

## HOMICIDIO Y REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS APLICABLES

**CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO**

*Fiscal del Tribunal Superior de Justicia*

**Palabras clave:** homicidio, realización arbitraria del propio derecho, toxicomanía, legítima defensa, procedimiento aplicable.

### ENUNCIADO

Con motivo de una deuda que mantenía XXL con ZZZ que ascendía a 60 euros, se produjo un altercado, en una calle de esta ciudad en la que casualmente se encontraron, mediante voces y empujones recíprocos, hasta que ZZZ extrajo un instrumento punzante que portaba con el que pinchó a XXL en la zona torácica y así arrebatarle la cartera que tenía en el pantalón, lo que no consiguió por el tumulto que se formó y ante la inminente llegada de la policía, que no pudo detenerle al huir del lugar. Como consecuencia de la agresión sufrida XXL necesitó intervención quirúrgica urgente por riesgo vital, a consecuencia de lo cual se evitó su fallecimiento, estando hospitalizado y de baja un tiempo superior a 40 días. La policía instruyó el correspondiente atestado con la finalidad de averiguar lo sucedido, así como identificar, localizar y detener a ZZZ para ponerlo a disposición judicial, remitiendo seguidamente las actuaciones al juzgado de instrucción correspondiente, en el que se le identificaba. El agresor compareció ante el Juzgado que conocía de las diligencias penales abiertas, que procedió a detenerle y recibir su declaración como imputado, en cuya diligencia declaró que actuó en defensa de su persona y para cobrarse la deuda, que así mismo era toxicómano, consumidor habitual de heroína, y todo se debió al estado que le produjo el encuentro y la discusión previa.

Las manifestaciones de ZZZ las mantuvo en el correspondiente juicio oral, en donde también declararon diferentes testigos, algunos de los cuales, conocidos o amigos, dijeron que consumía drogas, sin que conste documentación alguna que acredite su situación el día de los hechos, ni que avale la toxicomanía que alegaba.

## CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Calificación jurídica. Homicidio; realización arbitraria del propio derecho.
2. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: legítima defensa, estado pasional, toxicomanía, confesión.
3. Procedimiento y consecuencias.

## **SOLUCIÓN**

1. La resolución del presente caso permite abordar diversas cuestiones interesantes, que en la práctica son de invocación habitual, a las que voy hacer alusión en el orden indicado.

Respecto de la calificación jurídica de los hechos descritos, en orden a la concreción del tipo aplicable, resulta evidente que nos hallamos ante un delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal, sin que puedan invocarse las circunstancias que lo convertirían en asesinato, ya que no puede considerarse aplicable la alevosía ni ninguna de las otras circunstancias que así lo harían, pues no resulta suficiente la alusión a un ataque sorpresivo con un instrumento punzante, pues no consta qué instrumento era este, ni la dinámica de los hechos permite configurar el ataque en tal sentido cuando la discusión que se desencadenó llevó aparejada una serie de actos que podían hacer presumible un actuar semejante. El resultado final perseguido por el agresor era, no solo cobrarse la deuda, sino también la muerte del agredido, pues a esa conclusión nos lleva la utilización de un instrumento punzante que se dirigió hacia órganos vitales, que provocó graves heridas que precisaron intervención quirúrgica de urgencia, pues existe un plus de antijuridicidad, un *animus necandi*, al menos un dolo indirecto o eventual de causarle la muerte, pues concurren una serie de elementos como la rápida asistencia sanitaria así como la existencia de esas relaciones personales enfrentadas por la existencia de la deuda, que hacía previsible que el encuentro casual, la discusión producida así como el instrumento que portaba aquél, hacía previsible el arranque violento, lo que determina que el delito de homicidio en grado de tentativa sea la calificación más adecuada, y no la de lesiones dolosas del artículo 148.1 del Código Penal, pues resulta evidente al menos, la concurrencia del dolo eventual que exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Pero, en todo caso, y como se dijo, «es exigible la conciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene» (SSTS de 20 de febrero de 1993, 11 de febrero y 16 de marzo de 1998). Estos elementos se observan en el supuesto del caso que se plantea como se desprende de los datos genéricamente expresados: medio utilizado, lugar donde se produce la lesión, relaciones entre las partes, entre otros. Así el Tribunal Supremo señala: a) las relaciones que ligaban al autor y la víctima; b) personalidad del agresor y agredido; c) actitudes e incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes al hecho, particularmente si precedieron hechos provocativos,

palabras insultantes; d) caracteres del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar; e) lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital; f) conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desentendiéndose del alcance de sus actos y alejándose del lugar en que se protagonizaron en actitud de huida, persuadido de la gravedad y trascendencia de aquéllos, o en fría e indiferente disposición respecto de las últimas consecuencias de su acción.

Respecto de la posible aplicación del tipo aplicable a la realización arbitraria del propio derecho que describe el artículo 455.1 del Código Penal, debe decirse que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, del que es exponente la Sentencia de 6 de julio de 2004, mantiene que el homicidio absorbe las conductas ilícitas de menor entidad que se ejecuten de modo precedente o simultáneo si tienen una relación instrumental entre sí. El intento de cobrarse una deuda reconocida de manera violenta, no parece más que el móvil inicial de la acción lesiva con el instrumento punzante que, sin solución de continuidad, se produjo luego. Por lo que debería apreciarse el principio de absorción que prevé el artículo 8.º 3 del Código Penal, pues nos encontramos en un supuesto de progresión delictiva de menos a más, por lo que no resultaría punible por este delito, ya que carece de entidad autónoma esa conducta antijurídica.

Por tanto la primera cuestión se resuelve considerando los hechos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa de los artículos 16, 62 y 138 del Código Penal, sin que tenga relevancia penal la acción desarrollada para cobrarse la deuda pues es el móvil inicial del hecho lesivo, de la agresión que puso en peligro la vida del agredido.

2. Respecto de la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, son varias las que pueden ser susceptibles de aplicación: a) confesión a las autoridades de la infracción; b) legítima defensa; c) estado pasional; d) toxicomanía:

a) Confesión.

En concreto sobre la circunstancia atenuante número 4 del artículo 21, ha dicho el Tribunal Supremo que el fundamento de la circunstancia se encuentra en el beneficio que representa para la Administración de Justicia el hecho de que estas confesiones se produzcan, de modo que el criterio básico para apreciar esta circunstancia atenuante como muy cualificada radica en la muy relevante utilidad que del contenido de sus manifestaciones se deriven (STS de 2 de junio de 2005). Y se ha dicho también que no puede valorarse como confesión, a los efectos de la atenuación prevista en el artículo 21.4 y 6, el reconocimiento de los hechos que inmediata e inevitablemente van a ser descubiertos por la autoridad, que ya ha iniciado sus actuaciones encaminadas a la averiguación de lo sucedido (STS de 7 de diciembre de 2005). La expresión legal «procedimiento judicial» que utiliza el precepto indicado, abarca a la instrucción del atestado y a las primeras diligencias policiales de investigación (SSTS de 6 de octubre de 2004 y 12 de enero de 2007), de modo que se exige que la confesión se produzca antes de que la policía haya identificado al supuesto autor del hecho. Sería posible aplicar la atenuante analógica del artículo 21.6, una vez que la policía ha identificado al culpable siempre que este no se limite a reconocer lo obvio, a afirmar lo que ya se conoce por los investigadores, sino

que con la declaración del mismo se pueda avanzar o agilizar la investigación del proceso, ya por los datos de relevancia que aporte, bien mediante su colaboración relevante que agilice el proceso. La autoinculpación prestada cuando el procedimiento ya se dirigía contra el culpable tendrá relevancia si la colaboración prestada tiene mucha importancia a los efectos de la investigación de los hechos (SSTS de 24 de julio de 2002, de 11 de abril de 2003 y de 12 de enero de 2007).

En el supuesto del caso no es posible apreciar ni como atenuante por analogía la mencionada circunstancia, porque a ZZZ le localizó la policía y su declaración confesando los hechos no comporta ninguna prestación positiva, ni ofrece relevancia importante en orden a la investigación de los hechos, ya que reconoce lo que la policía averigua por sus medios; al contrario pretender introducir datos que le permitieran introducir alguna circunstancia que atenuara su responsabilidad, como la legítima defensa, por ejemplo.

#### b) Legítima defensa.

Los forcejeos recíprocos, los empujones o acciones agresivas mutuas no pueden dar lugar a la legítima defensa, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo, los supuestos de riña mutuamente aceptada excluyen la legítima defensa, pues no concurre el requisito esencial para su apreciación, que es la agresión ilegítima; esta es elemento esencial para apreciar tal circunstancia modificativa de la responsabilidad, ya como eximente completa como incompleta. En el supuesto del caso propuesto, ZZZ agredió a XXL en el curso de una discusión mantenida por la existencia de una deuda en la que se dirigieron expresiones y se empujaron de manera recíproca, es decir, se entabló una riña aceptada por ambos, que desembocó en la agresión mencionada, sin que pueda alegarse por ZZZ que actuara en legítima defensa, ni mucho menos admitir, que tal defensa, de existir en su caso, pudiera dar lugar a la utilización de un instrumento punzante para ejercitar tal defensa, pues en este caso la desproporción entre los medios empleados sería significativa. Por tanto, no podría estimarse la legítima defensa como circunstancia atenuante ni como eximente. No concurren los requisitos que la jurisprudencia ha establecido a la luz de la regulación legal (SSTS de 5 de octubre de 1999 y de 2 de octubre de 2002).

#### c) Estado pasional.

El Tribunal Supremo ha dicho que el arrebató viene identificado por lo común con el estado emotivo, con una situación pasional que emocionalmente lleva al paroxismo. El arrebató se caracteriza por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa. El arrebató es fugaz y momentáneo, aunque oscurece la razón y debilita la voluntad. La obcecación es duradera porque perdura por asentamiento en los entresijos de la mente. La atenuante no puede confundirse con el acaloramamiento o con el leve aturdimiento que acompaña al agente en la dinámica delictiva de ciertas infracciones generalmente cuando de impulsos pasionales se trata (STS de 13 octubre de 1993). El furor y la cólera, proyectan normalmente esta súbita emoción, corta en el tiempo, relativamente consistente en su intensidad, siempre como consecuencia de estímulos procedentes de la propia víctima. Lo que sí está claro es que el arrebató, u otro estado pasional, exige unos estímulos impulsores, exige

una incitación personal que causalmente influyen mínimamente en las facultades anímicas del agente, intelectivas y volitivas. Y se dice, mínimamente por guardar el equilibrio que la atenuante representa, que si su límite, por arriba, lo constituye el trastorno mental transitorio, el límite, hacia abajo, lo es por el contrario el simple acaloramiento antes referido (STS de 7 de diciembre de 1993).

Dicho esto, solo cabe decir que no hay base probatoria alguna que permita afirmar que en la reprochable acción desplegada por ZZZ concurre la circunstancia atenuante del artículo 21.3.<sup>a</sup> del Código Penal. Hay, sí, un acaloramiento, o como mucho un leve aturdimiento, provocado por la situación que crea el encontrarse con su deudor, y que es habitual en determinadas infracciones delictivas a las que acompaña, de modo y manera que la simple disputa verbal, como ocurre en el caos, en la que a las voces se unen empujones carece a estos efectos de trascendencia penal. Como ha dicho la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2003 que el estado pasional alterado debe obedecer a un estímulo muy poderoso, y por supuesto no lo es el móvil que presidió el ataque.

### c) Toxicomanía.

Del texto del caso no podemos acoger la apreciación de la circunstancia eximente del artículo 20.2.<sup>a</sup> del Código Penal intoxicación plena por el consumo de sustancias estupefacientes, ni la circunstancia atenuante ordinaria de toxicomanía prevista en el artículo 21.2.<sup>a</sup> del Código Penal en relación con el artículo 20.2.<sup>a</sup> del Código Penal. En efecto, el Tribunal Supremo ha venido afirmando con reiteración que no basta la condición de toxicómano para que se entienda siempre disminuida la imputabilidad y la responsabilidad penal del sujeto, ya que es necesario probar no solo dicha adicción sino también el grado de deterioro mental y volitivo de aquel cuando el hecho aconteció (STS de 30 de abril de 1997). Nada de esto ocurre en el asunto del caso. No está acreditado que ZZZ actuase bajo los efectos del consumo de sustancias estupefacientes o con el síndrome de abstinencia, toda vez que, con independencia de las muy subjetivas manifestaciones del imputado, no se cuenta con elemento alguno de carácter objetivo que permitiera acoger esa conclusión. Por otro lado, la sola mención de ser consumidor o toxicómano no basta para afirmar, que ZZZ actuara a causa de su adicción a las drogas entre otras cosas, porque no es posible determinar si actuó con sus facultades volitivas y volitivas disminuidas y en qué grado. Y a esos efectos tampoco tiene relevancia lo que puedan decir los testigos que dijeron que era consumidor, y que no estaban presentes el día en que ocurrieron los hechos. La excitación nerviosa es comprensible cuando se ha discutido, se ha agredido con una navaja, pero no permite apreciar una circunstancia de esa naturaleza sin una base objetiva al margen de declaraciones de testigos. No fue examinado por nadie el día de los hechos, sino que se presentó ante el juez voluntariamente después de haber sido denunciado en el atestado policial.

**3)** Resulta interesante precisar cuál sería el tipo de procedimiento aplicable al supuesto que se plantea. En primer lugar resulta obvio a la vista del caso propuesto que no se ha consumado el delito contra la vida del artículo 138, por lo que de acuerdo con el artículo 5.º de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ), la competencia vendría determinada por considerar que la competencia para conocer del procedimiento ordinario la tendría, en la fase de instrucción, el Juzgado de Instrucción correspondiente, mientras que la fase de enjuiciamiento sería objeto de conocimiento por la Audiencia Provincial respectiva. En términos de hipótesis, si XXL hubiera fallecido, el procedimiento a seguir

sería el recogido en la LOTJ. Llevo a cabo estas reflexiones que quizá se escapen de lo que es en sí la resolución del caso, para plasmar la diferente consideración que pueden tener las sentencias del Tribunal del Jurado al resultar estas una manifestación del veredicto, respecto del cual el Magistrado Presidente ha concretado su objeto, dado por el Jurado tras la valoración y breve motivación de sus posiciones, es decir, el Jurado debe siempre razonar o motivar, aunque sea sucintamente, su decisión. Es evidente que su actuación no debe ir más allá de una breve consideración en torno al objeto del veredicto, y deberá valorarse si resulta procedente la devolución del acta presentada a los efectos de corregir los defectos que puedan implicar la existencia de alguna de las causas del artículo 63 de la citada ley, lo que debería hacerse, por ejemplo, en el caso de que determinadas circunstancias modificativas resultaran aceptadas por el Jurado sin ninguna justificación que suponga tal apreciación y que podría dar lugar a que se tuviera en consideración la circunstancia concreta si las partes no solicitaran la devolución del acta donde se contiene, por entenderse justificada, incluso en ulterior recurso, las circunstancias discutidas. En este sentido debe decirse que no se puede anular de oficio el veredicto si emitido y dictada sentencia esta fuere recurrida, pues la Sala que conociera del mismo no podría sustituir la apreciación fáctica del Jurado, pues requeriría una prueba de la equivocación en la apreciación de la prueba. Esto no pasaría en un procedimiento seguido ante la Sala correspondiente de la Audiencia, en la que se deberá fundamentar de manera clara la apreciación de cualquier circunstancia modificativa alegada, siempre sobre la base de la práctica de prueba que así lo exija, pero no por las meras manifestaciones de un imputado sin estar acompañadas de prueba de su concurrencia en el caso concreto, pues las circunstancias deben probarse como el hecho mismo.

Por tanto, no serían de aplicación ninguna de las circunstancias mencionadas, y por tanto los hechos que se deberían atribuirse a ZZZ serían considerados como delito de homicidio en grado de tentativa sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 2/1979 (LOTJ), arts. 5, 60 y ss.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16, 20, 21, 62, 138 y 455.
- SSTS de 20 de febrero, 13 octubre y 7 de diciembre de 1993, 30 de abril de 1997, 11 de febrero y 16 de marzo de 1998, 5 de octubre de 1999, 24 de julio y 2 de octubre de 2002, de 11 de abril de 2003, 2 de junio y 7 diciembre 2005 y 12 de enero de 2007.
- Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 y de 23 de febrero de 2001.