

### **SIMULACION DE DELITO:**

Elementos; actuación procesal provocada o generada por la acción típica: constituye su resultado y no una condición objetiva de punibilidad; Simular ser víctima de un delito: existencia: denuncia falsa de robo dando lugar a diligencias previas posteriormente sobreesididas por no aparecer autor conocido; Presunción de inocencia: vulneración inexistente: determinación del «pactum scaeleris» con base en prueba indiciaria.

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Málaga, con fecha 09-05-2003, dictó Sentencia en la que condenó a los acusados como autores criminalmente responsables del delito de simulación de delito y del de estafa procesal en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena, a cada uno, de seis meses de multa con cuota diaria de 6 euros por el primer delito, y seis meses de prisión por el segundo, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Contra la anterior Resolución los condenados interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO.-**

El Juzgado de Instrucción núm. 8 de Málaga incoó diligencias previas con el núm. 73 de 2002 contra Luis y Carlos Miguel, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, que con fecha 9 de mayo de 2003 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Del análisis en conciencia de la prueba practicada pueden declararse como tales los siguientes: en el mes de agosto de 1998, el acusado Carlos Miguel entró en conversaciones con María Angeles para alquilar un local de unos cincuenta metros cuadrados en la AVENIDA000 de Málaga. El 21 de agosto la dueña entregó las llaves figurando que el alquiler lo era por un año y pagando el arrendatario el depósito y la primera mensualidad de 45.000 ptas. El 28 de agosto del mismo año, dicho acusado concierta una póliza de seguros con la compañía Winterthur para asegurar la actividad de una academia de informática en dicho local, garantizando un capital de 5.500.000 ptas. La cobertura pues comienza el 28 de dicho mes de agosto. A pesar de que el mencionado inculcado dirige un negocio de informática denominado Microshop Informática, se dirige a la empresa Digital Planet, dedicada al mismo negocio y de la que es coadministrador el otro acusado Luis, que al mismo tiempo es consorcio del anterior en un bar de copas, y este último, en ejecución de un plan urdido entre los dos, libra una factura a favor de Carlos Miguel por la venta de distintos elementos de informática por valor de 4.809.622 ptas. y otra por valor de 33.397 ptas., ambas con fecha 19 de septiembre de 1998, las que no responden a verdadera entrega de tales mercancías. El 28 de septiembre de 1998, es decir, cuando se iniciaba la cobertura del seguro con Winterthur, Carlos Miguel presenta denuncia en comisaría por el robo de tales materiales que decía estaba en el local alquilado, lo que dio lugar a las diligencias previas 6588/98 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Málaga, que fueron sobreesididas por falta de autores. El robo fue fingido por los acusados rompiendo un barrote de una ventana y por dentro la cerradura de la puerta. Acto seguido se dio cuenta a la compañía aseguradora en reclamación del pago de lo sustraído y daños causados, a lo que dicha compañía se negó ante la sospecha de que el robo fuera fingido, cosa que había expresado anteriormente la policía en su oficio ampliatorio al Juzgado, después de remitir el atestado. En vista de ello, el 18 de diciembre de 1998 se presenta demanda civil en reclamación de cantidad, que dio lugar al juicio declarativo de menor cuantía 596/98, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de los de Málaga, acompañando las facturas mencionadas anteriormente. La compañía Winterthur se personó en debida forma como perjudicada en esta causa con fecha 29 de enero de 1999. Carlos Miguel no llegó a pagar más mensualidades a la propietaria del local y, aunque tenía boletín de enganche de la electricidad de fecha 23 de septiembre de 1999, tal enganche no se produjo, ni tenía licencia fiscal, ni licencia municipal de apertura ni publicidad alguna para la entidad a desarrollar. Para el pago de la cantidad debida por Carlos Miguel a Digital Planet, se libraron tres letras con vencimientos a treinta, sesenta y noventa días que no llegaron a negociarse bancariamente. Se dice que cuando Luis dejó de ser socio de Digital, el otro socio, como forma de pago de lo que le debía, le endosó las tres letras, las que según los acusados fueron pagadas, las dos primeras en dinero efectivo por Carlos Miguel (cuando decía no tener dinero para pagar la renta del local) y la tercera fue objeto de nuevo acuerdo o negociación entre las partes.

#### **SEGUNDO.-**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos condenar y

condenamos a los acusados Carlos Miguel y Luis, como autores criminalmente responsables del delito ya definido de simulación de delito y del de estafa procesal en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

### **TERCERO.-**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, por el acusado Luis, al que se adhirió el también acusado Carlos Miguel.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

### **PRIMERO.-**

La A.P. de Málaga condenó a los acusados como autores responsables de un delito consumado de simulación de delito del art. 457 CP y de otro delito intentado de estafa de los arts. 248 y 250.2º y 6º en relación con el 62 del mismo Cuerpo Legal .

Este pronunciamiento condenatorio y la calificación jurídica de los hechos que figuran en el «factum», se fundamentan jurídicamente por el Tribunal sentenciador señalando que los acusados « en ejecución de un plan preconcebido, simularon la existencia de un delito de robo poniéndolo en conocimiento de los funcionarios de Policía, lo que dio lugar primero a la instrucción de un atestado y luego de unas diligencias previas judiciales, y dieron comienzo a las maquinaciones necesarias para conseguir el engaño de una compañía de seguros, y de un desplazamiento patrimonial a través de la iniciación de un proceso civil, propósito que no consiguieron por la actuación de dicha compañía, que denunció el hecho y se personó en las actuaciones manteniendo acusación contra los autores».

### **SEGUNDO.-**

El primer motivo contra la mentada sentencia se articula con base en el art. 849.1º LECrim , denunciando infracción de Ley por indebida aplicación del art. 457 CP que tipifica la figura de simulación de delito, toda vez que el recurrente sostiene que, a tenor de la declaración de Hechos Probados, no concurre el elemento del tipo de la actuación procesal que hubiera provocado la actividad de los acusados, por lo que en ausencia de este componente que participa en el delito como condición objetiva de punibilidad, la conducta de los acusados resultaría atípica. En apoyo de esta tesis impugnativa, el motivo señala que no ha existido actividad procesal porque la denuncia del robo simulado que se formuló ante la Policía fue cursada por ésta al Juzgado de Instrucción, que se limitó a dictar Auto de incoación de Diligencias Previas y de sobreseimiento al día siguiente de la recepción de la denuncia, sin que ni siquiera se les diera número a dichos procedimientos.

Los elementos que configuran este delito son:

- a) 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.
- b) Que esa actuación falsaria motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, la STS de 24 de enero de 1994 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».
- c) 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.
- d) La relación de causa a efecto entre la falsedad y la actuación procesal.

En cuanto a la actuación procesal provocada o generada por la acción típica, es cierto que tradicionalmente se venía considerando por la doctrina de esta 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 -repítase- como el resultado de la conducta típica.

En consecuencia, aún en el supuesto de que, en efecto, no se hubiera llegado a producir actividad procesal alguna como resultado de la denuncia de un delito de robo que se sabía inexistente, ello no sonaría a la atipicidad de la conducta sino únicamente su calificación como delito intentado.

### **TERCERO.-**

Pero la denunciada «ausencia absoluta de actividad procesal» que señala el recurrente, no es tal atendiendo, como es de rigor dado el cauce casacional utilizado, al escrupuloso respeto de los hechos probados. Pues es lo cierto que allí se deja constancia de que el recurrente en ejecución de un plan urdido con el otro acusado, libra una factura a favor de Carlos Miguel por la venta de distintos elementos de informática por valor de 4.809.622 ptas. y otra por valor de 33.397 ptas., ambas con fecha 19 de septiembre de 1998, las que no responden a verdadera entrega de tales mercancías. El 28 de septiembre de 1998, es decir, cuando se iniciaba la cobertura del seguro con Winterthur, Carlos Miguel presenta denuncia en comisaría por el robo de tales materiales que decía estaba en el local alquilado, lo que dio lugar a las diligencias previas 6588/98 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Málaga que fueron sobreseídas por falta de autores. El robo fue fingido por los acusados rompiendo un barrote de una ventana y por dentro la cerradura de la puerta.

Se trata, pues, de actuaciones genuinas e indudablemente de carácter procesal ejecutadas por la Autoridad Judicial en el ejercicio de sus funciones en relación con un delito de robo con fuerza que determinó la apertura del oportuno procedimiento judicial y su sobreseimiento provisional por no aparecer autor conocido, como causa prevista en el art. 641Lecrim, lo que dejaba latente el proceso en tanto la policía judicial realizara las investigaciones oportunas para la identificación y detención de los autores del hecho denunciado, en cuyo momento se produciría su reapertura y se proseguiría la subsiguiente actividad procesal correspondiente. Sin olvidar que las diligencias policiales practicadas en esclarecimiento y averiguación de los hechos delictivos denunciados se incorporan al procedimiento judicial incoado, bajo el control del Juez que las asume y evalúa procesalmente a los efectos de dictar las resoluciones sucesivas procedentes.

Ha existido, en suma, la actuación procesal que niega el recurrente, siendo en este punto atinada la mención que hace el Fiscal de la STS de 27 de noviembre de 2001 que declara con nitidez «El concepto de actuación procesal supone que el órgano judicial que recibe la denuncia, realice algún género de actividad procesal, aunque ésta sea mínima. Por tanto, no basta con la mera recepción de la denuncia, si ésta no va seguida de alguna actividad judicial. En el caso de denuncia de un delito inexistente, en la que no se facilitan datos sobre la persona a la que pueda ser atribuida la autoría del hecho, nos encontramos ante un supuesto frecuente de autor desconocido que provoca necesariamente la incoación de unas Diligencias Previas y posteriormente la redacción o el acuerdo de un Auto de archivo y sobreseimiento, por no existir de momento un autor conocido. Todos estos trámites se han cumplido en el caso presente por lo que el requisito que condiciona la aplicación del tipo, se ha producido perfeccionándose la figura delictiva de la denuncia falsa». El motivo debe ser desestimado.

### **FALLO**

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION** por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por el acusado Luis, al que se adhirió el también acusado Carlos Miguel, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, de fecha 9 de mayo de 2003, en causa seguida contra los anteriores acusados por delitos de simulación de delito y tentativa de estafa.