



Audiencia Provincial de Barcelona
Sección Segunda
Diligencias Urgentes núm. 67/09
Rollo de Apelación núm. 271/09
Juzgado de Instrucción nº. 3 de Barcelona

AUTO NÚM. 346

Ilmo. Sr. Presidente
Don Pedro Martín García

Ilmos. Sres. Magistrados
Don José Carlos Iglesias Martín
Doña María José Magaldi Paternostro

En Barcelona, a diecisiete de Junio del dos mil nueve.

HECHO

Único . -- En el día de la fecha se ha deliberado y votado el recurso de apelación interpuesto por el Letrado Don Iván García Ayuso, en nombre, representación y defensa de Don Alejandro Martínez Singul, contra el auto de 14 de Mayo del 2009 dictado por el Juzgado de Instrucción nº. 3 de Barcelona en las Diligencias Urgentes núm. 67/09, con base en los argumentos contenidos en el escrito de formalización del recurso de apelación, los que, por motivos de economía procesal, se dan aquí por reproducidos, formulando oposición al mismo el Ministerio Fiscal, recurso que, previos los trámites legalmente preceptivos, tuvo entrada en la Secretaría de esta Sección en 25 de Mayo del 2009, habiéndose observado en su tramitación ante este Tribunal todas las prescripciones legales.

Ha sido Magistrado Ponente S.S^a Ilma. Don Pedro Martín García, quien expresa el



RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Único . -- Tras de la relación de hechos contenida en el primero de los hechos del auto 14 de Mayo del 2009 el Juez 'a quo' configura los mismos como indiciariamente constitutivos de dos delitos de agresión sexual en grado de tentativa, del **art. 178 del Código Penal** en relación con los **arts. 16 y 62** del mismo cuerpo legal, dando así por cumplido el primer requisito de los exigidos para poder adoptar la medida cautelar de la prisión provisional (**art. 503 ap. 1 núm. 1º L.E.Crim.**).

Pues bien, tales hechos -- es decir, los relacionados en el auto acordando la prisión provisional de Don Alejandro Martínez Singul --, desde un prisma jurídico riguroso resultan difícilmente incardinables en una tentativa de agresión sexual.

Como presupuesto de nuestra resolución analizaremos todas y cada una de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sostenidas con relación al deslinde entre los actos preparatorios -- impunes cuando se trata de delitos contra la libertad sexual, al no haber sido expresamente tipificados por el Legislador - y el comienzo de la tentativa.

Los criterios que se han sostenido con relación al precitado tema, todos los cuales parten de la opinión pacífica de que el comienzo de la ejecución necesario para la apreciación de la tentativa requiere que se traspase la frontera que separa los actos preparatorios, son los siguientes :

1. Teoría subjetiva.

Defendida en el siglo XIX, y que ya no se mantiene en la actualidad, sostiene que el dato decisivo para diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos era la opinión del sujeto acerca de su plan criminal, de tal manera que serían actos ejecutivos aquellos que para el sujeto son ya actos ejecutivos (de su plan).

Como hemos señalado está teoría está actualmente en desuso, pues además de los problemas de prueba que comportaba no se compadecía con el principio de legalidad, ya que es la Ley, y no el autor, la que debe determinar a partir de que momento los actos son punibles, amén de ser incompatible con el fundamento objetivo de la punición de la tentativa en nuestro sistema punitivo (***“hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado : art, 16 párrafo primero Código Penal***).

Una modalidad restringida de dicha teoría consideraba comenzada la tentativa con la práctica de aquellos actos que revelan suficientemente el propósito delictivo del autor, siendo seguida por la jurisprudencia tradicional de la **Sala Segunda del Tribunal Supremo** que la abandonó progresivamente.



2. Teoría objetivo formal.

Esta teoría no estuvo muy difundida en España y en la actualidad, al igual que sucede con la antes examinada, está abandonada. Para esta teoría la tentativa comenzaría con el inicio por parte del sujeto de la acción descrita en el tipo en sentido estricto. Así, por ejemplo, en el delito de homicidio la tentativa, comienzo de la ejecución, con el inicio por parte del sujeto de la acción de matar, pero ello no sólo conduciría a una tautología (¿Cuándo comienza la acción de matar, al sacar la pistola, al apuntar, al apretar el gatillo?), sino que llevada a sus últimos extremos conduciría a la conclusión de que en todo delito de acción instantánea (como el homicidio) no cabe la tentativa, pues o se mata o no se mata.

De otra parte, tampoco se compadece con el fundamento de la tentativa en nuestro **Código Penal**, cuya definición exige : **“dar principio a la ejecución directamente por hechos exteriores”**.

3. Teoría objetivo material.

Seguida por la **Sala Segunda del Tribunal Supremo** y considerada por la doctrina la que mejor encaja en la definición legal de la tentativa en el **Código Penal**.

Esta teoría parte de la necesidad de acudir a un criterio material que permita delimitar objetivamente el inicio del “campo previo” a la consumación, que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido amplio. Para ello debe de tomarse en consideración **el plan del autor**, pero **valorándolo desde un prisma objetivo (S.S.TS. 1866/2000, de 5 de Diciembre ; 630/2004, de 18 de Mayo y 359/2006, de 21 de marzo)**.

Desde este punto de vista -- objetivo, subjetivo - los criterios objetivos de valoración del plan del autor son dos, de un lado, **la puesta en peligro inmediata del bien jurídico** y, de otro lado, **la inmediatez temporal**.

El primer criterio afirma el comienzo de la tentativa cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico, en tanto el segundo lo afirma cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de la conducta típica si el tipo describe una sola conducta (como en el hurto la de tomar la cosa, en el homicidio la de matar . . .), o en los tipos que describen varios actos (como en el robo o la agresión sexual violentos o intimidatorios) cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a uno de los descritos en el tipo, siendo este último criterio, el de la inmediatez temporal, especialmente eficaz en los supuestos dudosos.

Tal y como destaca la **S.TS. 2227/2001, de 29 de Noviembre**, la inmediatez temporal (como comienzo de los actos de ejecución y, por ende, de la tentativa) supone la necesidad de que no falte ninguna fase intermedia entre el acto de que se trate y la estricta realización de la conducta típica cuando ésta se ejecute en un solo acto o, en otro caso, o de alguno de los actos que la integran cuando la conducta típica suponga varios actos como sucede en el supuesto de autos.



Proyectando ahora las exigencias legales, doctrinales y jurisprudenciales al supuesto de autos, para tener en cuenta el plan del autor valorándolo objetivamente (criterio de inmediatez temporal), nos encontramos en este momento procesal, como único acto, que el imputado siguió por la calle a las denunciadas y que cuando éstas entraron en el portal del domicilio de una de ellas permaneció frente al mismo al parecer masturbándose, acto que ellas vieron porque se giraron a mirar desde la puerta del ascensor (conducta no constitutiva de delito de exhibicionismo dada cuenta de la edad de las mismas, y a lo sumo integrante de una falta de vejación injusta), y aún teniendo en cuenta los antecedentes del hoy apelante no se puede sostener como única conclusión lógica, racional y conforme a las reglas de la experiencia humana común que con su conducta había dado comienzo a la ejecución de dos delitos de agresión sexual (¿y por que no de abuso sexual?).

En resumen, resulta cuando menos discutible que lo que el Juez 'a quo' ha calificado como tentativa de agresión sexual sea verdaderamente tal (lo que, en todo caso, deberá resolver el propio Juez instructor agotada la fase de instrucción o bien el órgano judicial llamado al enjuiciamiento si éste llegara a tener lugar, pero no este Tribunal dado que por vía de recurso no ha sido llamado a pronunciarse sobre tal extremo), duda sobre la tipicidad del hecho, o sobre su gravedad penal, que necesariamente debe conducir a no entender justificada la adopción de la medida cautelar de prisión provisional.

El recurso, pues, debe ser estimado.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA, por ante mí, la Secretaria, **DIJO** : Que debía **estimar y estimaba** el recurso de apelación interpuesto por el Letrado Don Iván García Ayuso, en nombre, representación y defensa de Don **Alejandro Martínez Singul**, contra el auto de 14 de Mayo del 2009 dictado por el Juzgado de Instrucción nº. 3 de Barcelona en las Diligencias Urgentes núm. 67/09, y, en consecuencia, revocándolo, debía decretar y decretaba la libertad provisional sin fianza alguna del mencionado apelante, quien deberá designar domicilio para notificaciones y prestar obligación 'apud acta' de comparecer ante el Juzgado instructor u órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento todos los lunes hábiles de cada mes y cuantas veces fuere llamado, declarando de oficio las costas procesales de la presente alzada.

Notifíquese el presente auto al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, únase certificación del mismo al Rollo de Sala y remítase otra, al Juzgado inferior, y una vez verificado todo ello archívese el presente Rollo sin más trámites, previas las oportunas anotaciones en el Libro Registro de su razón.

Así lo acordó y mandó la Sala y firman S.S^a Iltmas. ; doy fé.