ser considerado, no obstante, un tipo privilegiado frente al del 407 deriva de que la muerte de otro *sin* su consentimiento y por precio se sanciona, como asesinato, con los grados mínimo o medio de reclusión mayor en su grado máximo, mientras que la misma muerte por precio, pero *con* el acuerdo del sujeto pasivo, se castiga, como homicidio consentido con la agravante de precio (art. 10.2.º), con los grados medio y máximo de reclusión menor (cfr. GIMBERNAT, «Inducción y auxilio al suicidio», *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid 1990, páginas 284/285).

(12) Naturalmente que *lógicamente* es perfectamente viable construir un concepto genérico de «matar a otro» en el que sean subsumibles todas las modalidades *dolosas* de causación de muerte del Código Penal. Pero teniendo en cuenta la pena prevista para el 407, ese concepto genérico no está en el Código Penal, sino que es una creación del pensamiento que se encuentra *fuera de la ley positiva*, y que abarca, además de a las especies del 405, 406, 409.2 y 410, también a la especie residual del 407. Y continuando el proceso de abstracción, todavía se podría ascender en la escala y establecer un concepto genérico que abarcase no sólo a todas las causaciones *dolosas* de muerte, sino a todas las *punibles*, es decir: no sólo a las previstas del 405 al 410, sino también a las *imprudentes* (art. 407 en relación con el 565 o, en su caso, con el 586 bis); pero por supuesto que este concepto (más) genérico de muerte *punible* de otro, independientemente de cuáles son sus sujetos, sus móviles, sus formas de ejecución o su título doloso o imprudente de imputación, seguiría siendo un *concepto extralegal*, esto es: *no incorporado a ningún tipo concreto del Código Penal*.

metido un homicidio y un parricidio, sino solamente este último delito, dado que el homicidio del 407 tiene, *entre otros requisitos típicos negativos*, el de que la víctima no sea ascendiente, descendiente o cónyuge del autor directo.

b) Y lo que rige para la relación homicidio, por una parte, y, por otra, arts. 405, 406, 409, inciso 2, y 410, rige también, por dar un ejemplo más, para la relación entre el art. 514 (hurto) y los arts. 501 (robo con violencia o intimidación) y 504 (robo con fuerza en las cosas). Por consiguiente, el 514 no constituye el concepto genérico: «sustracción de una cosa mueble ajena» (13), que abarcaría esa sustracción tanto si se emplea violencia o intimidación, o fuerza en las cosas, como si no es ese el caso. Y no lo constituye, en primer lugar, porque así lo dice expresamente el Código Penal, que define precisamente al hurto especificando sus características positivas y *negativas*: «Son reos de hurto los que con ánimo de lucro y *sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas* toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño» (art. 514); y, en segundo lugar, porque si el 514 fuera un concepto genérico al cual se pudieran reconducir todas las modalidades de sustracción de una cosa (con violencia o intimidación, o sin ellas, con fuerza en las cosas o sin ella), entonces la pena tendría que abarcar desde la básica del hurto (arresto mayor) hasta la prevista para la sustracción más grave: la de reclusión mayor con la que se sanciona el robo con homicidio doloso. Por consiguiente y frente a *Peñaranda* (14) hay que mantener: Al igual que sucede en el homicidio, el hurto no es un tipo genérico, sino, por el contrario, un tipo *residual*: en él sólo es posible subsumir aquellas sustracciones que no van acompañadas ni de violencia ni de intimidación ni de fuerza en las cosas, elementos *negativos* del hurto éstos a los que, por lo demás y como ya se ha indicado, hace referencia *expresa* la misma letra de la ley.

2. En la teoría del error *Peñaranda* cree ver también ulteriores argumentos a favor de su tesis de que el homicidio del 407 es un concepto genérico en el que está incluido, entre otros supuestos de hecho, el del parricidio:

a) Como según la teoría dominante (15) el que, queriendo matar a un extraño, mata a su padre responde, por lo menos, de un *homicidio*

(13) El concepto genérico que abarca al 501, al 504 y al 514 es, como en el caso del «homicidio genérico» (véase *supra* nota 12), una construcción *lógica* que se encuentra *fuera de la ley*.

(14) Véase *Concurso de leyes*, pp. 176 y ss.

(15) Indicaciones en PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, p. 82, nota 86 y p. 145, nota 184.

doloso (16), de ahí deduce *Peñaranda* (17) que esa solución sólo es lógicamente viable para los que, como él mismo, conciben el homicidio como concepto genérico y no como tipo residual: para *Peñaranda*, si alguien, queriendo matar a un extraño, mata al padre, ese hecho constituye objetivamente tanto un parricidio como un homicidio, y como el primer delito, por faltar el dolo, no puede entrar en juego como tal parricidio doloso, no existe inconveniente alguno en calificar el hecho de homicidio doloso; pues en todo parricidio se daría objetivamente, siempre y al mismo tiempo, el tipo del homicidio del que aquél no es sino una especie. La aplicación del homicidio doloso a estos supuestos no la pueden fundamentar, en cambio y según *Peñaranda*, quienes concebimos el 407 como un tipo *residual*, ya que, según la teoría que defiende, si alguien, sin quererlo, mata al padre, ello afecta únicamente al dolo, pero el tipo objetivo que se ha dado en la realidad es el del parricidio: se ha matado al padre, y no el del homicidio, caracterizado, entre otras cosas y *negativamente*, porque se mata precisamente a alguien que no es el padre.

Frente a todas estas objeciones de *Peñaranda* hay que decir: Ciertamente que quien queriendo matar a un extraño mata al padre realiza *objetivamente*, no un homicidio, sino un parricidio, y que éste no se le puede imputar a quien no ha abarcado con el dolo la cualidad del sujeto pasivo; pero como esa conducta obviamente no puede quedar impune, porque el autor ha querido matar y ha matado a

(16) Un sector de la doctrina (referencias en PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, páginas 83 y 85, notas 87 y 88 y p. 142, nota 180) estima que responde, además y en *concurso ideal* y si la muerte del pariente era previsible, de un parricidio imprudente. Prescindiendo del problema de si el parricidio es o no inculparable en su forma imprudente, y aunque lo fuera (sobre esto véase *infra*, nota 19), en mi opinión en estos casos no puede entrar en juego un concurso ideal: estamos *siempre* ante un concurso de leyes, y *nunca* ante un concurso ideal, y ello como consecuencia del principio general del *non bis in idem*, cuando los tipos en conflicto cubren todos ellos, total o parcialmente, un *mismo* segmento de la realidad desvalorada; y si en los casos que nos ocupan aplicáramos un concurso ideal entre homicidio doloso y parricidio imprudente, entonces un *único* elemento del suceso —la muerte del padre— se vería sometida, a título de dolo, por una parte, y a título de imprudencia, por otra, a un doble juicio de desvalor. El concurso ideal entre dos delitos contra la vida es posible, sin embargo y por ejemplo, cuando un ocasionamiento de muerte empieza con alevosía y acaba sin ella (cfr. GIMBERNAT, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», *Estudios*, 3.ª ed., 1990, p. 272); pues los dos tipos en conflicto que entran ahí en juego en concurso ideal: el asesinato frustrado y el homicidio consumado, abarcan los *distintos aspectos* de la realidad desvalorada sin que ninguno de ellos sea sometido a un doble juicio axiológico de carácter negativo: como el asesinato alevoso frustrado se caracteriza porque se quiere matar a otro *con alevosía sin conseguirlo* y el homicidio doloso porque *se consigue matar a otro sin alevosía*, de ahí que no se produzca ningún solapamiento.

(17) Cfr. *Concurso de leyes*, pp. 141 y ss.

un ser humano, de ahí que, sobre la base de una aplicación directa o indirecta del art. 6 bis a) (18), se estime —y con razón— que en estos casos la responsabilidad criminal debe venir determinada «*como si*» el elemento de agravación —que se ha dado en la realidad, pero que el sujeto no conocía, quedando excluida, en consecuencia, la aplicación del tipo *doloso del 405*— no hubiera existido. Cuando el 6 bis a) expresa que la falta de dolo «excluye ... la agravación», ello no se puede entender en el sentido de que objetivamente no se ha dado la agravación —porque sí que se ha dado: se ha matado al padre—, sino sólo en el de que la pena se debe aplicar, acudiendo al tipo residual del 407, «como si» ese aspecto del acontecimiento no hubiera sucedido. El art. 6 bis a), por consiguiente, no convierte a lo que objetivamente —pero no subjetivamente— es un parricidio en un homicidio, sino que únicamente contiene una *regla de aplicación de la pena* que determina la imposición de la del tipo residual doloso para aquellos casos en los que el autor, que quiere matar a un extraño, realiza no obstante, imprudente o fortuitamente, el tipo objetivo del 405 (19).

(18) Que dispone, en sus párrafos 1 y 2, lo siguiente: «El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.— Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuera vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa».

Sobre cómo interpreta la doctrina la expresión: «elemento de agravación», cfr., ampliamente, PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 79-82, nota 85.

(19) Cuando el 6 bis a) 1 y 2 se refiere, por una parte, a «elemento esencial integrante de la infracción penal», y, por otra, a «elemento ... que agrave la pena», no está tomando posición —ni tiene por qué tomarla— sobre cuál es la relación lógico-conceptual entre los *distintos tipos* que protegen *un mismo bien jurídico*, sino que únicamente está *describiendo* lo evidente: que en esos tipos existen dos clases de elementos [existe un tercer elemento, el de atenuación, que puede incorporarse típicamente junto al elemento esencial, y del que nos ocuparemos *infra* c) bb) y ss.], y, además, *vinculando* diversas consecuencias jurídicas a las diferentes combinaciones imaginables de errores vencibles o invencibles que pueden tener por objeto esos dos elementos.

En el grupo de delitos de apoderamiento, por ejemplo, el elemento esencial es la *sustracción*, y el de *agravación*: la violencia o intimidación o la fuerza en las cosas, y el de *atenuación*, que surge cuando retiro el elemento de agravación, es: sin violencia, ni intimidación ni fuerza en las cosas. En el grupo de delitos de aborto, el elemento *esencial* es la interrupción del embarazo, el de *agravación*, actuar sin el consentimiento de la embarazada (411.1.º), y el de *atenuación* —que se produce cuando se *suprime* el de agravación— la práctica del aborto con el consentimiento de la mujer (411.2.º). En el grupo de los delitos contra la vida, el elemento *esencial* es causar la muerte de otro, el de *agravación* —y por operar sólo con un ejemplo de parricidio— la cualidad de *padre* del sujeto pasivo, y el de *atenuación* que la víctima no sea padre del autor.

Sobre la base de lo expuesto, y en referencia al caso que ahora nos ocupa (elemento esencial: causación de muerte, elemento de agravación: víctima-padre), pueden construirse las siguientes variantes:

b) Dentro todavía del error sobre los «elementos de agravación», pero referido, no ya al autor directo de un delito contra la vi-

Primera variante. Supuesto de hecho: Errores *invencibles* tanto sobre el elemento esencial (causación de la muerte) como sobre el de agravación (víctima-padre), porque el hijo, por ejemplo, echa azúcar en el café del ascendiente, ignorando que un tercero ha cambiado el edulcorante por cianuro. Consecuencia jurídica: «Exclusión de la responsabilidad criminal» [art. 6 bis a) 1].

Segunda variante. Supuesto de hecho: *Conocimiento* del elemento esencial y error *invencible* sobre el de agravación, porque, por ejemplo, el hospiciano, abandonado desde la infancia, mata a un desconocido quien, por un azar del destino, resulta ser su padre. Consecuencia jurídica: El elemento de agravación realmente existente no se tiene en cuenta, y entra en juego el tipo (art. 407) que describe la causación de muerte de no-parientes: «exclusión de la agravación» [art. 6 bis a) 1 *in fine*].

Tercera variante. Supuesto de hecho: *Conocimiento* del elemento esencial y error *vencible* sobre el de agravación, porque, por ejemplo, el autor podía haber previsto que aquel a quien quiso matar era su padre. Consecuencia jurídica: Esta tercera variante coincide en todo con la segunda: conocimiento del elemento esencial «causación de muerte» y error sobre el de agravación, diferenciándose sólo en que en la segunda este error es *invencible*, mientras que ahora es *vencible*. La pena a imponer es, por consiguiente y como en la segunda variante y en lo que coincide con ella, la del tipo (407) que describe la causación de muerte de no-parientes, mientras que por lo que se refiere al tipo agravado, y al ser error *vencible*, no se «excluye ... la agravación» [art. 6 bis a) 1], sino que «la infracción [en este supuesto, el parricidio] será castigada, en su caso, como culposa» [art. 6 bis a) 2 *in fine*], lo que abre la posibilidad de un concurso ideal entre homicidio doloso y parricidio imprudente, posibilidad que, sin embargo, debe ser rechazada, porque la doble imputación —como intencional y como negligente— de un *único* resultado (muerte) que afecta a un *único* bien jurídico lesionaría el principio *non bis in idem* (véase *supra* nota 16 y, más ampliamente, sobre concurso ideal y *non bis in idem*, GIMBERNAT, *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida*, ADPCP 1990, páginas 433 y ss.).

Cuarta variante. Supuesto de hecho: Error *vencible* sobre el elemento esencial causación de muerte e *invencible* sobre el de agravación, porque, por ejemplo, el conductor adelanta con su vehículo en un cambio de rasante y choca frontalmente con otro que viene en sentido contrario, matando a uno de los ocupantes del último vehículo, quien *casualmente* es el padre del conductor imprudente. Consecuencia jurídica: «Exclusión de la agravación», dado que el error sobre el elemento de agravación fue *invencible* [art. 6 bis a) 1 *in fine*], y responsabilidad por homicidio imprudente [art. 6 bis a) 2].

Quinta y última variante. Supuesto de hecho: Errores *vencibles* tanto sobre el elemento esencial como sobre el de agravación, porque, por ejemplo, el hijo conductor no respeta un «stop», muriendo en el accidente el padre que ocupaba el asiento del acompañante, con lo que lo previsible era que a quien se podía matar era precisamente al padre. Consecuencia jurídica: Este hecho constituye un parricidio imprudente, y es la única variante imaginable de aplicación de la posibilidad *expresamente prevista* en el 6 bis a) 2 de que el tipo agravado entre en juego como culposo. [Como es sabido, mi maestro, QUINTANO, mantuvo reiteradamente la tesis de que no admitían la incriminación imprudente los tipos que, en su forma dolosa, exigían, como el parricidio, un «dolo reduplicado» o «doble dolo» (cfr. sólo *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo I, vol. I, 2.ª ed., puesta al día por GIMBERNAT, 1972, p. 176); esta tesis de QUINTANO, que no es seguida por la jurisprudencia (véase, por todas, la sentencia del TS de 16 de noviem-

da, sino al *partícipe* de uno *contra la propiedad*, Peñaranda (20) sostiene, de acuerdo con la unánime —y correcta— doctrina jurisprudencial (21) y científica, que quien cree ayudar a, por ejemplo, un hurto, y finalmente y sin dolo coopera a un delito más grave contra la propiedad, porque el autor directo ejecuta, por ejemplo, y sin conocimiento del cómplice, un robo con homicidio, responde por participación, no en el delito efectivamente cometido, sino sólo en el del 514; esta solución, estima Peñaranda, únicamente se puede fundamentar de forma coherente, entendiéndolo que el autor directo realiza, al mismo tiempo, la especie —el robo con homicidio— y el género —el hurto—, por lo que en esos casos no existe ninguna contradicción lógica en imputar al autor directo un robo con homicidio, y al partícipe un hurto, pues este último delito, por ser un concepto genérico que abarca al robo con homicidio, también ha sido cometido por el ejecutor (22). Como ya sabemos y sin embargo, la explicación de todo ello es otra: El partícipe no ha contribuido *objetivamente* al tipo residual del hurto porque éste no se ha dado en la realidad: no se ha sustraído una cosa mueble *sin violencia* —que es un elemento típico negativo *expreso* del 514—, sino *con violencia*, dado que el autor directo ha matado dolosamente a otra persona; pero como *subjetivamente* el partícipe no conocía que el autor iba a matar al sujeto pasivo, de ahí que, sobre la base de la *regla de aplicación de la pena* del artículo 6 bis a), se le haga responder a aquél «*como si*» únicamente hubiera colaborado en el tipo residual del artículo 514.

bre de 1987, A. 8511), es, en mi opinión, y desde la entrada en vigor del 6 bis a) 2, incompatible con esta última disposición, que deja abierta la posibilidad de incriminación imprudente de tipos que, por constar de elementos esenciales y de agravación, exigen por definición, en su forma dolosa y de acuerdo con la terminología de mi maestro, el llamado «dolo reduplicado»].

(20) Cfr. *Concurso de leyes*, pp. 163 y ss.

(21) Cfr., por ejemplo, TS 17 de enero de 1991, A. 129, y, por todas, y en relación a la eventual responsabilidad por robo con homicidio de los partícipes, la declaración de principio de la sentencia del TS de 13 de noviembre de 1991, A. 8299: «*rompiéndose el título delictivo* complejo cuando los copartícipes convinieron la acción depredatoria con intimidación desconociendo el porte o empleo del arma o medio peligroso o cuando explícitamente acuerdan 'ab initio' excluir todo riesgo para la vida de la víctima».

(22) «La necesidad, por todos reconocida, de anudar la responsabilidad del partícipe, al menos en esos casos de error, al delito que queda desplazado para el autor por efecto del concurso de leyes, constituye un buen argumento, si no el mejor, para rechazar una concepción de dicho concurso que lo reduzca a un puro fenómeno de delimitación y exclusión recíproca de los tipos delictivos 'aparentemente' concurrentes» (PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, p. 188). Aunque no lo diga expresamente, de la exposición de PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 176 y ss., parece deducirse que considera a la relación hurto-robo igualmente una de género-especie.

c) aa) Finalmente y aun dentro del campo del error, *Peñaranda* cree ver otro argumento a favor de su tesis en el tratamiento que recibe el error in persona cuando el hijo, que quiere matar al padre, mata por equivocación a un extraño. Según la correcta doctrina dominante, este hecho debe ser reprimido, por lo menos, como un homicidio doloso (23). Desde su punto de vista, estima *Peñaranda*, esa solución no presenta ninguna dificultad de carácter lógico: como el homicidio constituye el concepto genérico de todos los delitos contra la vida, aquí se da tanto el elemento objetivo (se mata a otro) como el subjetivo (el que quiere matar al «padre» también quiere matar a «otro») del 407, por lo que es por este delito por el que debe responder, efectivamente, el autor. La existencia en estos casos de un homicidio doloso es imposible de fundamentar, en cambio y según *Peñaranda* (24), para quienes consideramos al art. 407 como un tipo residual; pues si el hijo quiere matar a su padre, pero mata a un extraño, ciertamente que lo que se ha producido *en la realidad* es el tipo del homicidio, pero como éste *no ha sido abarcado por el dolo* del autor porque no ha querido matar a «otro» (de acuerdo con la tesis del tipo residual, el «otro» del 407 habría de interpretarse en el sentido de, entre otras cosas, un «otro» distinto del padre), de ahí que, por faltar el dolo, no pueda entrar en juego un homicidio consumado (25).

A la vista de todo ello, *Peñaranda* estima que en estos casos, si se fuera consecuente con la tesis del tipo residual, el hecho debería calificarse, a lo sumo, además de como un eventual parricidio imposible (o, según otra tesis, como una eventual tentativa de parricidio) (26), como un homicidio *imprudente* (27). Pero «esta solución», prosigue *Peñaranda* (28), «sumamente consecuente con el punto de partida adoptado, presenta, sin embargo, algunos inconvenientes. En primer lugar, porque es difícilmente justificable desde un punto de vista valorativo: nadie duda que si el sujeto de nuestro ejemplo, en lugar de creer que iba a dar muerte a su padre, hubiese pensado que mataría a un extraño distinto del que realmente mató debería responder por un delito de homicidio doloso consumado, porque el error sobre la identidad de la víctima sería en tal caso irrelevante; no se puede explicar entonces por qué el haber querido cometer algo aún más grave (la

(23) En mi opinión y además y de acuerdo con un importante sector doctrinal (indicaciones en PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 140-141, nota 178), en concurso ideal con un parricidio imposible.

(24) Cfr. *Concurso de leyes*, pp. 163 y ss.

(25) Ya que «falta ... un dolo congruente con el tipo de ese segundo delito [sc. del homicidio]» (PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, p. 138).

(26) Véase *supra* nota 23.

(27) Cfr. PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 137 y ss.

(28) *Concurso de leyes*, pp. 139-140.

muerte de su padre) lleva a aplicarle una sanción potencialmente más leve que la prevista en el art. 407 (prisión mayor en su grado máximo, en vez de reclusión menor). Y en segundo lugar, porque para hacer responder al autor (a título de homicidio imprudente) de un resultado de muerte que en definitiva quiso producir, sería preciso plantearse la peregrina cuestión de si el error sobre la condición de extraño de la víctima era o no vencible: si el autor se hubiese preocupado de examinar ‘cuidadosamente’ que la persona contra la que dirigía su ataque era realmente su padre, su error podría reputarse invencible, quedando vedada de ese modo su punición por un delito de homicidio imprudente. Salta a la vista, pues, que la solución del concurso ideal de delitos entre tentativa de parricidio y homicidio imprudente es insatisfactoria».

bb) *Peñaranda* tiene razón en que es «insatisfactorio» solucionar estos casos calificándolos de concurso ideal entre tentativa (o delito imposible) de parricidio y homicidio imprudente. Pero esa solución que, según *Peñaranda*, es la única «consecuente» para los que consideramos al 407, no un tipo genérico, sino uno residual, la hace seguir *Peñaranda* de un concepto de congruencia que es tan absolutamente dominante (29) como equivocado, porque no tiene en cuenta el decisivo elemento de lo *implícito*.

Cuando se dice que *para que se pueda responder por un delito doloso* tiene que existir congruencia entre el acontecimiento objetivo —tanto por lo que se refiere a los elementos que *fundamentan* como a los que *agravan* la punibilidad— y el tipo subjetivo, todo ello tiene su buen sentido. Pues si el sujeto toma una cosa mueble ajena pensando que es propia —*incongruencia* entre el aspecto objetivo y el subjetivo sobre un elemento *fundamentador* de la punibilidad: la «ajenidad»— o mata a su padre pensando que es un extraño —*incongruencia* entre el aspecto objetivo y el subjetivo sobre un elemento de *agravación* de

(29) PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 77-78, toma expresamente «como punto de partida ... la observación de JESCHECK de que “el tratamiento del error de tipo descansa en un sencillo principio fundamental” que se podría formular del modo siguiente: “puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese conocimiento total o parcialmente, el mismo excluye el dolo”. Esta regla» —prosigue PEÑARANDA apoyándose en JESCHECK— «deducible tanto del § 16 I StGB como del artículo 6 bis a) del Código Penal español, permite afirmar, por lo pronto, que la responsabilidad a título de dolo por un delito consumado exige, en principio y como mínimo, dos cosas: por una parte, que se hayan cumplido todos los requisitos típicos objetivos del delito en cuestión; por otra, que tales requisitos hayan sido captados por el dolo del agente. Si falta sólo lo primero puede surgir, aunque no surge necesariamente, una responsabilidad por tentativa (o frustración) de ese delito; si falta lo segundo cabe, en su caso, una responsabilidad por imprudencia» (subrayados en el texto original).

la punibilidad: la condición de ascendiente de la víctima—, esos hechos tienen obviamente *menor entidad desvalorativa* que los que cometen quien sustrae algo «ajeno», sabiendo que lo es, o quien lleva a cabo la muerte de su padre sabiendo igualmente que lo es. Y como los dos primeros casos son *menos graves* que los dos segundos, de ahí que sea de toda justicia calificar el primer hecho de un hurto fortuito o imprudente (y, por tanto y en cualquier caso, impune), de castigar el segundo *como si* fuera «sólo» un homicidio doloso (30), y de sancionar los dos últimos como, respectivamente, un hurto y un parricidio dolosos.

La situación es distinta, en cambio, cuando *dentro de un grupo de delitos que protegen el mismo bien jurídico*, la congruencia ha de ser establecida en relación a un elemento que *atenúa* la punibilidad. Acudiendo a sólo dos ejemplos al margen de los delitos contra la vida, ello es lo que puede suceder, por ejemplo, en el aborto y en los delitos de apoderamiento.

El aborto viene regulado en el CP básicamente mediante dos tipos *excluyentes*: el aborto sin el consentimiento de la embarazada (artículo 411.1.º) y el efectuado con su consentimiento (art. 411.2.º). De ahí que si el autor piensa que la mujer no consiente, cuando en realidad sí que estaba de acuerdo con la interrupción del embarazo, la doctrina dominante, y, con ella, *Peñaranda*, tendría que calificar el hecho de un aborto imposible del 411.1.º en concurso ideal con un eventual aborto imprudente del 411.2.º (pues el elemento de atenuación, consentimiento de la embarazada en el aborto, no habría sido abarcado, eso se dice, por el dolo del sujeto), y condenar, teniendo en cuenta que el aborto imprudente sólo es punible en el supuesto del artículo 412, únicamente por el primer delito imposible de aborto; con ello, se castigaría más a quien, *sabiendo* que la embarazada estaba de acuerdo, causa un aborto con la anuencia de aquélla (delito doloso consumado del 411.2.º) que a quien realiza un comportamiento más grave: causa el mismo aborto consentido, pero lo lleva a cabo *pensando* que, además, lesiona un ulterior bien jurídico: la libertad de la mujer, porque cree equivocadamente que ésta se opone a la interrupción.

Un segundo ejemplo paralelo al anterior sería el de quien rompe a martillazos un arca abierta —pensando erróneamente que estaba cerrada— y se apodera de su contenido. El tipo del 504.3.ª no concurre objetivamente, ya que, en primer lugar, y desde un punto de vista literal,

(30) Véase *supra* II 2 a).

el arca no estaba «cerrada», sino abierta, y ya que, en segundo lugar y sobre la base de una interpretación teleológica, no existe robo cuando el propietario no ha colocado obstáculos materiales de protección. En principio, pues, la solución debería ser la de calificar estos hechos de robo imposible en concurso con un en todo caso impune hurto imprudente (31), un resultado injusto, porque si se hubiera hecho algo menos grave: sustraer el mismo objeto a martillazos, pero sabiendo que el arca que se rompía estaba abierta, la responsabilidad por hurto doloso consumado (en concurso con unos simples daños causados sobre el mueble) estaría fuera de discusión.

cc) En las págs. 77 y ss. de su «Concurso de leyes», Peñaranda examina, de la mano de la literatura científica, el desconcierto que provoca en ella la existencia de esta clase de supuestos en los que la letra de la ley excluye *expresamente* («con el consentimiento», «sin violencia ni intimidación ni fuerza») la posibilidad de considerar conceptos genéricos a los tipos menos graves del grupo de delitos en cuestión (aborto: 411.2.º, sustracción: 514), y los intentos de encontrarles solución en los *tipos objetivos* a los que, como si fueran maleables, se les trata de estirar para que, según los casos, abarquen más supuestos de lo que permite su sentido literal posible. Pero todos estos intentos de solución están condenados al fracaso, porque los tipos objetivos no son maleables, sino que son, por el contrario, inflexibles, ya que en ellos se plasma el *principio de legalidad penal*; de ahí que quien aborta con el consentimiento de la mujer o fractura un arca «no cerrada» estén realizando, independientemente de que los autores piensen que obran en contra de la voluntad de la mujer o de que rompen un arca «no cerrada», únicamente los tipos objetivos de, respectivamente, el 411.2.º o el 514.

dd) Otra vía a la que acude la literatura científica —cuando comprende que las posibilidades de extender el ámbito de aplicación literal de los tipos objetivos es limitada— para salir de la trampa que ella misma se ha tendido con su concepto de congruencia, es el de formular propuestas de *lege ferenda*, solicitando la intervención del legislador (32). Pero sobre estas propuestas hay que decir.

En primer lugar, que es absolutamente legítimo el procedimiento seguido por el legislador de delimitar los distintos tipos que protegen

(31) El hurto sería imprudente porque el elemento delimitador de atenuación: «sin fuerza en las cosas», del 514 no habría sido abarcado por el dolo del autor, que pensaba que el arca estaba cerrada.

(32) Cfr., nuevamente, PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 77 y ss.

a un bien jurídico sobre la base de establecer factores de agravación (aborto sin el consentimiento de la embarazada, sustracción con violencia o intimidación en las personas o con fuerza en las cosas, muerte con sujeto pasivo ascendiente) o de prescindir de ellos, lo que lleva entonces a introducir factores de atenuación (aborto con el consentimiento de la embarazada, sustracción sin violencia o intimidación en las personas y sin fuerza en las cosas, muerte sin sujeto pasivo ascendiente).

Y en segundo lugar, que la solución legislativa que se pretende ni es plausible ni tendría prácticamente campo de aplicación (33). Porque esa solución consistiría, en el caso del aborto, en crear un *nuevo* tipo, que ahora sí que sería *genérico*, que castigase la práctica de un aborto *tanto con como sin el consentimiento de la embarazada*; pero como en cualquier aborto sólo existen *dos posibilidades*: o se actúa con (411.2.º) o en contra (411.1.º) de la voluntad de la mujer, el ámbito de ese nuevo tipo *genérico* quedaría limitado a los raros supuestos en los que el sujeto practica un aborto creyendo que la embarazada se opone, cuando ello no es así. En el caso de la sustracción, en crear un *nuevo* tipo, igualmente *genérico*, que castigase el apoderamiento con violencia o intimidación o sin ellas, con fuerza en las cosas o sin ella, y cuyo prácticamente nulo ámbito de aplicación quedaría reducido a los raros supuestos en los que el sujeto realizase una sustracción creyendo que concurre la violencia, la intimidación o la fuerza en las cosas, a pesar de que no era eso lo que sucedía en la realidad. En el caso de los delitos contra la vida, finalmente, en introducir un *ulterior* tipo —asimismo de carácter *genérico* y no como el vigente 407 que, como he tratado de demostrar, es residual— que comprendiera la muerte de ascendientes, descendientes y cónyuge, y la muerte de no-ascendientes, no-descendientes y no-cónyuge, la muerte con el consentimiento y sin el consentimiento de la víctima, etc., y que sólo podría entrar en juego en los casos de laboratorio de quien, por ejemplo, matase a un extraño creyendo que era su padre.

La supuesta necesidad de estas esotéricas reformas legislativas —que serían ininteligibles para cualquier jurista que no fuera especialista en Derecho penal— encuentra su explicación en que la doctrina científica piensa que aquí estamos ante un problema de tipos objetivos, cuando la realidad es que esas aparentes dificultades tienen su origen en unos conceptos de la congruencia y del dolo que no se quieren poner en cuestión. Pero que, porque no tienen en cuenta el elemento de lo *implícito*, hay que ponerlos en cuestión.

(33) Más críticas a esta hipotética «solución legislativa», *infra ff in fine*.

ee) Si el autor ignora un factor de *agravación* realmente existente: por ejemplo, no sabe que la embarazada se opone al aborto, es lógico y equitativo que se le aplique el 6 bis a) y que se le castigue *como si* la oposición de la mujer no se hubiera dado en la realidad. Pero ese tratamiento no se puede trasladar automáticamente al caso inverso, cuando el problema va referido a un factor de *atenuación*: no se puede privilegiar igualmente al autor, y decir que, independientemente de la eventual imputación de un delito imposible del 411.1.º, *sólo existe, como mucho, un impune aborto imprudente*, cuando creía que obraba en contra de la voluntad de la embarazada, siendo así que ésta estaba de acuerdo en la interrupción del embarazo. Por qué el primer caso es distinto del segundo y por qué, en consecuencia, no pueden recibir ambos el mismo tratamiento, deriva de la siguiente evidencia: mientras que de quien está dispuesto a provocar un aborto con el consentimiento de la mujer, no sabemos si lo habría hecho también en el caso de que ésta se opusiera, quien es capaz de interrumpir un embarazo aunque la gestante se oponga, *implícitamente* también lo habría interrumpido aunque hubiera prestado su acuerdo. Y análogamente: quien está dispuesto a sustraer un objeto rompiendo un arca, también está dispuesto a hacerlo *implícitamente* si le ponen las cosas aún más fáciles porque el recipiente está abierto; y quien es capaz de matar a un ser humano que, además, es su padre, es que *implícitamente* es capaz de matar a un ser humano sin más.

ff) Con ello llegamos a la verdadera relación existente entre, por ejemplo: 411.2.º-411.1.º, 514-501 y 504, 407-405. No es una relación de género-especie porque en el «con consentimiento de la embarazada» no está contenido (sino excluido) el «sin consentimiento», en el «sin violencia ni intimidación ni fuerza» no está contenido (sino excluido) el «con violencia, con intimidación o con fuerza», y en el «víctima no ascendiente» no está incluido (sino excluido) el «víctima-ascendiente». Se trata, por el contrario, de una relación de exclusión y residual: el 411.2.º es el aborto residual después de retirarle el «sin consentimiento»; el 514 es la sustracción que queda después de quitarle la violencia, la intimidación y la fuerza; y el 407, finalmente, es la causación de la muerte a la que se ha restado, entre otros elementos, el carácter de ascendiente de la víctima. Y, sin embargo, el que quiere el 411.1.º, el 504 o el 405, quiere también *implícitamente*, y respectivamente, el 411.2.º, el 514 o el 407. Pero no porque la relación entre los tipos en cuestión sea la *lógica de género-especie* (plus-minus) —lógicamente es la de aliud-aliud— y porque, por consiguiente, quien quiere el género quiere también la especie, sino porque la relación es la *valorativa de más grave-menos grave*: y

quien está dispuesto a lesionar el bien jurídico concurriendo elementos de agravación, también *está implícitamente de acuerdo* en hacerlo aunque dichos elementos no estuvieran presentes (34): si el autor, porque le ha tiranizado desde la infancia, llega tan lejos que mata a quien cree que es su padre, también le habría matado aunque hubiera conocido la (menos grave) realidad: que el marido de su madre no era su progenitor, porque el embarazo había sido consecuencia de una relación sexual extramatrimonial que la madre había ocultado a su hijo (35). Por consiguiente: la relación entre, por ejemplo, el 407 y el 405 no es la *lógica* de que quien quiere el género quiere también la especie (plus-minus logico), sino la *normativa* de que quien quiere lo más, también quiere, implícitamente, lo menos grave (plus-minus, pero de carácter valorativo).

Peñaranda, siguiendo a la doctrina dominante, parte de una idea de la congruencia —y, con ello, del dolo— que no puede convencer, porque el dolo no es una construcción *lógica*, sino, por el contrario, una *valorativa*: nadie quiere provocar, al mismo tiempo, un aborto con y sin el consentimiento de la embarazada, como nadie quiere tampoco sustraer una cosa simultáneamente con fuerza en, pero, también, sin fuerza en las cosas. El dolo no va referido a *conceptos lógicos genéricos*, sino a *hechos desvalorados concretos*. Quien pensando que el arca está cerrada —sin estarlo— la fractura apoderándose del objeto que se encuentra en su interior, realiza el tipo del 514 dolosamente, no porque ese dolo abarque un concepto genérico producto de la lógica (sustracción de una cosa, tanto con como sin fuerza en las cosas), sino porque quien quiere lo más (grave): es capaz de romper un mueble que cree cerrado para sustraer su contenido, quiere lo menos (grave): con ese

(34) A lo largo de esta exposición, y para no oscurecer con ulteriores cuestiones lo que ya es de por sí suficientemente complicado, hemos operado con ejemplos de dolo directo de primer grado, en los que se persigue directamente el resultado producido; pero lo que rige para el dolo directo, rige también para el dolo eventual: quien con su conducta está dispuesto a someter al bien jurídico a un muy alto riesgo de lesión concurriendo elementos de agravación, implícitamente también haría lo mismo aunque esos elementos no se dieran.

(35) A diferencia de lo que sucede en los delitos contra la propiedad, donde si uno está dispuesto a apoderarse de una cosa con fractura de objetos cerrados, con mayor motivo aún estará dispuesto a efectuar la sustracción si el arca está abierta, independientemente de cuál sea *en concreto* el objeto ajeno con el que se va a enriquecer, en los delitos contra la vida, por lo general, el autor no quiere matar a cualquier habitante del planeta, sino a una persona determinada; pero este dato de la identidad no tiene mayor importancia, porque lo relevante es *que* se quiere matar y no *por qué* se quiere matar: de ahí que si el autor persigue matar a su enemigo A y mata, sin embargo y por equivocación, a su mejor amigo B, no por ello dejará de responder de un homicidio doloso, aunque si hubiera sabido quién iba a ser su víctima nunca habría actuado.

hecho está demostrando, implícitamente, que también habría llevado a cabo la sustracción con el arca abierta.

III

Resumo todo lo expuesto hasta ahora.

El art. 407 no es el concepto genérico de todos los delitos contra la vida. En primer lugar, porque si el 407 comprendiera a todos los *supuestos de hecho*, desde el 405 al 410, tendría que comprender asimismo a todas las *consecuencias jurídicas* de éstos, desde prisión menor hasta reclusión mayor en su grado máximo. En segundo lugar, porque la calificación como homicidio doloso de la conducta de quien da muerte a su padre pensando que es un extraño, no significa que ahí se dé el tipo objetivo del homicidio, sino únicamente que, dado que el autor no ha aprehendido ese factor de agravación, ello se tiene en cuenta dentro del marco de penalidad aplicable y se le castiga «como si» el desconocido elemento agravante no hubiera existido. Y, finalmente, porque quien acepta lo *desvalorativamente más*: matar a quien cree que es su padre, sin serlo, acepta obvia e implícitamente también lo *desvalorativamente menos*: matar a esa persona aunque no fuera su padre: de ahí que al darse tanto el tipo objetivo como el subjetivo del homicidio, deba responder por éste (en concurso ideal con parricidio imposible).

IV

Peñaranda ha construido su monografía sobre la base de las relaciones lógicas entre concurso de leyes, error y participación y por ello no se ocupa —ni tenía por qué hacerlo— de ulteriores argumentos distintos de los lógicos a los que yo acudía en «Autor y cómplice en Derecho penal» para fundamentar mis soluciones (36), y en los que, sin embargo y ahora, quiero volver a insistir.

(36) Por otra parte, hasta ahora nadie ha intentado rebatir el contenido de los cuadros que figuran en las pp. 286-287 de mi «*Autor y cómplice en el Derecho penal*», y en los que trato de fundamentar mis tesis, también y además, con unos criterios de justicia material (penalidad diferenciada por la distinta gravedad que existe entre los comportamientos del hermano que induce al hermano a matar al padre de los dos, del extraño que induce a un hijo a matar a su padre, del padre que induce a un extraño a matar al hijo del inductor, y del extraño que induce a un extraño a matar a otro extraño) que me parece que siguen plenamente vigentes.

Cuando *Peñaranda* afirma que el extraño que ayuda a un hijo para que éste mate a su padre debe responder por participación en homicidio, la solución a la que llega coincide en los resultados, aunque no en la fundamentación, con la tradicional, que es la que sigue manteniendo el Tribunal Supremo (37), que argumenta todo ello con el art. 60 (38).

Pero esa argumentación con el art. 60 tampoco puede prevalecer contra las tesis que aquí se defienden. Si el régimen de agravantes no opera en la construcción de los tipos específicos de los delitos contra la vida: porque la concurrencia del parentesco en una muerte —en contra de lo dispuesto en el 61.2.^a— no condiciona la imposición de la pena de reclusión menor en sus grados medio o máximo, sino la de reclusión mayor; porque la presencia de una atenuante en el parricidio no trae consigo —en contra de lo dispuesto en el 61.3.^a— la imposición de la pena de reclusión menor en toda su extensión, sino la de reclusión mayor en su grado mínimo; y porque, *a pesar de la presencia de la «agravante» de parentesco* —y en contra de lo dispuesto en el 61.5.^a— es posible imponer la pena inferior en uno o dos grados a la de reclusión mayor si el autor está cubierto por dos o más atenuantes o por una sola muy cualificada. Si todo ello es así —y así es—, entonces es que para los delitos contra la vida, y, en general, para los delitos especiales ha quedado derogado todo el régimen de las circunstancias genéricas y, con ello, también el del art. 60.

Y ello no podía ser de otra manera. Porque ese régimen está pensado para determinar la pena cuando ésta está sujeta a leves oscilaciones de matiz, por lo que es lógico y justo que en un aborto en el que el autor actúa con la circunstancia subjetiva de precio (39), se imponga —dentro

(37) En cambio, y como ya se ha reflejado supra II 1 in fine y a pesar de que PEÑARANDA parte de una concepción *personal* del concurso de leyes, cuando es el padre el que induce a un extraño a matar al hijo del inductor, PEÑARANDA se aparta de la tesis jurisprudencial y estima que ese inductor lo es, no de un parricidio, sino de un homicidio, coincidiendo ahí, por consiguiente, con la solución que doy a ese grupo de casos, si bien yo aplico al partícipe intraneus la agravante de parentesco (cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 284-285).

(38) Que dispone: «Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurren.— Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación al delito».

(39) El TS mantiene que el precio sólo agrava la pena de quien lo recibe («cometer el delito mediante precio»), pero no de quien lo pagó. Véase TS 5 de noviembre de 1985, A. 5377, y para la jurisprudencia anterior, y en relación al delito de aborto, QUINTANO, *Tratado I*, vol. I, 2.^a ed., Madrid 1972, pp. 643-644.

de la misma pena de prisión menor— el grado medio o máximo al autor directo y el grado mínimo o medio al partícipe inductor o cooperador necesario sobre la base del art. 60. Pero cuando en la causación de muerte el precio ya no opera para el ejecutor con esas leves oscilaciones *dentro del mismo marco penal*, sino que dispara la pena desde reclusión menor (art. 407) hasta la de reclusión mayor en su grado máximo (406.2.^a), entonces, si ese factor de agravación tiene unos efectos tan devastadores para el autor directo, no se comprende que ello no tenga ninguna repercusión en el partícipe y que éste responda sólo por homicidio como si la muerte no hubiera sido ejecutada por un mercenario (40). Además: si, como piensa el TS, el art. 60 fuera aplicable a los delitos especiales impropios, también y consecuentemente debería tener vigencia para los propios, en el sentido de no aplicar al partícipe la circunstancia de agravación subjetiva que no concurre en él, sino sólo en el autor directo. Pero si se estima que al partícipe no funcionario en una prevaricación, esto es: en un hecho que consiste en dictar una resolución injusta, prevaleciendo el culpable de su carácter público (art.10.10), no le puede perjudicar esa circunstancia personal, entonces —y como aquí, a diferencia de lo que sucede en el delito especial impropio, donde es posible trasladar para el partícipe la responsabilidad del especial al común (del parricidio al homicidio)— y porque la prevaricación no es reconducible a un inexistente delito común, el partícipe no funcionario debería quedar impune, consecuencia ésta que, no obstante y con razón, no se le ha pasado nunca por la cabeza al TS (41).

V

He llegado al final.

Peñaranda ha enfocado todo el problema desde una nueva perspectiva. A diferencia de los anteriores planteamientos (42), la cuestión no es para él: art. 60, sí, o art. 60, no, sino la de relacionar distintas institu-

(40) Por lo demás, en el asesinato en general —también en el de por precio— el TS no aplica el art. 60 y hace derivar la responsabilidad del partícipe —y con razón— del hecho principal cometido: cfr. la sentencia del TS de 16 de marzo de 1981, A. 1176, donde se declara «excluida jurisprudencialmente [sc. al asesinato] la aplicación de la citada regla [sc del art. 60]», y la sentencia del TS de 27 de marzo de 1991, A. 2698, y adhiriéndose a esta doctrina jurisprudencial y propugnando su aplicación al «caso Amedo», GIMBERNAT, *La accesoriadad en el asesinato*, El Mundo, 2 de septiembre de 1991.

(41) Cfr., por ejemplo, la sentencia del TS de 12 de febrero de 1992, citada *supra*, nota 5.

(42) Véase, sin embargo, la argumentación de DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, recogida en GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 276-279.

ciones juridicopenales y fundamentar sus conclusiones en que lo que rige para la participación delictiva tiene que regir también para el concurso de leyes y para el error. Como creo que ese planteamiento es tan nuevo como correcto, a lo largo de este artículo he tratado de demostrar, aunque llegue a resultados distintos de los de *Peñaranda*, que mis tesis sobre la participación expuestas en mi monografía «Autor y cómplice en Derecho penal» son perfectamente compatibles con (y, consiguientemente, superan la prueba de) la teoría del concurso de leyes y la del error. En cualquier caso e independientemente de quien tenga razón: a partir de *Peñaranda* ya no será posible estudiar esas tres instituciones sin interrelacionarlas entre sí, y el resultado de todo ello no puede ser otro que el de un muy importante progreso para los conocimientos juridicopenales. Termino, por ello, como empecé (pero ahora el lector ya sabe por qué empecé así): *Enrique Peñaranda Ramos* ha irrumpido espectacularmente en la ciencia penal española.