

# TENTATIVA DE HOMICIDIO. MEDIDA DE SEGURIDAD Y SU COORDINACIÓN CON PENAS PRIVATIVAS

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN  
*Fiscal*

**Palabras clave:** homicidio, ánimo de matar, medidas de seguridad.

## ENUNCIADO

El pasado 4 de octubre de 2009, sobre las 16,00 horas se encontraba Marcelo sentado en la estación de autobuses de la localidad de «XXX» esperando la llegada del autobús de línea. Al poco rato de estar allí ubicado y sin que hubiera nadie en las inmediaciones, apareció súbitamente Tomás que se le quedó mirando fijamente durante unos segundos para seguidamente abalanzarse con un cuchillo jamonero en la mano contra Marcelo, asestándole dos puñaladas, una en la pierna derecha, y otra en el hemitórax derecho. A pesar de lo cual pudo llegar a la cabina dispensadora de billetes donde pudo resguardarse hasta la llegada de los servicios médicos de urgencia y de efectivos policiales. La puñalada asestada en el hemitórax derecho, según el informe del médico forense hubiese producido el fallecimiento de Marcelo a no ser por la rápida intervención de los servicios sanitarios.

El cuchillo jamonero que posteriormente se le intervino a Tomás tenía una hoja de 20 centímetros.

Tomás sufre un trastorno psicótico con rasgos de personalidad antisocial y si bien tiene una grave disminución de su capacidad volitiva y de autocontrol de sus actos, no por ello la tiene anulada, pudiendo comprender la antijuridicidad de sus actos.

## CUESTIONES PLANTEADAS:

### 1. Delito cometido.

2. Circunstancia modificativa de la responsabilidad penal y pena a imponer.
3. Medida de seguridad.

## **SOLUCIÓN**

1. El núcleo gordiano del caso expuesto lo vamos a encontrar en la medida de seguridad a imponer y en su concurrencia con la pena a imponer, así como en la entidad de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal concurrente, ya que la tipificación de los hechos no ofrece duda alguna.

El hecho descrito, el acometimiento de Tomás a Marcelo con un cuchillo, y las dos puñaladas que éste recibe, así como la entidad de la segunda de ellas que le alcanza el hemitórax derecho, y que según el informe emitido por el médico forense hubiere supuesto su muerte, de no ser por la rápida intervención de los servicios sanitarios, nos muestran con diáfana y palmaria claridad que el bien jurídico atacado ha sido la vida, por lo que nos encontramos ante un delito de homicidio o bien de asesinato. La existencia del homicidio en grado de tentativa, y por tanto el *animus necandi*, no ofrece lugar a la discusión visto el arma empleada así como la zona del cuerpo a la que se ha dirigido el ataque. La praxis judicial ha venido manifestando al respecto que el ánimo o la intención que dirige la acción del sujeto activo en los delitos contra la vida o la integridad física de las personas, esto es, si su intención era la de matar o la de lesionar, permanece en la esfera interna del mismo, y a menos que el propio sujeto activo declare cuál ha sido esa intención, habrá de acudir a otros indicadores que alumbren cuál ha sido dicha intención. Así, el Tribunal Supremo ha venido señalando como indicadores del *ánimo necandi* que guiaba al sujeto activo, la existencia de previas amenazas contra la vida del agredido, las manifestaciones verbales que durante el acometimiento haya realizado el agresor, el tipo de arma utilizada, la zona del cuerpo sobre la que se dirige la acción violenta, el número e intensidad de las puñaladas (en el caso de que se haya utilizado un arma blanca). Aplicando dichos indicadores al caso que nos ocupa, y como ya hemos manifestado, la existencia del *ánimo necandi* no ofrece discusión. El médico forense ha sido claro al manifestar que la puñalada recibida por Marcelo en el hemitórax era causa de muerte de no ser por la intervención médica, es decir ha ido dirigida a una zona que indica que la intención era acabar con su vida. A ello hay que añadir el arma empleada, un cuchillo jamonero de 20 centímetros de hoja, arma que sin duda es apta para causar la muerte de Marcelo.

La siguiente cuestión a debatir es si nos encontramos ante un homicidio o ante un asesinato. El artículo 139 del Código Penal establece que para la existencia del asesinato han de concurrir en la muerte de una persona alguna de las siguientes circunstancias: alevosía, precio recompensa o promesa o ensañamiento. De las tres circunstancias reseñadas, rápidamente hay que descartar las dos últimas ya que el relato fáctico no da lugar a las mismas. Respecto a la alevosía, cuya descripción legal se encuentra recogida en el artículo 22.1 del Código Penal, tras una breve lectura de las circunstancias en que se produjo el acometimiento hay que descartarla. La alevosía, descrita por la praxis judicial como una circunstancia de carácter mixta (objetiva-subjetiva) tiende a facilitar la comisión

del hecho delictivo mediante la debilitación de las acciones defensivas que principalmente pudiera oponer el agredido. El hecho nos dice cómo Tomás aparece súbitamente en el lugar donde se encuentra Marcelo, cómo le mira durante unos segundos y cómo seguidamente se abalanza sobre el mismo asestándole dos puñaladas. El adverbio «súbitamente» que describe la aparición de Tomás en el lugar donde se encuentra Marcelo, no debe confundirnos a la hora de determinar la existencia de la alevosía, y ello porque aun cuando su aparición es rápida e inesperada, el acometimiento no participa de dicha naturaleza. Nos dice el relato que permanece durante unos segundos mirando a Marcelo y que posteriormente es cuando se produce la agresión, con lo cual, sin duda, éste pudo observar y percibir el ataque. No se nos dice que el ataque se produjera por la espalda o de manera que se impidiera la potencial defensa de Marcelo, por lo que la alevosía hay que descartarla.

En cuanto al grado de ejecución del delito nos encontramos ante una tentativa, artículo 16.1 del Código Penal, ya que Tomás ha practicado todos los actos necesarios para obtener el resultado deseado, si bien éste no se ha producido por causas ajenas a su voluntad (la intervención de los servicios sanitarios). Ello conlleva que de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del Código Penal, la pena a imponer sea inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado. Respondiendo a la pregunta si la rebaja en la pena ha de ser en uno o en dos grados, la respuesta que da la praxis judicial es clara. Al haber desaparecido de nuestro vigente Código Penal la diferencia que el Código Penal de 1973 realizaba entre el delito frustrado (se rebajaba la pena en un grado respecto a la del delito consumado) y la tentativa (se producía una rebaja en dos grados), se producirá una rebaja en un grado en la pena, cuando el *iter criminis* corresponda o se ajuste con la estructura del antiguo delito frustrado, y en dos grados cuando estemos ante una tentativa. El derogado artículo 3.º del Código Penal de 1973 señalaba que había delito frustrado «cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberán producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente»; por el contrario, el mismo artículo 3.º describía la tentativa, «cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que deberán producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento». Con arreglo a dicha descripción la pena a imponer será inferior en un grado a la establecida para el autor.

2. A continuación y respecto a la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que concurre, el relato de hechos no dice que Tomás sufre un trastorno psicótico con rasgos de personalidad antisocial y si bien tiene una grave disminución de su capacidad volitiva y de autocontrol de sus actos, no por ello la tiene anulada, pudiendo comprender la antijuridicidad de sus actos. El hecho de que no tenga anulada su capacidad volitiva y de discernimiento nos lleva rápidamente a la conclusión de que hay que descartar que estemos ante alguna de las circunstancias eximentes del artículo 20 del Código Penal. La que podría encajar con el cuadro descrito sería la comprendida en el número 1 del artículo 20 del Código Penal, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido que para la consideración de las psicopatías o trastornos de personalidad tenga el alcance de una eximente completa, no basta la mera presencia de la anomalía, sino que es necesario que a causa de la psicopatía no pueda comprender la ilicitud de sus acciones. En el caso que nos ocupa sabemos que la existencia del trastorno psicótico unido a la personalidad antisocial, si bien le produce una grave disminución de sus capacidades volitivas, no le afectan hasta el punto de no comprender la ilicitud de sus actos. Por ello, entendemos que sería de aplicación la eximente incompleta del

artículo 21.1 del Código Penal en relación con la circunstancia primera del artículo 20 del Código Penal. Así, el Tribunal Supremo ha venido considerando que las anomalías o alteraciones psíquicas tendrán la consideración de eximentes incompletas cuando la posibilidad de comprensión del sujeto activo se encuentre sensiblemente disminuida. Una vez sentado la concurrencia de la eximente incompleta, a la hora de determinar la pena habremos de acudir a lo establecido en el artículo 68 del Código Penal, que obliga a los tribunales a imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley atendidos el número y entidad de los requisitos que faltan o concurren y de las circunstancias personales del autor.

En el aspecto punitivo observamos que el artículo 138 del Código Penal sanciona al autor de un delito de homicidio con la pena de prisión de 10 a 15 años. En aplicación de lo establecido en el artículo 62 del Código Penal y la jurisprudencia aplicable al caso, habrá que rebajar la pena en un grado, esto es, la pena a imponer sería de 5 años y 1 día a 10 años. A continuación y por aplicación de lo establecido en el artículo 68 del Código Penal, habremos de bajar otro grado la pena impuesta, por lo que la pena inferior en grado a la de 5 a 10 años, sería la de 2 años 6 meses y 1 día a 5 años.

**3.** La siguiente cuestión a dilucidar, y en aplicación de lo establecido en el artículo 104 del Código Penal, sería la medida de seguridad a imponer a la vista de la eximente incompleta que hemos entendido que procedía aplicar. El citado artículo 104.1 del Código Penal establece: «En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20, el juez o tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99».

El reseñado artículo 104 del Código Penal, dependiendo de la eximente completa recogida en el artículo 20 del Código Penal (1.ª, 2.ª o 3.ª) con la que se relacione la eximente incompleta aplicada, deriva al artículo 101, 102 ó 103 del referido cuerpo legal. En nuestro caso deberemos acudir al artículo 101, el cual establece como medida a aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o de educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica, o cualquier otra medida de las previstas en el apartado 3 del artículo 96. La naturaleza de la medida de seguridad a la que se refiere el artículo 101 del Código Penal, ya sea el internamiento o alguna de las medidas recogidas en el artículo 96, va a depender de la valoración que hagan los peritos respecto a cuál es la más adecuada; pero en el plano estrictamente jurídico cobra relevancia la afirmación que hace el artículo 101 del Código Penal en el sentido de que la medida de internamiento sólo será de aplicación cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y «su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para este delito». El artículo 104 contiene idéntica afirmación.

El problema que suscita el precepto es si a la hora de imponer una medida de seguridad de internamiento, cuál deba ser la duración de la misma; esto es, si la misma duración de la pena impuesta, aplicando ya las rebajas penales a aplicar por el grado de perfección del delito (consumado o tentativa), por el grado de participación (autor o cómplice), por la existencia de la misma circunstancia

modificativa de la responsabilidad criminal tenida en cuenta para la aplicación de la medida de seguridad. Para dar respuesta a la cuestión deberemos acudir al artículo 6.º 2 del Código Penal que señala: «Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Observemos cómo el citado precepto hace referencia a «la pena abstractamente aplicable al hecho cometido». Ello ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a entender que a la hora de aplicar la medida de seguridad, su duración deberá definirse una vez aplicadas las normas contenidas en los artículos 61 a 64 del Código Penal, pero sin tener en consideración las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico. Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, de entenderse que la medida de seguridad a aplicar sea la de internamiento, el límite máximo estaría en los 10 años (no olvidemos que a la pena de 10 a 15 años de prisión que se establece para el homicidio consumado, al rebajar en un grado *por mor* de lo establecido en el art. 62 del CP, la pena sería la de 5 años y 1 día a 10 años; al no aplicar la rebaja por la eximente incompleta concurrente el tope del internamiento serían los 10 años).

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- LO 10/1995 (CP), arts. 6.º 2, 20.1, 21.1, 62, 68, 101, 104, 138 y 139.