

**Resumen**

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delito de homicidio en grado de tentativa. El TS dicta segunda sentencia por la que acuerda establecer una medida de seguridad para el condenado a fijar en ejecución de sentencia, ya que consta que padece un trastorno mental de considerable repercusión en sus facultades intelectivas, y que genera un grave riesgo para la ciudadanía, por lo que se hace también necesario someterlo al tratamiento médico adecuado para tratar de conseguir su sanidad en los términos y bajo las disposiciones reguladoras previstas legalmente.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.16 , art.20.1 , art.21.1 , art.21.6 , art.66.1 , art.68 , art.95 , art.101 , art.104 , art.138  
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.25.2

**ÍNDICE**

|                              |   |
|------------------------------|---|
| ANTECEDENTES DE HECHO .....  | 3 |
| FUNDAMENTOS DE DERECHO ..... | 3 |
| FALLO .....                  | 6 |
| SEGUNDA SENTENCIA .....      | 6 |

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

ANIMUS NECANDI  
EN EL HOMICIDIO  
Apreciación

ATENUANTES  
EXIMENTES INCOMPLETAS  
Enajenación mental  
En general  
Patologías  
Psicopatías  
Otras

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD  
EXIMENTES  
Circunstancias  
Enajenación mental  
Supuestos diversos

HOMICIDIO  
CUESTIONES GENERALES  
Concepto  
DOLO  
En general  
FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN  
Grados de ejecución  
Tentativa

PENALIDAD

En general

## MEDIDAS DE SEGURIDAD

SUPUESTOS  
CLASES

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS SANCIONES

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusado; Desfavorable a: Acusado

Procedimiento: Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.16, art.20.1, art.21.1, art.21.6, art.66.1, art.68, art.95, art.101, art.104, art.138 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.25.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.576 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.258.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.849.1, art.849.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

#### Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Jaén de 4 noviembre 2009 (J2009/333670)

Cita en el mismo sentido sobre ANIMUS NECANDI - EN EL HOMICIDIO - Apreciación STS Sala 2ª de 29 junio 2000 (J2000/21387)

Cita en el mismo sentido sobre ANIMUS NECANDI - EN EL HOMICIDIO - Apreciación STS Sala 2ª de 2 junio 2000 (J2000/18920)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 19 enero 2000 (J2000/460)

Cita en el mismo sentido sobre MEDIDAS DE SEGURIDAD - SUPUESTOS STS Sala 2ª de 27 octubre 1999 (J1999/45653)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 16 noviembre 1999 (J1999/33610)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 1 octubre 1999 (J1999/28080)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 24 abril 1995 (J1995/3068)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 17 febrero 1995 (J1995/1559)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 8 marzo 1995 (J1995/1352)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 6 mayo 1993 (J1993/4259)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 6 noviembre 1992 (J1992/10954)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 24 enero 1991 (J1991/616)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 6 junio 1990 (J1990/5938)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 22 enero 1986 (J1986/763)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 22 enero 1986 (J1986/762)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - EXIMENTES INCOMPLETAS - Enajenación mental - Patologías - Psicopatías STS Sala 2ª de 15 octubre 1984 (J1984/5162)

#### Bibliografía

Citada en "Reflexiones sobre la libertad vigilada"

Versión de texto vigente null

En la Villa de Madrid, a catorce de julio de dos mil diez.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado Sebastián, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda EDJ 2009/333670 , que le condenó por delito de tentativa de homicidio, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. De Villanueva Ferrer y el recurrido Acusación Particular Ángel Daniel representado por la Procuradora Sra. Alonso León.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Andújar instruyó sumario con el núm. 6 de 2008 contra Sebastián, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, que con fecha 4 de noviembre de 2009 EDJ 2009/333670 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Se considera probado tras valorar en conciencia la prueba practicada que sobre las 15:30 horas del día 5 de junio de 2005, encontrándose en la calle Conde del Prado de Arjona, Sebastián al ver a Ángel Daniel en el balcón, lo insultó con palabras como drogadicto, insultando también a la madre de Ángel Daniel, el cual bajó a la calle con la intención de coger el coche y marcharse a casa de su novia, pero al ver que el acusado continuaba en la calle y lo mal que lo estaba pasando su madre recriminó a Sebastián su conducta, diciéndose que marcharse del lugar, si bien sin acercarse al acusado al ver que éste llevaba una navaja, cuando se encontraba Ángel Daniel cerca de su coche, notó que alguien le empujaba por detrás y al intentar incorporarse el acusado le clavó la navaja de 8 cms. de hoja en el hemitórax derecho a nivel del segundo espacio intercostal derecho, atravesando la navaja la pared costal a ese nivel produciendo un neumotórax y un hemotórax, herida que le hubiera causado la muerte si no hubiese sido intervenido de urgencias en el Hospital Alto Guadalquivir de Andújar donde fue sometido a un abordaje quirúrgico del hemoneumotórax y transfusión de sangre, siendo estabilizado en el Hospital Cruz Roja de Córdoba donde fue trasladado, estando ingresado hasta el 11 de junio de 2005, como consecuencia de las heridas que sufrió, invirtió 373 días en curar, con 40 días de incapacidad, quedándole como secuelas 2 cicatrices, una en el tercio superior de la cara anterior del hemitórax derecho de 1x2,25 cms. y otra de 2 cms. en línea en hipocondrio-flanco derecho y estrés postraumático. El procesado padece trastorno de la personalidad paranoide.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al procesado Sebastián como autor responsable de un delito ya definido de homicidio en grado de tentativa, con la circunstancia atenuante del núm. 1 del art. 21 del C. Penal EDL 1995/16398 , en relación con el 20.1, a la pena de seis años de prisión, prohibición de aproximarse a la víctima, su cónyuge, hermanos y padres, impidiendo que se acerque a ellos en cualquier lugar en que se encuentren, así como acercarse a su domicilio o lugar de trabajo durante diez años, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a que indemnice al perjudicado en la suma de 30.000 euros, cantidad que se incrementará conforme a lo dispuesto en el art. 576 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Siéndole de abono para el cumplimiento el tiempo que ha estado privado cautelarmente de libertad por esta causa. Notifíquese esta sentencia a las partes, conforme dispone el art. 258.4 L.O.P.J. EDL 1985/8754 Y luego que sea firme esta sentencia, pase la ejecutoria al Ministerio Fiscal para que dictamine.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado Sebastián, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Sebastián, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del núm. 2 del art. 849 L.E.Cr EDL 1882/1 . Extracto.- Por error en la apreciación de la prueba, que ha llegado a la Sala a omitir que el acusado, por padecer un trastorno paranoide de la personalidad, lo que admite la sentencia con valor de hecho probado, tiene tendencia a reaccionar con gran intensidad ante pequeños acontecimientos, ya que los interpretan como grandes amenazas.

Segundo.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 L.E.Cr EDL 1882/1 . Extracto.- Por aplicación indebida del art. 138 C.P EDL 1995/16398 . en relación con el art. 12 C.P EDL 1995/16398 ., que exige la concurrencia del dolo para castigar al recurrente.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, apoyó parcialmente su motivo segundo e impugnó el resto, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida solicitándose su desestimación y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 7 de julio de 2010.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La A.P. de Jaén EDJ 2009/333670 condenó al acusado Sebastián como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa de los arts. 138 y 16 C.P EDL 1995/16398., con la concurrencia de la eximente incompleta de anomalía psíquica del art. 21.1 en relación con el 20.1 de dicho Código.

El condenado en la instancia recurre en casación contra la mentada sentencia EDJ 2009/333670 , formulando un primer motivo al amparo del art. 849.2 L.E.Cr EDL 1882/1 ., por "omitir que el acusado, por padecer un trastorno paranoide de la personalidad, lo que admite la sentencia con valor de hecho probado y tiene tendencia a reaccionar con gran intensidad ante pequeños acontecimientos, ya que los interpreta como grandes amenazas".

Designa la parte recurrente como documentos que fundamentan el motivo, el Informe del Dr. Nicolás del Instituto de Medicina Legal de Jaén y el Informe Pericial médico-psicológico emitido por dos doctoras médicos-forenses, de cuyo análisis el motivo muestra la coincidencia de ambos en diagnosticar que el acusado sufre un trastorno paranoide de la personalidad y que las personas aquejadas de esta anomalía "sospechan, sin base suficiente, que los demás les están.... engañando" y "suelen estar siempre atentos y vigilantes porque piensan que cualquiera puede atacarles de un modo u otro en cualquier momento y necesitan defenderse de ellos". "Tienden a reaccionar con gran intensidad ante pequeños acontecimientos, ya que los interpretan como grandes amenazas". De donde el recurrente sostiene que debería haberse apreciado la eximente del art. 20.1, como solicitó en la instancia.

Ambos dictámenes se extienden en ilustrar de manera genérica sobre el trastorno paranoide de la personalidad, que es la patología que diagnostican al acusado de consuno y, al establecer las conclusiones de sus valoraciones, D. Nicolás únicamente precisa que dicha patología -refiriéndose al acusado-" puede alterar parcialmente las capacidades intelectual y volitiva".

El informe médico-forense ratifica el diagnóstico de trastorno de personalidad paranoide que señala que "durante la exploración D. Sebastián se ha mostrado consciente, orientado, sin impulsividad y con ausencia de síntomas compatibles con alteraciones sensorio-perceptivas. Los resultados de la prueba psicológica administrada, junto al resto de datos periciales a los que se ha tenido acceso, son compatibles con el trastorno de personalidad que tiene diagnosticado Sebastián. Derivado de las características del trastorno que presenta, el explorado tiene vulnerabilidad para presentar alteraciones en su comportamiento social, en las relaciones interpersonales y desajustes emocionales ante factores que pueda vivenciar con tensión y/o que le produzcan malestar".

De las declaraciones complementarias de esos Informes, cabe destacar las manifestaciones de una de los forenses en el sentido de que el acusado "puede distinguir lo correcto de lo incorrecto, pero actúa a su manera". Y D. Nicolás ratifica que "tenía parcialmente alteradas sus facultades mentales, pero es difícil saber en qué medida lo estaban".

Las características que presentaba el acusado deben ser puestas en relación con los actos por él ejecutados, que en el "factum" de la sentencia EDJ 2009/333670 se describen del siguiente modo: "Sobre las 15:30 horas del día 5 de junio de 2005, encontrándose en la calle Conde del Prado de Arjona, Sebastián al ver a Ángel Daniel en el balcón, lo insultó con palabras como drogadicto, insultando también a la madre de Ángel Daniel, el cual bajó a la calle con la intención de coger el coche y marcharse a casa de su novia, pero al ver que el acusado continuaba en la calle y lo mal que lo estaba pasando su madre recriminó a Sebastián su conducta, diciéndose que marcharse del lugar, si bien sin acercarse al acusado al ver que éste llevaba una navaja, cuando se encontraba Ángel Daniel cerca de su coche, notó que alguien le empujaba por detrás y al intentar incorporarse el acusado le clavó la navaja de 8 cms. de hoja en el hemitórax derecho a nivel del segundo espacio intercostal derecho, atravesando la navaja la pared costal a ese nivel produciendo un neumotórax y un hemotórax, herida que le hubiera causado la muerte si no hubiese sido intervenido de urgencias".

SEGUNDO.- En la actualidad, y al menos desde las S.S.T.S. de 29 de febrero y 22 de junio de 1988, que pusieron de relieve el obstáculo que representaba, para continuar negando la condición de enfermedad mental a las psicopatías, la inclusión de las mismas entre los trastornos mentales y del comportamiento en la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales elaborada por la OMS, se ha generalizado en la doctrina jurisprudencial la aceptación de que los trastornos de la personalidad son auténticas enfermedades mentales aunque esta Sala, en los casos en que dichos trastornos deben tener influencia en la responsabilidad criminal, pues cabe naturalmente la posibilidad de que sean penalmente irrelevantes, ha continuado aplicando en general la atenuante analógica -SS de 22-1-86 EDJ 1986/762 y 6-3-80- reservando la aplicación de la eximente incompleta -SS 24-1-91 EDJ 1991/616 , 6-11-92 EDJ 1992/10954 , 24-4-93 y 8-3-95 EDJ 1995/1352 - para cuando el trastorno es de una especial y profunda gravedad o está acompañado de otras anomalías orgánicas o psíquicas de las que son las más citadas el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus primeros grados, la histeria, la toxicomanía etc. Ahora bien, las condiciones legales para un correcto afrontamiento del problema de los trastornos de la personalidad y su influencia en la responsabilidad criminal han mejorado sustancialmente con el nuevo Código Penal EDL 1995/16398 que se promulgó por la LO 10/1995 EDL 1995/16398 .

La insuficiente alusión al "enajenado" del art. 8.1 del viejo Texto ha sido sustituida, en el art. 20.1 del vigente, por la expresión "cualquier anomalía o alteración psíquica", mucho más amplia y comprensiva. Por otra parte, la interpretación biológico-psicológica de la fórmula legal que, en el pasado, realizaron los Tribunales, ahora es adelantada por el legislador que exige, para que la anomalía o alteración psíquica exima de responsabilidad, que el sujeto, a causa de ella, "no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión" al tiempo de cometer la infracción penal. La primera modificación permite ya, sin esfuerzo alguno, incluir en el ámbito de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad a los trastornos de la personalidad. Si ya antes parecía superada la vieja cuestión de la naturaleza morbosa o patológica de estos trastornos, nadie puede discutir ahora que son, exactamente, "anomalías o alteraciones psíquicas" por lo que, no deben continuar siendo presupuesto de la atenuante analógica que hoy aparece en el art. 21.6 del Código Penal EDL 1995/16398 . Las psicopatías no tienen "análoga significación" a las anomalías psíquicas sino que literalmente lo son. La segunda modificación, por su parte, viene a situar las posibles consecuencias de las psicopatías sobre la imputabilidad en un marco conceptual más próximo a las posiciones de la actual doctrina científica. A partir de ahora, sobre lo que tienen que preguntarse los tribunales, cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica, no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. Es ésta una definición de la imputabilidad que pone prudentemente el acento en la mera aptitud del sujeto para ser motivado por la norma, al mismo nivel que lo es la generalidad de los individuos de la sociedad en que vive, y, a partir de esa motivación, para conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarla, (véase S.T.S. de 16 de noviembre de 1999 EDJ 1999/33610 ).

TERCERO.- Abundando en esta materia es necesario subrayar que debe distinguirse la paranoia genuina de la simple personalidad paranoide. La personalidad paranoide -o el trastorno paranoide de la personalidad- no es una psicosis sino una simple alteración anormal del carácter o de la personalidad que supone posiblemente una cierta predisposición a lo paranoico, especialmente si aquélla va asociada a otras alteraciones internas o externas que en manera más o menos importante, gravitan sobre la mente humana. Esa personalidad es, en

conclusión, un síndrome mental de rasgos atenuados. El paranoico es un enajenado, mientras que la personalidad paranoide se encuentra en el límite entre la normalidad y la anormalidad, lo que significa que serán las demás circunstancias del sujeto las que definirán su capacidad intelectual y volitiva. El paranoico actúa por lo común con conocimiento como consecuencia de causas íntimas y, a la vez, como consecuencia de ese delirio externo y persistente que, no siempre único, mueve a su antojo la mente del enfermo porque le lleva siempre a una delirante interpretación de la realidad (SS. 22-1-86 EDJ 1986/763 , 26-10-89 y 6-6-90 EDJ 1990/5938 ) (STS 590/95, de 24 de abril EDJ 1995/3068 ).

El trastorno paranoide de la personalidad equivale a lo que en la terminología anterior se denominaba psicopatía paranoide, que no debe confundirse con la paranoia propiamente dicha, o psicosis paranoica, que constituye una verdadera enajenación en el sujeto, apta para excluir la responsabilidad criminal cuando el hecho delictivo se encuentra dentro del ámbito al que esa paranoia se refiere.

En tal confusión incurre el recurrente cuando en este recurso pretende la exención de responsabilidad.

El trastorno paranoide de la personalidad, recogido en la sentencia recurrida, puede ser penalmente irrelevante cuando el delito se refiere a unos hechos ajenos al núcleo de este trastorno. Y cuando, tiene relación con la infracción penal, a lo sumo, puede determinar la eximente incompleta que la Audiencia Provincial EDJ 2009/333670 reconoció en el caso presente, salvo que en el supuesto concreto concurriera algún trastorno mental transitorio del cual no hay en los autos el más mínimo rastro.

Véanse las sentencias de esta Sala de 15.10.84 EDJ 1984/5162 , 2.11.89, 20.11.89, 6.6.90 EDJ 1990/5938 , 6.5.93 EDJ 1993/4259 , 17.2.95 EDJ 1995/1559 , 26.5.95, 1.10.99 EDJ 1999/28080 y 19.1.2000 EDJ 2000/460 , entre otras muchas, relativas a esta clase de trastorno de la personalidad en relación con la psicosis paranoica.

CUARTO.- En el supuesto que examinamos los documentos que designa el recurrente no acreditan que el acusado -que no es un paranoico- ejecutara el apuñalamiento de la víctima teniendo completamente abolida su capacidad de discernimiento que anulara su imputabilidad. La personalidad paranoide, por sí sola, no demuestra de manera incuestionable que su capacidad de raciocinio estuviera total y absolutamente dominada por la idea irreprimible de que iba a ser objeto de un ataque grave, inminente, injusto que pusiera en riesgo su vida o su integridad física, y que esta creencia fuera de tal intensidad que eliminara toda posibilidad de comprender la realidad. No existe suficiente prueba de que en el momento de los hechos el autor sufriera una obnubilación completa que le impidiera absolutamente su capacidad de discernimiento y decisión y, en consecuencia, el reproche casacional no puede ser estimado, debiendo señalar que la apreciación de la semieximente del art. 21.1 es jurídicamente acertada y conforme con los datos que ha valorado el Tribunal.

QUINTO.- El motivo segundo alega infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr EDL 1882/1 . por indebida calificación de los hechos como delito de homicidio intentado, por cuanto, se aduce, no concurre el "animus necandi" en la conducta del acusado, sino únicamente el ánimo de lesionar "para parar lo que su mente enferma consideraba un ataque". De donde -concluye- la anomalía psíquica que presenta el acusado, excluye el elemento subjetivo del tipo constituido por el dolo homicida, "por lo que debe declararse que el acusado actuó con ánimo laedendi y no con ánimo necandi".

El alegato del recurrente es incongruente, contradictorio y carente de todo fundamento. Por una parte, si la deficiencia mental del acusado exime del dolo, esta exención afectaría tanto al dolo de matar como al dolo de herir.

En otro orden de cosas, la mecánica comisiva, el arma utilizada, la fuerza con la que se asestó el navajazo, la zona del cuerpo a la que se dirigió el ataque y la innegable gravedad de las lesiones causadas, evidencian desde un plano objetivo que la agresión pretendía la muerte de la víctima con dolo directo. Y, desde luego, este dolo homicida es perfectamente compatible con la alteración psíquica del agente porque, por muy perturbadas que tenga sus facultades mentales, sus actos demuestran que quiere matar y hace lo necesario para ello. Otra cosa muy diferente es la incidencia que esa anomalía psíquica pueda tener en el ámbito de la imputabilidad como causa de exención o minoración de la responsabilidad criminal, cuestión ésta que ha sido ya objeto de análisis en los epígrafes precedentes.

Como señalábamos en nuestra STS de 2 de junio de 2000 EDJ 2000/18920 , el ánimo homicida es compatible con el trastorno psíquico apreciado como incompleto pues, de aceptarse su planteamiento se llegaría al absurdo de convertir en inaplicable los apartados 1, 2 y 3 del art. 20 y el primero y segundo del art. 21 del C. Penal EDL 1995/16398 a las conductas contra la vida ajena desarrolladas por afectados mentales al considerar a éstos incapaces de querer y obrar para matar. El hecho de que la Sala sentenciadora haya llegado correctamente a la conclusión de que, en el momento de cometer los hechos, el acusado tenía afectadas sus facultades mentales hasta el punto de permitir la apreciación de una eximente incompleta no excluye la presencia del propósito de matar que se había formado en su interior por la confluencia de todas las circunstancias antecedentes y concomitantes a la acción de apuñalar. Dicha intención se exteriorizó de forma clara y rotunda en el desarrollo de la acción agresiva y sus diversas secuencias cuya gráfica descripción aparece plasmada en el "factum" de la combatida.

En la misma línea, y en relación con la alevosía, que es una circunstancia eminentemente dolosa, la STS de 29 de junio de 2000 EDJ 2000/21387 afirma la compatibilidad con la eximente completa del art. 20.1 C.P EDL 1995/16398 ., al margen de los efectos de ésta sobre la capacidad de culpabilidad del agente.

La censura debe ser desestimada, a salvo de lo que a continuación se dirá.

SEXTO.- No obstante lo hasta aquí consignado, la voluntad impugnativa que todo recurso de casación representa, permite a esta Sala hacer las siguientes consideraciones:

La primera consiste en reparar el error cometido por el Tribunal sentenciador EDJ 2009/333670 al imponer la pena correspondiente al delito. La sentencia califica los hechos como delito de homicidio en grado de tentativa, por lo que, a la pena legalmente señalada (diez a quince años de prisión) la rebaja en un grado, quedando ésta en prisión de 5 a 10 años. Seguidamente, entra en juego la regla penológica del art. 66.1.2 y 68 C.P EDL 1995/16398 ., por lo que al concurrir una atenuante muy cualificada o eximente incompleta, el Tribunal "impondrá" la pena inferior en, al menos un grado, por lo que la procedente será de prisión entre 2 años y 6 meses a 5 años.

La sentencia castiga el delito cometido con 6 años de prisión, lo que supone un error manifiesto que debe corregirse, según lo expuesto, imponiendo la pena de tres años de privación de libertad.

En este punto la sentencia debe ser casada, dictándose otra por esta misma Sala fijando la sanción según el razonamiento precedente.

**SÉPTIMO.-** Por otra parte, y constatado que el acusado padece un trastorno mental de considerable repercusión en sus facultades intelectivas, y que genera un grave riesgo para la ciudadanía, por lo que se hace también necesario someterlo al tratamiento médico adecuado para tratar de conseguir su sanidad en los términos y bajo las disposiciones reguladoras previstas en los arts. 95 y 22. C.P EDL 1995/16398., y, en particular, las que se contienen en los arts. 101 y 104.

Cual haya de ser la medida de seguridad concreta a imponer no puede precisarse ahora: se hace necesario que en ejecución de sentencia se tramite un incidente contradictorio, con intervención forzosa del Ministerio Fiscal y de un letrado que defienda al condenado, incidente en el que incluso se podrán practicar pruebas, particularmente los informes periciales que sean necesarios al respecto. Véase la reciente sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 1999 EDJ 1999/45653 .

Estimamos que este modo de proceder, acordando la aplicación al condenado de una medida de seguridad sobre la que no se ha debatido antes al no haber sido planteado el tema por ninguna de las partes, no produce indefensión por dos razones:

1ª. Por la evidencia de la necesidad de aplicar la medida de seguridad que corresponda entre aquellas que el legislador tiene previstas para el caso, no sólo en beneficio de la sociedad, amenazada por la comisión de nuevos delitos, sino también en favor del reo en pro de unas mejores posibilidades para su rehabilitación y reinserción social (art. 25.2 CE EDL 1978/3879 ).

2ª. Porque el condenado ha de intervenir, debidamente asistido de letrado, en el mencionado incidente a tramitar en ejecución de sentencia, en el cual podrá alegar y proponer prueba en los mismos términos que la parte contraria.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, con estimación parcial de su primer motivo y desestimación del resto interpuesto por la representación del acusado Sebastián; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, de fecha 4 de noviembre de 2009 EDJ 2009/333670 , en causa seguida contra el mismo por delito de tentativa de homicidio. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Luciano Varela Castro.- Diego Ramos Gancedo.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de julio de dos mil diez.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Andújar, en el sumario núm. 6 de 2008, y seguida ante la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, por delito de tentativa de homicidio contra el acusado Sebastián, con D.N.I. núm. 000, nacido el 20-06-50 en Arjona, hijo de Juan y de Ignacia, vecino de Andújar, calle direccion000, núm. 001-núm. 002-núm. 003, con instrucción, sin antecedentes penales y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 4 de noviembre de 2009 EDJ 2009/333670 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

### ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia EDJ 2009/333670 .

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala y, en lo que no se opongan a éstos, los que constan en la sentencia recurrida.

### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al procesado Sebastián como autor responsable de un delito ya definido de homicidio en grado de tentativa, con la circunstancia atenuante del núm. 1 del art. 21 del C. Penal EDL 1995/16398 , en relación con el 20.1, a la pena de tres años de prisión, prohibición de aproximarse a la víctima, su cónyuge, hermanos y padres, impidiendo que se acerque a ellos en cualquier lugar en que se encuentren, así como acercarse a su domicilio o lugar de trabajo durante diez años, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a que indemnice al perjudicado en la suma de 30.000 euros, cantidad que se incrementará conforme a lo dispuesto en el art. 576 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Siéndole de abono para el cumplimiento el tiempo que ha estado privado cautelarmente de libertad por esta causa.

El Tribunal de instancia procederá a establecer, en su caso, la aplicación de la medida de seguridad que corresponda en trámite de ejecución de sentencia, según lo consignado en el cuerpo de la primera sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Luciano Varela Castro.- Diego Ramos Gancedo.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012010100621