



Roj: **STS 1575/2002 - ECLI:ES:TS:2002:1575**

Id Cendoj: **28079120012002102576**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2002**

Nº de Recurso: **799/2000**

Nº de Resolución: **382/2002**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil dos.

En el recurso de casación por INFRACCION DE LEY que ante Nos pende, interpuesto por Benedicto y Jose Augusto , contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sec.1ª), por delito de ROBO CON VIOLENCIA Y OTROS, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo prevenido por la ley, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde- Pumpido Tourón, habiendo sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL y estando los recurrentes representados respectivamente por las Procuradoras Sras. Colmenarejo Jover y González del Yerro Vallés.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 39 de Madrid, instruyó diligencias Previas 4016/96 y una vez concluidas las remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 20 de enero de 2000, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Los acusados Benedicto y Jose Augusto , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, el día 13 de julio de 1996 realizaron los siguientes actos:

a).- Sobre las 4.35 horas, llegaron a bordo del vehículo Renault 11 matrícula W-....-WH , propiedad de Benedicto , a la calle del Acuerdo, confluencia con la calle Palma de esta ciudad de Madrid, y pararon ese automóvil en paralelo con otro turismo allí estacionado, matrícula M-1877-HX, en cuyo interior se encontraban Jose Pedro , Federico y Juan María , y le pidieron al último dos cigarrillos. Al ofrecerse éste a entregarles uno solo, Benedicto se bajó de su vehículo y, esgrimiendo un machete que introdujo por una de las ventanillas del otro turismo, exigió a su ocupante que le entregara todo el paquete de tabaco, amenazándole con cortarle la cara si no accedía a su pretensión, mientras Jose Augusto , con una navaja en sus manos, se dirigió a otro de los ocupantes de ese vehículo -identificado sólo por el nombre de Carlos Manuel -, que había bajado del mismo, amenazándole con pincharle, al tiempo que daba patadas y rayaba con ese objeto al automóvil, lo que produjo unos daños tasados en 61.000 pesetas. Su conductor, Jose Pedro , consiguió entonces poner en marcha su vehículo y recorrer unos metros, pero al parar para recoger al citado Carlos Manuel , fué golpeado por el otro vehículo, conducido por el acusado Benedicto , cuando trató éste de impedir la huida de todos ellos, causando daños que han sido peritados en 24.500 pesetas.

b).- Seguidamente, sobre las 5 horas, abordaron en la misma zona a Roberto y, tras pedirle un cigarrillo, esgrimieron frente a él ese cuchillo y la navaja, y le exigieron que entregara todo lo que tuviese, registrándole a continuación y sacándole de sus bolsillos una cartera que contenía el DNI una tarjeta Visa electrón de Caja Madrid, una tarjeta sanitaria de ASISA, la tarjeta de la Seguridad Social, un abono de transporte y las llaves de su domicilio, objetos todos ellos valorados en 8.715 pesetas. Al caerse esa cartera al suelo en esa acción, uno de los acusados dió una patada en los testículos a Roberto , quien poco después logró huir del lugar. Este último ha renunciado a toda indemnización.



c).- A las 16.20 horas, el acusado Benedicto se personó en la Comisaría Local del Cuerpo Nacional de Policía de Móstoles y denunció ante dos funcionarios de Policía, con categoría de Subinspector y Policía, que, desde las 00.05 a las 13.00 horas del mismo le habían sustraído el turismo Renault 11-TXE, matrícula W-....-WH , cuando estaba estacionado en la vía pública en la calle Móstoles de Fuenlabrada. Este vehículo fue encontrado por unos Guardias Civiles, a las 23 horas del día siguiente, en el Polígono Industrial Montesol, sito en el término municipal de Humanes, comprobando que tenía unos cables cortados en la parte inferior de su volante, pero con los que no era posible poner en marcha el vehículo, puesto que los cables correspondientes al bombín de arranque no estaban cortados. No consta que posteriormente se iniciaran actuaciones judiciales a consecuencia de esa denuncia.

Los acusados habían estado consumiendo abundantes bebidas alcohólicas desde las primeras horas del citado día 13 de julio, lo que les produjo un estado de embriaguez que limitó ligeramente sus facultades.

2.-La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Benedicto y Jose Augusto , como autores responsables, ambos de dos delitos de ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACION EN LAS PERSONAS Y UNA FALTA DE MALOS TRATOS el primero, además, de una FALTA DE DAÑOS y de un delito de SIMULACION DE INFRACCION CRIMINAL en grado de tentativa, y el segundo de un DELITO DE DAÑOS, con la concurrencia en ambos de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de embriaguez, salvo en el delito de simulación de infracción, a las penas siguientes:

A Benedicto : UN AÑO DE PRISION, por cada uno de los delitos de robo.- MULTA DE CUATRO MESES, con una cuota diaria de 1.500 pesetas, por el delito de simulación de infracción criminal.- MULTA DE DIEZ DIAS, con la misma cuota diaria, por la falta de malos tratos y MULTA DE DIEZ DIAS, con igual cuota por la falta de daños.

A Jose Augusto : UN AÑO DE PRISION, por cada uno de los delitos de robo.- MULTA DE SEIS MESES, con una cuota diaria de 1.500 pesetas, por el delito de daños y MULTA DE DIEZ DIAS, con la misma cuota diaria por la falta de malos tratos.

Y a ambos acusados a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las condenas de prisión, quedando sujetos a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas y al pago de las costas procesales por mitad.

Asimismo, condenamos a Benedicto a que indemnice a Jose Pedro en 24.500 pesetas y a Jose Augusto a que satisfaga al mismo perjudicado 61.000 pesetas.

Para el cumplimiento de las penas se abona al condenado todo el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa. Se aprueba el auto de insolvencia dictado por el Instructor.

3.- Notificada dicha sentencia a las partes se interpuso recurso de casación por INFRACCION DE LEY 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.

4.- La representación de Jose Augusto basó su recurso de casación en un UNICO MOTIVO:

Por infracción de ley, con base en el nº 1º del art. 849 de la L.E.Criminal, al haber cometido la sentencia recurrida error de derecho al apreciar la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de embriaguez, en vez de la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 del Código Penal.

La representación de Benedicto baso su recurso de casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, error de derecho, al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo ( art. 21.1 en relación con el art. 20.2 del Código Penal).

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, error de derecho, por entender que existe una infracción de ley por aplicación indebida del art. 457 del Código Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, muestra su apoyo exclusivamente al motivo segundo de Benedicto , con desestimación del resto. Igualmente son instruidos los recurrentes de sus respectivos recursos. La Sala los admite a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el oportuno señalamiento se celebró la votación prevenida el día 22 de enero del presente año 2002, fecha en que tuvo lugar.



## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del recurrente Benedicto por infracción de ley, alega la vulneración del art 21.1º del CP 95, en relación con el art 20.2º del mismo texto legal, por no haberse apreciado la circunstancia de embriaguez como eximente incompleta en lugar de cómo simple atenuante.

El motivo carece de todo fundamento, pues el cauce casacional empleado exige el respeto del relato fáctico, y en éste únicamente consta que la embriaguez "limitó ligeramente" las facultades del recurrente, por lo que es claro que dicha afectación ligera únicamente puede valorarse como atenuante, tal y como acertadamente ha estimado la Audiencia, y no como eximente incompleta, tal y como pretende la parte recurrente.

SEGUNDO.- El segundo motivo de recurso alega también infracción de ley en lo que se refiere a la condena por el delito de simulación de infracción criminal en grado de tentativa del art 457 del CP 95. Estima la parte recurrente que la actuación del propio recurrente fue determinante para que no se llegaran a incoar diligencias judiciales como consecuencia de la denuncia, por lo que no concurre la condición objetiva de punibilidad exigida por el tipo, no siendo admisible apreciar este delito en grado de tentativa.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado por las razones expuestas por el Ministerio Público, que no coinciden totalmente con las expresadas por el recurrente. En efecto en el tipo delictivo enjuiciado la efectiva provocación de actuaciones procesales no constituye una condición objetiva de punibilidad, como pretende el recurrente, sino el resultado delictivo, como ha declarado esta Sala en la Sentencia de 17 de mayo de 1993, resolución en la que se apoya correctamente la sentencia de instancia, por lo que cabe apreciar la eventual concurrencia de grados de ejecución distintos de la consumación, y sancionar por ello los casos de tentativa.

Como señala la referida sentencia "la necesidad político-criminal de la pena de este delito no depende de que se hayan producido o no actuaciones procesales, pues el peligro de que éstas tengan lugar tiene ya relevancia social suficiente como para atacar la confianza en la vigencia de la norma. Por lo tanto, el legislador no ha tenido ninguna razón para condicionar la punibilidad a la producción de actuaciones procesales y renunciar, por consiguiente, a la punibilidad de la tentativa y la frustración (coincidentemente SSTs 2-5-70 y 31-10-73) en el art. 338 CP 73", no apreciándose razón alguna para modificar dicha doctrina respecto de la nueva redacción del tipo incluida en el art 457 del CP 95.

Pero lo cierto es que en el supuesto actual, aún cuando no se recoja así expresamente en el relato fáctico, la incoación de actuaciones procesales se evitó por el desestimiento activo del propio recurrente, al personarse en las dependencias policiales donde había denunciado mendazmente los hechos, para explicar la realidad de lo ocurrido y reconocer la autoría de la supuesta sustracción, lo que determinó el archivo sin más consecuencias de la denuncia formulada ante la policía, tal y como afirma la parte recurrente, reconoce el Ministerio Fiscal y puede constatarse examinando las actuaciones conforme a lo prevenido en el art 898 de la Lecrim "para la mejor comprensión de los hechos".

En consecuencia, la retractación antes de que se hubiesen iniciado actuaciones procesales, determina la exención de responsabilidad del recurrente conforme a lo prevenido en el art 16 2º del CP 95, al evitar voluntariamente la producción del resultado. El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- Cabe, en consecuencia y como doctrina general, diferenciar en este tipo delictivo tres supuestos en lo que se refiere al grado de ejecución:

1º) Cuando se simula en forma aparentemente verosímil ante un funcionario policial o administrativo haber sido responsable o víctima de una infracción penal y sin embargo no llega a incoarse procedimiento penal alguno, por ejemplo porque los funcionarios policiales que tramitan el atestado descubren la falacia en el curso de las primeras diligencias practicadas antes de la remisión de las actuaciones a la Autoridad judicial: en tal caso nos encontramos ante un delito no consumado, dado que la mera incoación del atestado no equivale a "actuaciones procesales". La tentativa es punible, conforme al art 16 del CP 95, porque el agente ha practicado actos que objetivamente deberían producir el resultado -la incoación de un procedimiento penal- y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2º) Cuando la denuncia inicial provoca la incoación de un procedimiento penal por el órgano jurisdiccional correspondiente, diligencias previas, sumario o procedimiento previo al juicio de faltas: el delito debe sancionarse como consumado.

3º) Cuando se formula la denuncia por una infracción inexistente o se simula en forma aparentemente verosímil ante un funcionario policial o administrativo haber sido responsable o víctima de una infracción penal y sin embargo la retractación del agente impide que llegue a incoarse procedimiento penal alguno. En este



caso, que es el actualmente enjuiciado, la aplicación del párrafo segundo del art 16 de CP 1995, determina la exención de responsabilidad penal por el delito intentado, por desistimiento activo, dado que es el propio agente quien impide la consumación del delito al evitar la producción del resultado.

CUARTO.- El único motivo del recurso interpuesto por la representación del otro condenado Jose Augusto , reitera lo alegado por el primer recurrente en relación con la valoración de la embriaguez, interesando que se aprecie como eximente incompleta. Su desestimación se impone por las razones ya expuestas.

### III. FALLO

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de Casación por INFRACCION DE LEY interpuesto por Jose Augusto , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, imponiéndole las costas del procedimiento.

Por el contrario debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de casación por INFRACCION DE LEY contra igual sentencia interpuesto por Benedicto , CASANDO Y ANULANDO en consecuencia dicha sentencia y declarando para dicho recurrente las costas del presente recurso de oficio.

Notifíquese la presente resolución y la que seguidamente se dicte a ambos recurrentes, Ministerio Fiscal y Audiencia Provincial arriba indicada, a los fines legales oportunos, solicitando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Cándido Conde-Pumpido Tourón José Ramón Soriano Soriano Enrique Abad Fernández

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil dos.

El Juzgado de Instrucción nº 39 de Madrid, incoó diligencias previas 4016/96 contra Benedicto con DNI nº NUM000 , nacido el 16 de septiembre de 1976, hijo de Pedro Miguel y de Concepción , natural de Madrid y vecino de Móstoles, sin antecedentes penales, solvente, por esta causa en libertad provisional, de la que estuvo privado del 23 de julio al 30 de octubre de 1996, sin perjuicio de la ulterior liquidación que en su momento se lleve a cabo, y contra Jose Augusto , con DNI nº NUM001 , nacido el 25 de enero de 1974, hijo de Jesús Luis y de Magdalena , natural y vecino de Móstoles, sin antecedentes penales, solvente, también en libertad provisional por esta causa, de la que estuvo privado del 24 de julio al 30 de octubre de 1996, se dictó Sentencia por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 20 de enero del 2000, que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. reseñados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, se hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia de instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia, en lo que no sean contradictorios con nuestra sentencia casacional.

SEGUNDO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia casacional procede absolver al recurrente Benedicto del delito de simulación de infracción criminal en grado de tentativa del art 457 del CP 95.

### III. FALLO

Dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, procede absolver a Benedicto del delito de delito de simulación de infracción criminal en grado de tentativa del art 457 del CP 95. Se declaran de oficio una sexta parte de las costas procesales, por lo que el recurrente, condenado por dos delitos, abonará 2/6 (es decir 1/3) del total de las costas y el otro condenado, condenado por tres delitos, abonará 3/6 (es decir).

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Cándido Conde-Pumpido Tourón José Ramón Soriano Soriano Enrique Abad Fernández



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ