

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA

(Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 31 de marzo de 2011) ¹

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN

Fiscal (Fiscalía General del Estado)

Extracto:

AL ser el riesgo de muerte neutralizable y haber sido la propia víctima la que impidió esa neutralización con su negativa a que se aplicara el tratamiento médico adecuado, el principio de autorresponsabilidad de la víctima impide que la norma penal del artículo 138 tutele el bien jurídico hasta el punto de aplicarse la modalidad del homicidio consumado. De modo que ha de entenderse que si bien el acusado generó el riesgo ilícito propio del tipo penal del homicidio y que además lo desencadenó con dolo eventual, la materialización final de ese riesgo de muerte no puede imputársele al acusado por cuanto se trataba de una materialización neutralizable si el agredido hubiera accedido a trasladarse a un centro médico tal como se lo aconsejaron y casi impusieron los médicos que lo asistieron y sus familiares y demás allegados. La condena en casación no se impone en concepto de homicidio consumado sino por homicidio en grado de tentativa.

Palabras clave: tentativa de homicidio, dolo eventual.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núms. 127-128, agosto-septiembre 2011.

HOMICIDE IN DEGREE OF ATTEMPT

(Commentary of the Tribunal Supremo of 31 march 2011) ¹

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal (Fiscalía General del Estado)

Abstract:

THE risk of death neutralizable and to have been the own victim the one that prevented this neutralization with his denial to which there will be applied the medical suitable treatment, the beginning of autorresponsabilidad of the victim prevents the being that the penal norm of the art. 138 tutele the juridical good up to the point of there being applied the modality of the perfect homicide. So that there has to be understood that though the defendant generated the illicit own risk of the penal type of the homicide and that in addition it unleashed it with eventual deceit, the final materialization of this risk of death cannot impute him to the defendant since it was a question of a materialization neutralizable if the attacked one had agreed to move to a medical center as they advised it him and almost there imposed the doctors who represented it and his relatives and other relatives. The sentence in cassation is not imposed with a view to perfect homicide but for homicide in degree of attempt.

Keywords: attempt of homicide, eventual deceit.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núms. 127-128, agosto-septiembre 2011.

La sentencia objeto de análisis resulta desde el punto de vista jurídico de indudable interés, tanto desde el plano del Derecho sustantivo –análisis del elemento subjetivo y objetivo del delito–, como desde la óptica procesal –posibilidad de que los juicios de inferencia realizados por los órganos judiciales a quo sean revisables en casación–. Por el Tribunal del Jurado se condena al acusado como autor de un delito de homicidio con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas a la pena de 8 años de prisión, con la correspondiente accesoria. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia resuelve el recurso de apelación planteado por el acusado, revocando la sentencia de primera instancia, y condena por un delito de lesiones graves de los artículos 147 y 148.1 del Código Penal en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente del artículo 142.1 del Código Penal, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas –como muy cualificada– a la pena de tres años de prisión con la correspondiente accesoria. Los hechos que se declararon probados ocurrieron en el mes de agosto de 2001 y son sucintamente los siguientes: el acusado se encontraba en el interior de un establecimiento público reaccionando con violencia ante la negativa del luego fallecido de abonar unas consumiciones, golpeándole con los puños y, posteriormente, propinándole cuando estaba en el suelo varias patadas en la cabeza, marchándose seguidamente del local. En los momentos posteriores, el luego fallecido se negó a acudir a un centro médico, así como a recibir cualquier ayuda médica cuando el personal sanitario acudió a su domicilio. Se añade en la sentencia que las lesiones sufridas, de haber recibido el tratamiento médico adecuado, podrían haber tenido una evolución diferente y es posible que el desenlace no hubiere tenido lugar.

El recurso planteado por la acusación particular discute la apreciación que realizó el Tribunal Superior de Justicia de la ausencia del ánimo o dolo homicida en la acción del condenado –sustituyéndolo por el ánimo de lesionar–, en contra de la realizada por el Tribunal del Jurado que sí lo apreció. Ya adelantamos que la sentencia del Tribunal Supremo revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, afirmando la existencia del ánimo de matar en el sujeto, pero introduciendo una serie de condicionantes por parte de la actuación de la víctima que influyeron en la producción del resultado, aplicando el siempre movedizo y difuso principio de autorresponsabilidad de la víctima.

Para dar respuesta a la pretensión de la acusación particular, la sentencia del Tribunal Supremo estructura su propia resolución en diversos apartados que analizan las diversas cuestiones que van a determinar la modificación del fallo del Tribunal Superior de Justicia, y que sin duda facilitan su estudio.

La primera cuestión de interés –que se analizará con mayor detalle al final del presente comentario– es la articulación que del motivo de casación realiza la acusación particular, y la interpretación que hace del mismo el Tribunal Supremo. El motivo bajo el que se postula el recurso es el de error en

la apreciación de la prueba, fundándolo en el contenido de los diversos informes periciales de los médicos forenses que, a su juicio, explicitan el ánimo homicida del condenado. En tal caso, el motivo residiría en sede el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), sin embargo, el Alto Tribunal, visto el contenido del recurso, entiende que en el mismo lo que realmente y con carácter principal fundamenta la queja es un reproche al juicio de inferencia que el Tribunal Superior realiza sobre el ánimo que guió al condenado en su agresión al fallecido –lo que nos llevaría a residenciar el motivo en el número 1 del artículo 849 de la LECrim., al discutirse el elemento subjetivo del tipo, esto es, solicitarse la aplicación del artículo 138 y no los artículos 147 y 148.1 del Código Penal, y con pleno respeto a los hechos declarados como probados–; y solo tangencialmente y en un segundo plano se discutiría el error en la apreciación de la prueba fundado en los informe periciales.

La segunda cuestión de interés, adelanta el Tribunal Supremo, que se plantea es el posible error que el Tribunal Superior haya sufrido al confundir el elemento subjetivo del delito –para él, el ánimo de lesionar– con la imputación objetiva de la muerte al condenado.

Las bases sobre las que el Tribunal Superior sustenta la ausencia del dolo homicida son fundamentalmente dos: por una parte, de los informes de los médicos forenses no pueden definirse las lesiones como mortales, y, en segundo lugar, que aun cuando el condenado conoce que su agresión es ilícita, no se representa –dolo eventual– el resultado de aquella acción –muerte del sujeto–, no persiguiéndolo como posible. Es decir, que el hecho de que no terminara su acción y se marchara del lugar sin culminar la muerte del agredido así como que el agredido impidiera cualquier asistencia médica infiere que no tuvo *animus necandi*.

El Tribunal Supremo, respecto a la gravedad de las lesiones y la posibilidad de que pudieran o no producir la muerte del agredido, parte de un hecho irrefutable cual es que una intervención médica que evite el fallecimiento no implica que las mismas no tengan la consideración de mortales y, por ende, no supone que desaparezca el dolo eventual en el sujeto activo; y en los hechos probados se recoge que las lesiones sufridas sí ponían en peligro la vida del sujeto pasivo. Lo importante radica en que el sujeto activo tenga conocimiento de que su actuar genera un riesgo para un bien jurídico tutelado, y en ese conocimiento figura la hipotética producción del resultado que derivaría de ese riesgo creado. Esa es la clave para la existencia del dolo eventual, en el que para la jurisprudencia parece prevalecer el elemento cognoscitivo sobre el volitivo. La afirmación de tal tesis supone, a juicio del Tribunal Supremo, que no pueda sostenerse que el condenado no se representara como posible el fallecimiento del sujeto agredido vista la conducta desplegada por él mismo –diversas patadas en la cabeza–, ya que las máximas de experiencia indican del peligro de propinar patadas en un lugar tan potencialmente peligroso y sensible como es la cabeza. Una cosa es la voluntad de matar a una persona que, como bien dice el Alto Tribunal, configura el dolo directo, y otra muy distinta es la representación que el sujeto pueda hacerse de que con sus actos pueda producirse el resultado, aunque no quiera que el mismo se realice.

Otro argumento que entendemos de interés deriva de la afirmación que realiza la sentencia recurrida respecto al dato de que marcharse el condenado del lugar sin culminar con la muerte del agredido supone una prueba de la falta de ánimo de matar. Como ya hemos afirmado, el sujeto activo

realiza una serie de actos de generan un riesgo para el bien jurídico –en este caso la vida– y la propia naturaleza de dichos actos supone que se haya representado el resultado de deriva del riesgo generado; por tanto, las diversas patadas propinadas en la cabeza del agredido ya de por sí suponen la realización de actos dirigidos a un determinado resultado –que se ha tenido necesariamente que representar el sujeto–, que no es otro que la muerte de aquel. La circunstancia de que finalmente se produzca ese resultado o no –ya sea por actos propios realizados por el sujeto activo, o por la intervención de terceros que lo evitan– en modo alguno pueden modificar el ánimo que guió al sujeto. El elemento subjetivo de un delito nace, vive y muere en el interior del sujeto activo sin que las actuaciones de terceras personas o de circunstancias extrañas al mismo puedan variarlo. Distintos son los efectos que en el desarrollo del delito puedan producir los actos de la propia víctima o de un tercero y que puedan eventualmente afectar a la pena a imponer.

Una vez analizado el elemento subjetivo del tipo, el Tribunal Supremo procede a estudiar el denominado elemento objetivo del tipo, que en este caso vendría integrado por los actos ejecutados por el sujeto activo del delito, el resultado producido y el nexo de causalidad que debe existir entre ambos. Se trata, en definitiva, de averiguar si la conducta de la víctima ha influido, no en el elemento subjetivo del tipo que es patrimonio personal del agresor, sino en el resultado acaecido, y por tanto en el necesario nexo causal. Para el estudio del referido elemento, analiza el Tribunal Supremo lo que denomina un triple criterio de imputación. El primer criterio viene determinado por el riesgo que crea el actuar ilícito del sujeto activo –propinar patadas en la cabeza–. El segundo criterio vendría dado por la causación del resultado –muerte del sujeto pasivo–. El tercer criterio vendría determinado por el nexo causal entre acción realizada y resultado producido, que en el presente supuesto podría venir alterado por la conducta desplegada por el fallecido –reiterada negativa a recibir asistencia médica–. Por tanto, la actuación de la víctima va a incidir en el plano objetivo del delito, pero nunca en el dolo que ha guiado el actuar del sujeto activo que, como ya se ha dejado sentado en el caso que nos ocupa, dibuja, sin lugar a dudas, un *animus necandi* por parte de aquel.

Partiendo de la conclusión plasmada en el párrafo anterior, lo que le queda al Tribunal Supremo es analizar la incidencia que la conducta de la víctima –reiterada negativa a la atención médica– ha tenido en el resultado producido –muerte–. Ello hace que haya que acudir al denominado «principio de autorresponsabilidad de la víctima». En el caso que nos ocupa, y con base en los informes médicos forenses, entra en el debate dialéctico la posibilidad de que el resultado hubiere sido otro –causación de lesiones– en caso de que hubiera recibido la adecuada atención médica. Y aunque nos movemos, como indican los tiempos verbales utilizados, en el campo de las hipótesis, lo cierto es que, como afirma el Alto Tribunal, las dudas deben decantarse siempre a favor del reo. Por tanto, hay que partir del hecho de que el fallecimiento, en caso de haber recibido atención médica el agredido, no se hubiere producido. Ello supone, a su vez, que el resultado no pueda atribuírsele al sujeto activo ya que la conducta de la víctima ha impedido que el riesgo que generó aquel con sus actos –y del que se representó el resultado– pudo ser neutralizado –por la actuación de las asistencias médicas–, no siéndolo en definitiva por la actuación del sujeto pasivo.

Finalmente, se resalta como prueba de la incidencia de la conducta de la víctima en el resultado el hecho de que ya en la primera sentencia del Tribunal del Jurado se hiciera uso de lo estable-

cido en el artículo 114 del Código Penal, respecto a la posibilidad de moderar la cuantía de la responsabilidad civil en el caso de que la víctima hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño.

Por todo ello, el Tribunal Supremo revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia y condena por un delito de homicidio en grado de tentativa a la pena de 4 años, 11 meses y 29 días de prisión.

La última consideración, que no de menor trascendencia, que queda por esbozar en el presente análisis es la relativa al planteamiento que para la resolución del recurso realiza el Tribunal Supremo. Como ya señalábamos, entiende que la esencia del motivo planteado por la acusación particular radica no tanto en un error en la valoración de la prueba que derivaría en este caso de la errónea valoración de los informes médicos obrantes en la causa (art. 849.2 de la LECrim.), sino en el juicio de inferencia que realiza el Tribunal Superior respecto del ánimo con el que actuó el condenado (art. 849.1 de la LECrim.). En tal sentido, la posibilidad de que dicho juicio de inferencia del tribunal a quo sea revisado por el Tribunal Supremo viene reconocida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo número 266/2008, de 7 de mayo, que afirma «aun negando terminantemente el juego de una «presunción de inocencia al revés», para los supuestos en que la acusación recurra una sentencia absoluta, esta Sala ha reconocido el camino –véanse Sentencias de 21 de abril de 2005 y 4 de abril de 2006– para que, por el cauce del artículo 849.1 de la LECrim. se revise la racionalidad de las inferencias relativas a los componentes internos del delito cuando aquellas hayan determinado la absolución del acusado». Esto significa que la existencia del «ánimo de matar» o del «ánimo de lesionar» por el que dirige su acción un sujeto no tiene la consideración de un hecho probado, sino que son hechos internos de los que tenemos conocimiento, bien porque el sujeto activo los ha contado, bien porque el juzgador los ha deducido de los hechos externos que sí se han considerado probados. Fundamenta la doctrina del Tribunal Supremo esta posibilidad de revisión de los juicios de inferencia en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) en relación con los artículos 120.3 y 9.º 3 que prohíben la arbitrariedad de los poderes públicos «la cual radicaría, dentro del presente caso, en la irracionalidad de la ilación y, en consecuencia, de la motivación aportada por el tribunal a quo». Por ello, el juicio de inferencia hay que considerarlo no como un juicio de valor, sino como una prueba indiciaria, siendo por tanto las inferencias revisables en casación tanto a favor como en contra del reo.