

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO

*Fiscal***ENUNCIADO**

CTW, la madrugada del día de la fecha, caminaba por una calle de esta localidad, cuando se cruzó con una mujer llamada DZK, que caminaba sola, adelantada a un grupo de amigos con los que se encontraba, por lo que aprovechando que estaba sin compañía, se abalanzó por la espalda sobre la misma, logrando arrojarla al suelo, concretamente, al espacio existente entre dos coches y, colocándose encima de ella, la agarró del cuello para impedir que gritara y privándole de movilidad y de la posibilidad de oponerse, para a continuación subirle la falda, bajarle las bragas y desabrocharse el pantalón, sin conseguir penetrarla al hacer acto de presencia uno de sus acompañantes, lo que provocó la huida de CTW, que fue detenido minutos más tarde por la policía que acudió al lugar. Como consecuencia de los hechos DZK sufrió lesiones que precisaron primera asistencia médica, al consistir en erosiones y contusiones varias.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Calificación jurídica de los hechos.

SOLUCIÓN

La primera impresión, acertada, que se desprende de la lectura del caso práctico propuesto es que parece indudable a partir del relato de los hechos la existencia de un delito contra la libertad e indemnidad sexual. Sin embargo, puede suscitar dudas la concreta tipificación, pues puede aplicarse la figura básica del delito de agresión sexual, o bien la agravada determinada por el acceso carnal del artículo 179 del Código Penal (CP). En este sentido cobra relevancia la cuestión relativa al *iter criminis*, a la consumación o no de la indicada figura, y la consideración que desde esta perspectiva debe tener el proceder de CTW.

En este sentido deben distinguirse los actos preparatorios de los actos de ejecución.

Los actos preparatorios en nuestro ordenamiento penal son la proposición, la conspiración y la provocación, que únicamente son objeto de sanción penal, es decir, que sólo serán objeto de punición en los casos expresamente previstos en la Ley (arts. 17 y 18 del CP).

Los actos de ejecución son un paso más en el *iter criminis*, por cuanto suponen un paso más allá. De esta manera, de la ideación del delito, se entra en la fase de la práctica del hecho delictivo, de los meros pensamientos delictivos y de las resoluciones manifestadas, actos preparatorios a los que anteriormente me referí, se pasa a la fase de ejecución a través de actos exteriores directamente dirigidos al diseño propuesto. En la actualidad el CP de 1995 ha prescindido de la tradicional distinción entre tentativa y frustración, que eran tradicionalmente entendidos como inicio de ejecución o intento inacabado y como acabado fallado respectivamente, englobando ambas figuras en el artículo 16 donde define la tentativa como principio de la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. Además, desde el punto de vista de la pena, el Código fija la pena para la tentativa en la inferior en uno o dos grados a la correspondiente al delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado (art. 62 del CP).

La relación de hechos expuesta, desde la observación de la normativa aplicable antes indicada, permite concluir que:

- a) En ningún caso nos encontramos ante un acto preparatorio en sentido estricto.

Se abalanza CTW sobre DZK, por la espalda, la inmoviliza y le impide pedir auxilio, le sube la falda, le baja las bragas, se desabrocha el pantalón, si bien no puede culminar su propósito libidinoso por la presencia de personas del grupo que le acompañaba, aunque transitoriamente estuviera sola. Estos actos no son meros actos de ideación, meras resoluciones manifestadas, sino que son actos de ejecución que van dirigidos directa y objetivamente a la consecución de su propósito criminal. Tienen su encaje apropiado entre los actos de ejecución.

- b) Nos encontramos ante actos propios de ejecución, y la intención del sujeto deberá extraerse de los diferentes elementos acreditados que vengán a dar o tiendan a objetivizar aquel hecho subjetivo, y de ahí incluir el hecho en uno u otro de los tipos penales indicados al principio, pues no es igual la intención que puede tener el sujeto en la agresión sexual básica del artículo 178, que la que requiere la modalidad agravada por la penetración del artículo 179. Para determinar de la manera objetiva indicada la intención de CTW, es preciso partir de los elementos que se recogen en los hechos expuestos.

Por un lado pueden citarse como elementos referentes al lugar; en primer lugar, el hecho de ser la madrugada, en una calle solitaria, que es aprovechado por el agresor para a través de la sensación de impunidad que le ofrecen tales hechos tirar al suelo a DZK; en segundo lugar el ataque violento que se efectúa por la espalda y arroja al suelo a la víctima; en tercer lugar el agresor, CTW, realiza una serie de actos inequívocos que se orientan hacia la realización del hecho, así la inmoviliza, la agarra del cuello, le sube la falda, la baja la braga, se desabrocha el pantalón.

De todo este conjunto de elementos, concurrentes en el hecho, se desprende que el detenido por la policía después de darse a la fuga, CTW, tenía una intención directamente encaminada a consumir la penetración, cuya realización se ve interrumpida por la intervención de terceras personas, es decir, el sujeto huye del lugar a consecuencia de la intervención de los acompañantes de la víctima, por lo que tampoco cabría aplicar un desistimiento activo, de dificultosa aplicación, pues las iniciativas para llegar a la consumación del acto sexual fueron casi totales y sólo ante la aparición de terceras personas en el escenario de los hechos es cuando desiste de la acción, de la consumación final del acto atentatorio contra la libertad sexual, cuyos actos

previos estaban acabados. Por tanto, los actos del sujeto son inequívocos, en cuanto se dirigen a vulnerar el bien jurídico protegido por el artículo 179, no realiza actos o gestos que hubieran supuesto la consumación de la agresión sexual básica del artículo 178, que ya estaba consumada, sino una intención evidenciada de yacer con la víctima, como se desprende con claridad de los actos ejecutados.

Por tanto incuestionablemente nos encontramos ante un delito en grado de tentativa del artículo 179 del CP, por que el sujeto tenía intención de realizar un acceso carnal con penetración, no meramente atentar contra la libertad sexual de DZK.

Sin embargo debemos preguntarnos si estamos ante una tentativa acabada o inacabada, que supondría la aplicación de la pena del delito correspondiente rebajándola en un grado o en dos grados.

La tentativa acabada supone una ejecución total, la realización de todo lo realmente necesario para realizar el delito pero no se consuma finalmente, por causas ajenas al autor del hecho, y lleva consigo la imposición de la pena inferior en un grado, mientras que la tentativa inacabada, en cuanto ejecución parcial de los actos que causarían el hecho delictivo, implica una rebaja de la pena en dos grados.

Como ya se indicó arriba, el Tribunal ha de tener en cuenta para la rebaja de la pena la gravedad y la violencia de la acción, es decir, atender al «peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado», a que se refiere el artículo 62 mencionado. Y para la resolución del caso también deben valorarse esos extremos. Los actos de ejecución estaban casi cumplidos, la penetración era inminente, la violencia desplegada fue importante y el hecho de notoria gravedad, y por ello puede partirse incluso del propio tenor del artículo 62 al referirse al grado de ejecución alcanzado, lo que supone una modulación de la división entre tentativa acabada y tentativa inacabada, que ha sido expresada por el Tribunal Supremo, por ejemplo en la sentencia de 14 de mayo de 2004, en la que después de recordar que efectivamente la distinción entre tentativa acabada e inacabada supone una rebaja de la pena en uno o dos grados, expone que en casos excepcionales, caracterizados por el peligro inherente al intento, a que se refiere el artículo 62 del CP, dicho criterio general podría verse alterado, pero mediando la adecuada justificación expresa en la resolución que impone la pena concreta de que se trate.

Por tanto y a la luz de esta jurisprudencia puede decirse que nos encontramos ante una tentativa inacabada de delito, pues el éxito se frustra por la presencia de personas ajenas al hecho, pero respecto de la cual la pena a imponer no será la señalada al delito rebajada en dos grados, sino en un solo grado a la vista de la gravedad de los hechos, de la violencia desplegada, del peligro inherente al intento, de la próxima o inmediata consumación.

Considero que la calificación sería la de entender los hechos como constitutivos de un delito en grado de tentativa del artículo 179 del CP, con la imposición de la pena rebajada en un grado, y que sería la de cuatro años de prisión. Las lesiones serían lógicamente consideradas como constitutivas de falta del artículo 617.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 62, 178 y 179.
- SSTS de 24 de marzo y 14 de mayo de 2004.