



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Juan Javier Pérez Pérez



PUBLICACIONES AJFV
SERIE:
BOLETINES JURÍDICOS

www.ajfv.es

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 25. MES JUNIO 2018

01

**LA DESCRIMINALIZACIÓN
PARCIAL DE LA SIMULACIÓN
DE DELITO TRAS LA REFORMA
DE LA LECRIM DE 15 DE
OCTUBRE DE 2015.**

Roberto Fernández Muñoz,
Magistrado

02

**DISTRIBUCIÓN DE
COMPETENCIAS EN EL NUEVO
CONCURSO MEDIAL. Comentario a
la STS 30/2018 de 19 de enero.**

José Ramón Sánchez Herrero.
Magistrado

LA DESCRIMINALIZACIÓN PARCIAL DE LA SIMULACIÓN DE DELITO TRAS LA REFORMA DE LA LECRIM DE 15 DE OCTUBRE DE 2015.

Roberto Fernández Muñoz

Magistrado de Adscripción Territorial del TSJ de Madrid, con destino en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Alcobendas

RESUMEN: *Se trata en este artículo sobre la incidencia en el delito de simulación de delito de la reforma de la LECr al establecer el archivo del atestado en sede policial en determinados supuestos. Se analiza la exigencia de que la simulación de delito dé lugar a actuaciones procesales, y si cabe proceder al considerar la tentativa en caso de no producirse tales actuaciones. Se analiza también la posibilidad de proceder por delito conexo de estafa intentada o consumada.*

VOCES: *Simulación de delito. Denuncia falsa. Estafa. Estafa intentada. Atestado policial: archivo.*

ARTÍCULO

Si bien el título del presente artículo puede dar lugar a confusión o desconcierto, he considerado mantener el mismo toda vez que tras la reforma del artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por Ley 41/2015 de 5 de octubre, el delito de simulación de delito del artículo 457 del Código Penal se ha visto indirectamente afectado en su eficacia punitiva. Como es sabido, la reforma operada en nuestro Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, no ha modificado el tipo penal al que vamos a referirnos. Sin embargo, en la práctica, se ha visto sensiblemente descriminalizada dicha conducta con la entrada en vigor de la reforma de la LECRIM. Efectivamente, el artículo 284, tras la reforma operada por el apartado tres del artículo único de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales («B.O.E.» 6 octubre) establece en su apartado segundo la posibilidad de que la Policía Judicial no remita los atestados confeccionados cuando no exista autor conocido del delito, previéndose que conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en sus tres apartados.

Supone tal reforma que las numerosas denuncias que a diario se presentan en las oficinas de nuestras Comisarías, Puestos de la Guardia Civil, y Jefaturas de Policías Locales o autonómicas, no se remiten a los Juzgados. Tal reforma, llamada a reducir el ingente número de atestados que se remitían diariamente a los Juzgados, y que ha tenido una buena acogida en el ámbito forense, ha dejado sin embargo numerosas dudas y problemáticas. No es objeto del presente artículo el análisis de tales cuestiones, debiendo centrarnos en su repercusión en el delito de simulación de delito. En este sentido, y como dije con anterioridad, desde la práctica cotidiana del Juzgado de Instrucción, se asiste a una reducción de la comisión del tipo del artículo 457 del Código Penal, pudiendo hablar a mi juicio de una considerable, si bien no absoluta descriminalización fáctica de tal figura delictiva.

Analizadas las estadísticas policiales sobre la presentación de denuncias, son numerosas las recibidas por delitos de robo con violencia de terminales móviles u otros efectos, que quedan en el archivo de Comisaría al no existir autor conocido. Muchas de esas denuncias, en un porcentaje que pudiera superar el 30% en los últimos dos años, constituyen falsarios o mendaces relatos de hecho dirigidos a obtener una indemnización por parte de la compañía aseguradora que cubre los siniestros que pudieren calificarse como un atraco o robo con violencia o intimidación, y no de hurto, pérdida o extravío. En numerosas ocasiones, los afectados por el hurto o pérdida de sus efectos, unas veces mal aconsejados por personas de su entorno, y otras después de ser informados por la compañía que solo cabe indemnización en caso de atraco, acuden a denunciar haber sido víctimas de un robo con violencia cuando sólo se produjo un posible hurto o una indeseada pérdida del efecto que se denuncia. Dichas denuncias generan la obligación en los funcionarios policiales de investigación de los hechos, y tras la revisión de cámaras de seguridad, información suministrada por compañías telefónicas, comprobación de los datos ofrecidos por la presunta víctima, y demás gestiones policiales, se llega en muchas ocasiones a descubrir la falsedad de lo denunciado, siendo muy frecuente que el propio denunciante, sin llegar a conocer el alcance de su mendaz actuación,

reconozca la ilicitud de su conducta inicial. Tras la confección del oportuno atestado ampliatorio, el mismo se remite al Juzgado por la Policía Judicial. Hasta la reforma de 2015, dicho atestado ampliatorio se turnaba al órgano jurisdiccional donde tuvo entrada el atestado originario a fin de que tuviera conocimiento del resultado de las gestiones. Como resulta conocido, el atestado inicial motiva la incoación de unas diligencias previas con inmediato sobreseimiento provisional de las mismas por falta de autor conforme al artículo 641.2 de la LECRIM. Por ello, la unión de las diligencias ampliatorias solo suponía el mantenimiento del archivo, con la deducción de testimonio por un delito de simulación de delito. Tal testimonio obedece a la evidente existencia de indicios de criminalidad de que el denunciante hubiera podido perpetrar el delito de simulación de delito del artículo 457 del Código Penal cuando establece que el que, ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior, simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente, provocando actuaciones procesales, será castigado con la multa de seis a doce meses. Constituye pues trascendental elemento objetivo del tipo la provocación de actuaciones procesales. Sin embargo, tras la reforma de 2015, ninguna actuación procesal provoca la denuncia de delito simulado ante la Policía, toda vez que el atestado donde se recoge no se remite al Juzgado. Por ello, una vez entró en vigor dicha reforma, y creados los ya conocidos archivos de Comisaría, el atestado ampliatorio con las gestiones que dieron lugar al descubrimiento del delito se remiten al Juzgado de Guardia anexándose la denuncia original firmada por la falsa víctima, sin que dé lugar a diligencia procesal alguna. La lógica consecuencia no sería otra que el sobreseimiento de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, pues no se cumplen los elementos del tipo del artículo 457 del Código Penal, siendo archivadas las diligencias previas y quedando impunes actuaciones contra la Administración de Justicia que antes resultaban penadas. De ahí la descriminalización fáctica de la que venía haciendo referencia.

No obstante, existen diferentes criterios o decisiones jurisdiccionales, pues no es menos cierto que ante tal situación algunos

Jueces de Instrucción incoan diligencias previas por delito de simulación de delito en grado de tentativa. En este punto considero que debe analizarse la sentencia de nuestro Tribunal Supremo 1221/2005 de 19 de octubre, (ROJ: STS 6277/2005 - ECLI: ES:TS:2005:6277) en su Fundamento de Derecho Quinto, que al analizar un motivo de infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 457 y 77 del CP, “se recuerdan los elementos que configuran este tipo, y que son (STS. 1550/2004 de 23.12):

1. La acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de la acción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación.

2. Que esa actuación falsaria motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, la STS de 24 de enero de 1.994 declaraba que "en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales".

3. El elemento subjetivo que se integra con la consciencia de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa”.

De trascendental relevancia para lo que se viene abordando es lo contenido a continuación en dicha sentencia, siendo su ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. En dicha sentencia se recuerda igualmente que la provocación de actuaciones procesales se venía considerando por la doctrina de la Sala como “una condición objetiva de punibilidad en un delito de mera actividad, lo que determinaba, de otra parte, la exclusión de la posibilidad de la tentativa, al situarse el momento consumativo en el momento en que la falsa "notitia criminis" llegaba al conocimiento del funcionario que tenía el deber de su averiguación. Sin embargo, la actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la

actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la "notitia criminis" o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino como el resultado de la acción típica (SS.T.S. de 20 de noviembre de 1.995, 21 de octubre de 1.996 y 9 de enero de 2.003)".

Por ello, considero que en aquellos casos en que se presenta una denuncia simulando ser víctima de un delito de robo con violencia que queda en el archivo de la Comisaría, la falta de remisión al Juzgado, esto es, la falta de actuaciones procesales, no tiene por qué motivar una falta de respuesta penal. La realización de un atestado ampliatorio para el esclarecimiento de los hechos y su remisión posterior, puede evidenciar una manifestación delictiva tendente a la comisión del delito. En estos casos, debe valorarse la actuación desplegada por el autor, pues no debe tener el mismo tratamiento quien acude voluntaria e inmediatamente a retirar la denuncia, que quien es llamado a Comisaría, y tras múltiples y trabajosas gestiones policiales se siente descubierto y reconoce la falsedad de lo declarado. Entiendo que en este segundo caso es evidente la comisión de un delito de simulación de delito en grado de tentativa, pues aunque no dio lugar a actuaciones procesales, resulta evidenciada la voluntad de provocarlas, sin que el autor evitara las mismas como en el primer caso, en que puede decretarse el sobreseimiento provisional al no detectarse suficientes indicios de que el autor tuviera intención de que se desplegara tal actuación policial conforme al artículo 641.1 de la LECRIM.

La práctica cotidiana del Juzgado permite incluso analizar aquellos supuestos en que la falsedad de lo relatado no tiene siempre la misma intensidad. Así, no puede tener el mismo tratamiento procesal la denuncia de quien relata haber sufrido un robo con violencia cuando realmente pierde u olvida una pertenencia, que la persona que tras haber sido víctima de un delito de hurto, acude a la Comisaría de Policía a denunciar un robo con violencia para tener una cobertura indemnizatoria de la aseguradora. No se trata de una consideración absolutamente

desconectada de nuestra Jurisprudencia, pues en relación con la circunstancia de faltar a la verdad, ínsita en este delito, señala la STS nº 914/2007, Penal sección 1ª, del 16 de Noviembre del 2007, ponente, Sr. Andrés Ibáñez (Roj: STS 7466/2007 - ECLI: ES:TS:2007:7466), es necesaria "la concurrencia de un deliberado propósito de mistificar la realidad de los hechos, para dar apariencia de delito a lo que, en otro caso, carecería de ella. Y todo, es patente, orientado a activar el funcionamiento de la jurisdicción penal, cuando no existía razón legal para ello". En base a la misma, entiendo que tanto la denuncia de un delito de hurto como de un delito de robo, debería motivar (con independencia de la reforma relativa al archivo en Comisaría) la incoación de diligencias previas, o por lo menos la existencia de atestados ampliatorios que revelen la existencia de un delito de simulación de delito en grado de tentativa. El bien jurídico protegido en este delito es el buen funcionamiento de la Administración de Justicia en el sentido de preservar la optimización de los recursos, evitando injustificadas actuaciones que generan un coste económico y un esfuerzo personal. Por ello, no debe considerarse atacado dicho bien jurídico con la presentación de una denuncia que hubiera provocado el despliegue de tales medios si se hubiera ceñido a la verdad, esto es, al delito de hurto que subyace al robo con violencia denunciado, o cualquier otra infracción denunciada cuando realmente existió otra distinta. Es decir, tanto la presentación de una denuncia por ser víctima de un delito de hurto o de un delito de robo, da lugar a la práctica de actuaciones policiales o incluso judiciales. En este último caso, a mi entender, tal denuncia, y el atestado ampliatorio que revela la existencia de una infracción distinta a aquella que tuvo lugar, no supone la perpetración del delito de simulación de delito del artículo 457 del Código Penal, debiendo motivar el archivo, al menos provisional, de las actuaciones.

Todas las consideraciones realizadas se han circunscrito a la posible comisión del delito de simulación de delito, pues era el objeto de estudio. Ello no evita que en los supuestos comentados de la denuncia de un robo para ser indemnizado por la compañía aseguradora se haya cometido igualmente un delito de estafa consumado, o en grado de

tentativa si no se llegó a obtener la indemnización por el archivo del expediente de la compañía al tener noticias de la mendaz denuncia. Cabría plantearse aquí la existencia de un concurso de delitos, así como otras cuestiones de índole sustantivo y procesal que exceden del ámbito de este artículo. Igualmente todo ello puede extrapolarse a la simulación de otros delitos, pues la casuística forense es amplia e imprevisible, habiéndose optado por plasmar la actuación delictiva más frecuente.

Puede pues concluirse afirmando que si bien es posible aún la persecución del delito previsto en el artículo 457 del Código Penal, al menos en su modalidad intentada, la introducción del artículo 284 de la LECRIM ha generado un panorama distinto, que está dando lugar a resoluciones diferentes en los Juzgados, y que deja abierto un espacio a la reflexión e incluso a nuevos pronunciamientos aclaratorios de nuestras Audiencias.

DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN EL NUEVO CONCURSO MEDIAL. COMENTARIO A LA STS 30/2018 DE 19 DE ENERO.**José Ramón Sánchez Herrero.**

Magistrado

Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo.

RESUMEN: La STS 30/2018 de 19 enero (ROJ: STS 102/2018 - ECLI:ES:TS:2018:102) aborda la distribución de competencia entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales cuando se aprecia la concurrencia de un concurso medial de delitos del art. 77.3 CP, que ha motivado el acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017.

VOCES:**COMENTARIO**

La cuestión planteada es sencilla: el Ministerio Fiscal había formulado acusación por un delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP (sancionado con la pena de 1 a 4 años de prisión y multa) en concurso medial con un delito continuado de estafa del art. 148 CP (sancionado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años, arts. 149 y 74 CP).

Aunque la pena prevista para cada una de tales infracciones no superaba el límite de los 5 años previsto en el art. 14 LECR para atribuir la competencia al Juzgado de lo Penal, el Ministerio Fiscal lo hizo a la Audiencia Provincial, amparándose en la nueva redacción del art. 77.3 CP, introducida en la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, y en la interpretación de la Circular de FGE nº 4/2015.

Dice ese art. 77.3 CP que en el caso de que un delito constituya un medio para cometer otro “Se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido

impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66”.

Según la Fiscalía, como el límite máximo sería la suma de las penas correspondientes a los dos delitos en abstracto (7 años), la competencia según el art. 14 LECR era de la Audiencia y no del Juzgado.

Ese precepto cuenta con abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada ante la eventualidad de que su aplicación resultase más beneficiosa para el reo que con su anterior redacción: SSSTS 863/2015, de 30 diciembre; 28/2016 de 28 enero; 519/2017, de 6 de julio; 543/2017, de 12 de julio, y otras, que además critican negativamente los resultados de su aplicación.

También especifica los criterios a seguir:

- Suelo: El límite mínimo no es la pena "superior en grado" de la establecida legalmente para el delito más grave, sino una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto para la infracción más grave, según las circunstancias y los factores de individualización.

- Techo: El límite máximo no podrá exceder de la "suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito". La pena en concreto del delito menos grave también se determina según las circunstancias concurrentes.

- Reglas del art. 66: Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el art. 66CP, pero, como señala la Circular 4/2015 de la FGE, ahora ya se aplican las "reglas dosimétricas" del mismo, porque ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo y se incurriría en un "bis in ídem" prohibido en el art. 67CP.

Problema competencial

La Audiencia de Pontevedra atribuyó la competencia enjuiciadora al Juzgado de lo Penal, atendiendo a que había que estarse a la pena concreta solicitada (solución que corre el riesgo evidente de dejar en manos de las acusaciones la atribución competencial); y a que la

discusión no versaba sobre tener competencia objetiva para condenar por un delito concreto, sino de tener competencia para imponer una pena que puede superar la atribuida al Juez de lo Penal para un delito concreto por el juego de ese precepto, pues sería ilógico que tuviera competencia para imponer las penas señaladas en el art. 77.3 como límite superior, pero no para imponer una pena inferior a dicho límite.

Esta STS 30/2018 parte de la tradicional doctrina de que la magnitud de las penas para determinar la competencia objetiva de los tribunales penales es la fijada en abstracto por el legislador, y no la concretamente solicitada por las acusaciones (SSTS 355/2014 de 14 abril y 97/2016 de 18 de febrero como más reciente).

Pero advierte que la atribución competencial no viene determinada por las penas a imponer, sino por razón de los delitos a enjuiciar, que ahora sí, se concretan por la previsión abstracta de la pena fijada en el tipo.

Niega que esa afirmación sea un artificial distinguo, pues el legislador le permite al Juez de lo Penal enjuiciar delitos sancionados con pena de inhabilitación especial por tiempo superior a cinco años que integran delitos graves (art. 33), y no puede imponer penas de prisión superiores a cinco años en supuestos de concurso real, pudiendo hasta un límite de quince años (art. 76). Es decir la competencia del Juez Penal no imposibilita la imposición de penas superior a cinco años, sino enjuiciar delitos (no concursos) cuya pena abstracta de prisión exceda de cinco años.

Afirma el TS que esta solución concuerda con la gravedad de los concursos delictivos, donde se otorga al concurso medial un tratamiento más severo que al ideal pero no tan riguroso como al real; de modo que resulta contradictorio que dos infracciones que en concurso ideal o real, tiene la competencia el Juez de lo Penal cuando la penalidad de cada una no supere los cinco años de prisión, pero si concursan en forma medial (más grave que la ideal, pero menos que la real), salgan de su competencia.

También estimó paradójico que en este caso al enjuiciarse hechos ocurridos antes y después de la reforma, la pena no podría ser superior a la resultante de la anterior redacción del art. 77.3 CP. Es decir, que en ningún caso podría superar los cinco años de prisión, pero con la tesis desestimada debería entender del enjuiciamiento la Audiencia, por si el nuevo texto le fuera más favorable.

Esta Sentencia viene a explicar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª, adoptado el pasado 12 de diciembre: “En caso de concurso medial, cuando las penas de prisión señaladas en abstracto en cada uno de los delitos que integran el concurso no supere los cinco años, aunque la suma de las previstas en una y otras infracciones excedan de esa cifra, la competencia para su enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal”.