



EL DELITO SIMULADO.
LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
ENTRE LA APARIENCIA Y LA REALIDAD

Tesis Doctoral que presenta
el Doctorando FELIPE ANDRÉS RODRÍGUEZ MORENO
para la obtención del Grado de Doctor en Derecho
por la Universidad de Sevilla,
bajo la dirección del
Prof. Dr. MIGUEL POLAINO-ORTS

Universidad de Sevilla

Curso 2014/2015

SUMARIO

Introducción	13
--------------------	----

SECCIÓN PRIMERA

CONTEXTO HISTÓRICO Y FILOSÓFICO

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS

DEL DELITO SIMULADO

I.	Orígenes remotos	21
	A) Babilonia y el Código de Hammurabi	22
	1. Sobre las falsas acusaciones	23
	2. Sobre el falso testimonio	26
	B) Atenas	27
	1. Leyes de Dracón	27
	2. Leyes de Solón	29
	3. Sistema acusatorio ateniense	30
	4. Acusaciones falsas en Atenas	32
	C) Roma	34
	1. <i>Cognitio</i> y <i>accusatio</i>	37
	a) <i>Exclusividad de la accusatio</i>	40
	b) <i>El inicio de la accusatio</i>	42
	c) <i>Premios a los acusadores</i>	45
	2. La falsa <i>accusatio</i>	49
	a) <i>Calumnia</i>	50
	b) <i>Tergiversatio</i>	54
	c) <i>Prevaricatio</i>	56

D)	Germania	59
	1. Código de Eurico	62
	2. La <i>Blutrache</i>	63
	3. Las composiciones judiciales	64
	a) <i>Wergeld</i>	64
	b) <i>Busse</i>	65
	c) <i>Friedensgeld</i>	65
	4. Proceso acusatorio germánico	66
II.	Edad Media	67
III.	Época moderna (referencia a los Códigos Penales españoles)	70
	A) Código Penal de 1822	71
	B) Códigos Penales de 1848 y 1850	73
	C) Código Penal de 1870	76
	D) Código Penal de 1928	79
	E) Código Penal de 1932	84
	F) Código Penal de 1944	85
	G) Código Penal de 1963	88
	H) Código Penal de 1973	90
	I) Código Penal de 1995	92
	1. <i>La falsa acusación y el falso testimonio</i>	97
	2. <i>Simulación de delitos</i>	99
	3. <i>Delitos contra la Administración de</i> <i>Justicia Internacional</i>	100

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DE LA SIMULACIÓN TÍPICA

I.	Apariencia versus realidad	107
II.	Teorías y soluciones	109

A)	Metafísica	112
B)	El problema de la semántica conceptual	119
C)	Verdad-correspondencia y la fórmula de la verdad	121
D)	Verdad-coherencia	129
E)	Sentido común y experiencia	134
	1. <i>La inducción de David Hume y los tres mundos de Popper</i>	141
	2. <i>El conocimiento humano</i>	146
F)	Realismo	150
G)	Relativismo	153
H)	Escepticismo	155
I)	Pragmatismo	156
III.	Física y ciencia	160
IV.	Toma de postura	170

CAPÍTULO III

LA DECONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD

EN LA SIMULACIÓN DELICTIVA

I.	Deconstrucción	175
II.	Verdad histórica <i>versus</i> verdad procesal	176
	A) La verdad procesal como correspondencia	180
	B) La verdad procesal como coherencia	182
	C) La verdad pública de la Ley	183
	D) La verdad judicial	184
	E) La verdad simulada	187
	F) Verdad <i>versus</i> certeza	188
III.	La supremacía de la certeza	191
IV.	Entonces: ¿qué es simular?	192

SECCIÓN SEGUNDA
POLÍTICA CRIMINAL Y CONFIGURACIÓN NORMATIVA
DEL DELITO SIMULADO

CAPÍTULO IV
ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES
DE LA INCRIMINACIÓN LEGISLATIVA DE LA SIMULACIÓN

I.	Aspectos criminológicos previos	197
	A) La Escuela de Chicago	199
	1. <i>Ecología humana</i>	200
	2. <i>Teoría de la desorganización social</i>	201
	B) Teoría de la asociación diferencial	202
	C) Teoría del control social	203
	D) Enfoques psicológicos	206
	E) Enfoque de las actividades rutinarias (el enfoque situacional) ..	209
	F) Teoría general de la frustración	213
	G) Criminología Clínica (estado de peligrosidad criminal)	214
II.	Móvil del simulador	222
III.	Política Penal y Política Criminal	223
	A) El delito	230
	B) Aumento de la punitividad	233
IV.	Derecho Penal Legislativo	234
	A) Fase pre-legislativa	234
	B) Fase legislativa	242
	C) Fase post-legislativa	244
V.	Inspiración de su tipificación	246

CAPÍTULO V
DELIMITACIÓN DEL DELITO SIMULADO
FRENTE A SUS FIGURAS AFINES

I.	Definición ex negativo: lo que no es el delito simulado	251
II.	Acusación y denuncias falsas	252
	A) Tenor literal	252
	B) Teleología del tipo	257
	C) Estructura del tipo	257
	1. <i>Bien jurídico</i>	259
	2. <i>Verbo rector</i>	261
	3. <i>Tipo objetivo</i>	261
	4. <i>Tipo subjetivo</i>	264
	5. <i>Sujetos intervinientes</i>	266
	D) Requisitos de procedibilidad	270
II.	Encubrimiento	271
	A) Tenor literal	271
	B) Teleología del tipo	273
	C) Estructura del tipo	275
	1. <i>Bien jurídico</i>	275
	2. <i>Verbo rector</i>	276
	3. <i>Tipo objetivo</i>	277
	4. <i>Tipo subjetivo</i>	279
III.	Estafa procesal	279
	A) Tenor literal	279
	B) Teleología del tipo	281
	C) Estructura del tipo	282
	1. <i>Bien jurídico</i>	282

2.	<i>Verbo rector</i>	283
3.	<i>Tipo objetivo</i>	284
4.	<i>Tipo subjetivo</i>	287
5.	<i>Estafa triangular</i>	288
IV.	Falso testimonio	291
A)	Tenor literal	291
B)	Teleología del tipo	292
1.	<i>Naturaleza del testimonio</i>	295
2.	<i>El testigo como sujeto activo</i>	296
C)	Estructura del tipo	297
1.	<i>Bien jurídico</i>	297
2.	<i>Verbo rector</i>	299
3.	<i>Tipo objetivo</i>	300
4.	<i>Tipo subjetivo</i>	301
V.	Simulación penal <i>versus</i> simulación civil	

SECCIÓN TERCERA

DELITO SIMULADO:

ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS

CAPÍTULO VI

BIEN JURÍDICO EN EL DELITO SIMULADO

I.	Tenor literal	307
II.	Teleología del tipo	308
III.	Estructura del tipo y contenido material del tipo de injusto	310
A)	El ideal de bien jurídico protegido	311
1.	<i>¿Qué bien jurídico protege el tipo penal “delito simulado”?</i>	321

2.	<i>Ratio legis</i>	326
	a) <i>Completar los vacíos del delito de denuncias falsas</i>	327
	b) <i>Quebranto del potencial de trabajo del aparato judicial</i>	329
	c) <i>Despilfarro de recursos económicos</i>	330
	d) <i>Faltar el respeto a la institución</i>	332
	e) <i>Causar alarma social</i>	333
B)	<i>¿Un atentado contra el principio de lesividad?</i>	334
IV.	Conclusión	337

CAPÍTULO VII

ACCIÓN Y RESULTADO:

ESTRUCTURA DE LA CONDUCTA DE SIMULACIÓN

I.	Verbo rector	343
II.	Elementos objetivos de la acción típica	346
	A) Fingir ser responsable	350
	B) Fingir ser víctima	352
	C) Denunciar un delito inexistente	359
	D) Provocar actuaciones procesales	364
III.	Requisitos de idoneidad de lo simulado	373
	A) Que sea ante autoridad competente y determinada	373
	B) Que lo simulado sea capaz de engañar	381
	1. <i>Error de prohibición</i>	385
	2. <i>Error de tipo</i>	388
	C) Que la simulación sea pura	392
	1. <i>Se trata de simular una infracción penal</i>	393
	2. <i>No se aceptan exageraciones</i>	

	<i>como configuración típica</i>	397
	3. <i>La víctima puede ser de fantasía</i>	399
	4. <i>En caso de “error” se aplica el</i> <i>iura novit curia</i>	400
IV.	Sujetos intervinientes	401
	A) Autoría y participación	402
	B) Responsabilidad penal del abogado patrocinado	404
V.	Elemento subjetivo del tipo	405

CAPÍTULO VIII
IMPUTACIÓN NORMATIVA
EN LA SIMULACIÓN DELICTIVA

I.	Requisitos y contenido de la imputación normativa	411
	A) Teoría de los Sistemas Sociales	411
	B) Imputación funcionalista	411
I.	Verificación fáctica del contenido falso	415
	A) Confesión del simulador	420
	B) Testimonio de terceros	421
	C) Uso de tecnología	424
II.	Verificación indirecta del tipo objetivo	428
	A) Indicio de ausencia	428
	B) Indicio de incompatibilidad	430
III.	Constatación fáctica del tipo subjetivo	431
	A) Móvil	431
	B) Previsión	432
	C) Preconstitución	434
	D) Ocultación	435

E)	Ausencia sospechosa de documentación	436
F)	Coyuntura y tiempo	436
G)	Similitud	438
H)	Hábito y personalidad	438
I)	Vinculación afectiva	439
J)	Conocimiento profesional	440
K)	Imposibilidad y absurdo	441
L)	<i>Vagus y ordo</i>	444
M)	Exageración e incongruencia	445
N)	<i>Qui bono</i>	445

CAPÍTULO IX

ITER CRIMINIS Y MODALIDADES ESPECIALES

I.	Fases del <i>iter criminis</i>	449
	A) Fase interna	450
	B) Resoluciones manifestadas	451
	C) Actos preparatorios	454
	D) Ejecución	455
	E) Consumación	461
	F) Agotamiento	463
	G) <i>Iter criminis</i> incompleto	464
II.	Tentativa	466
III.	Modalidades especiales de simulación	471
	A) Simular causas de justificación	471
	B) Auto-encubrimiento	472
IV.	Prejudicialidad	473

CAPÍTULO X
PROBLEMAS CONCURSALES

I.	Generalidades en materia concursal en España	477
A)	Concurso de leyes	478
1.	<i>Regla de especialidad</i>	480
2.	<i>Regla de subsidiariedad</i>	482
3.	<i>Regla de consunción</i>	485
4.	<i>Regla de alternatividad</i>	487
B)	Concurso de delitos	488
1.	<i>Concurso ideal</i>	489
2.	<i>Concurso medial</i>	491
3.	<i>Concurso real</i>	492
II.	Delito simulado y encubrimiento	449
III.	Delito simulado y estafa procesal	500
IV.	Delito simulado y acusación denuncia falsas	503
V.	Delito simulado y falso testimonio	506
VI.	Simulación medial	507
	Conclusiones	511
	Bibliografía	523

Introducción

Un reto, antes que un desafío, es una provocación; así se siente un investigador cuando el acto de escribir se columpia entre la posibilidad de goce y la probabilidad del fracaso. Por eso en las siguientes líneas se procurará tomar una postura radicalmente opuesta a lo que con justa soberbia promulgaba Jean Jacques ROUSSEAU en mi obra preferida y de difícil sustitución: *El Contrato Social*; ROUSSEAU, sin miras a la humildad –y porque tampoco se la podemos exigir– notificaba al leyente y decía: “*Advierto al lector de que debe leer este capítulo sosegadamente y que no conozco el arte de ser claro para quien no quiere prestar atención*”¹. Quien no es ROUSSEAU no puede permitirse esa postura, y en honor a lo que esta investigación pretende me alejaré de su posición y me apegaré inesperablemente a aquel viejo adagio italiano que dice: *chi va piano, va sano e va lontano*, es decir, el que anda despacio, llega sano y llega lejos.

Esta investigación está enfocada en el desarrollo profundo del delito simulado como tipo penal autónomo, y por profundo que resulte, se debe entender un análisis exhaustivo dogmático, histórico, filosófico y normativo. Por eso debemos ir despacio, muy despacio, y sólo así poder garantizar una investigación y una comprensión final, en medida de lo posible, absoluta.

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El Contrato Social*. Editorial Taurus, Great Ideas, Madrid, 2012. pág. 67.

Se debe iniciar comprendiendo que el delito simulado no nació ni existe actualmente de forma independiente, sino que pertenece a un gran grupo de delitos denominados “delitos contra la Administración de Justicia”. Por este motivo es inevitable, al estudiar al delito simulado, partir del concepto mismo de acusación, para más tarde comprender los alcances de las acusaciones y denuncia falsas, maliciosas y temerarias, pues éstas darán cabida al futuro nacimiento del tema principal de esta obra, y sin su estudio pormenorizado la comprensión del delito simulado sería tan incompleta, que su estudio en estas líneas sería el fracaso tan temido.

Una vez establecidas las bases históricas y hallado el nacimiento de este delito, deberemos pasar a estudiar la filosofía y la ciencia que le revisten de contenido, por cuanto la simulación es una conducta que mutila el deber de veracidad, empero, deberemos entender qué es la veracidad, esto es, distinguir entre la verdad y la mentira y verificar si es que en realidad es posible decir que la verdad existe.

Posteriormente analizaremos ya al delito simulado como delito, abarcándolo objetiva y subjetivamente en todos sus elementos típicos, para poder luego contrastarlo con sus múltiples figuras afines para culminar analizando la materia concursal.

La pregunta principal que deberemos poder responder es sobre la pertinencia típica del delito simulado, lo cual no se puede responder hasta haber desmenuzado al delito y a su entorno.

Así, empezaremos por estudiar su nacimiento, para lo cual veremos a profundidad la historia de los delitos contra la Administración de Justicia desde Babilonia, pasando por Atenas, Roma, Germania, hasta llegar a España, y estudiar así cada uno de los Códigos Penales españoles hasta hallar el origen del tema central de esta tesis.

¿Cuál es el bien jurídico protegido de este delito? ¿En que se diferencia de las acusaciones y denuncias falsas? ¿Quién puede cometerlo? ¿Cabe la tentativa? ¿Esta justificada su tipificación?

Sin duda parecen preguntas normales para cualquier tipo penal, las cuales, sin perjuicio de que sean respondidas en el transcurso de esta investigación, cabe advertir que el delito simulado hace honor a su denominación y claramente simula ser un delito sencillo, de fácil comprensión, que incluso no merece mayor estudio. Y sostengo que simula tal sencillez porque en el devenir de estas páginas veremos que tras su “simple” lectura se esconde un tipo penal de compleja estructura, cuyos por menores escapan incluso del ojo más crítico.

Tras estudiar todas sus figuras afines, terminaremos analizando al delito simulado en materia concursal, para ver cómo se lo comete normalmente y qué sucede cuando es medio de un delito fin, o incluso, cuando es fin pero media un delito medio distinto.

Hay quienes piensan que elaborar una tesis doctoral no es más que citar todas las fuentes posibles y llenar páginas enteras de criterios opuestos para analizarlos, criticarlos o alabarlos, según el caso, con una finalidad académica.

La verdad es que eso es una tesis para quienes investigan como viven: por inercia.

La otra opción es que una investigación de esta magnitud sea una aventura académica, en la que todo resultado es inesperado y en la que al final uno crea una obra cuya forma y fondo se basó en pensamientos pasados, pero que en sí misma es autónoma, independiente y única. Escribir así es crear.

SECCIÓN PRIMERA
CONTEXTO HISTÓRICO Y FILOSÓFICO

CAPÍTULO I

Antecedentes históricos y legislativos del delito simulado

I. Orígenes remotos

Para alcanzar un estudio integral se requiere, ineludiblemente, recurrir a la historia, puesto que en ella encontraremos la motivación milenaria de las instituciones jurídicas que están vigentes hoy en día.

Siempre he sostenido que quien no conoce la historia carece de un mundo que sustente su propia existencia. La historia no es sólo pasado, la historia es todo el conjunto de rupturas en el tiempo que se presentan hoy como nuestra única razón de ser.

No se trata de conocer y detallar las obras de Herodoto o las de Tito Livio, pues no necesario hundirnos en los abismos de lo que sobra del análisis de un tema tan específico, sin embargo, es necesario derruir el escepticismo y demostrar, lentamente, la incidencia irrefutable de un pasado que permite explicar lo que sin la historia no tendría sentido alguno.

CICERÓN decía con razón: *historia est vita memoriae, magistra vitae*². Por esto alabo la claridad de pensamiento de PÉREZ AMUCHÁSTEGUI cuando en su cátedra de Filosofía y Letras decía a sus alumnos, entre los que se encontraba Ricardo RABINOVICH-BERKMAN: “*La historia sirve para permitirnos posar la mirada atenta, donde otros la pasan distraída*”³. Por esta razón y sin mayores preámbulos, podemos empezar este capítulo.

² Historia es la vida de la memoria, la maestra de la vida.

³ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Recorriendo la Historia del Derecho*, 2da edición, Cevallos Editora Jurídica, Quito. 2010, pág. 63.

A) Babilonia y el Código de Hammurabi

A orillas del río Éufrates, en la Baja Mesopotamia, a partir del año 1800 a.C., Babilonia se convirtió en un imperio⁴; bajo la firme mano de Hammurabi, su sexto rey, en el siglo XVIII a.C., no sólo se constituyó como un poder hegemónico en el mundo conocido, sino que se creó la primera ley escrita que merezca tal denominación.

Al puro estilo mitológico de la Biblia y de Moisés, nos cuentan que el dios *Samash*, dios sol y dios de la Justicia, entregó al rey Hammurabi las leyes por las que debía regirse su pueblo⁵; el objetivo de este código era eliminar la posibilidad de la venganza privada⁶.

La estrategia de Hammurabi –quien debía ser ateo o creerse dios puesto que el mismo conocía su propia mentira y sabía que *Samash* era mitología al servicio del poder– resultó idónea para sus fines: asegurar su poder interno y arrebatarse la Administración de Justicia a los sacerdotes del clero de *Samash*.

En el Código de Hammurabi no se distingue entre materia civil y penal, sino que se las unifica indiscriminadamente⁷. Sin duda, el objetivo era crear un blindaje de poder interno, que debía estar sincronizado con el poderío militar externo⁸.

⁴ PIGNA, Felipe, *Babilonia*, El Historiador, Web, 13 de julio de 2013 a las 11h05, <http://www.elhistoriador.com.ar/aula/antigua/babilonia.php>.

⁵ GÓMEZ-PANTOJA, Joaquín L., *El código de Hammurabi*, Material de uso docente, Universidad de Alcalá, PDF, pág. 1.

⁶ GÓMEZ-PANTOJA, Joaquín L., *El código de Hammurabi*, op. cit. pág. 1.

⁷ GÓMEZ-PANTOJA, Joaquín L., *El código de Hammurabi*, op. cit. pág. 1.

⁸ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Recorriendo la Historia del Derecho*, 2da edición. op. cit. pág. 128.

En cuanto a lo pertinente y a lo que nos interesa en esta investigación, esta primera ley escrita ya contemplaba penas para acusaciones falsas, es decir, o bien cuando había malicia o bien cuando el delito y la autoría imputada era inexistente. Asimismo, se reguló el falso testimonio.

Es inevitable citar, de forma textual, el contenido exacto de estos delitos para así, posteriormente, verificar su evolución histórica a través de la ciencia jurídica.

1. Sobre las falsas acusaciones

Sobre la acusación falsa, más no maliciosa, tenemos la siguiente sanción:

“Art. 1.- Si un hombre acusa a otro hombre y le imputa un asesinato pero no puede probarlo, su acusador será ejecutado⁹.”

Se sanciona sólo la temeridad, porque no se tipifica que el asesinato o la autoría sea denunciada a sabiendas de que es falsa, sino únicamente que no se lo pueda probar. No por esto debe entenderse que no hubo un asesinato o que el acusado no es el asesino, sino únicamente que el acusador no pudo demostrar la autoría del acusado del delito que pretende atribuirle.

La pena es la muerte, precisamente porque el asesinato es penado con la muerte, por lo que se aplica el *Talión* y se consigue un equilibrio.

⁹ FATÁS, G., *Código De Hammurabi - Ordenación Temática*, Historia Antigua, Universidad de Zaragoza, PDF.

Ahora, tenemos un caso de denuncia temeraria, cuya temeridad no es penada aunque la haya, sino que se sanciona cuando la acusación temeraria es calificada como maliciosa por los dioses:

“Art. 2.- Si un hombre le imputa a otro hombre actos de brujería pero no puede probarlo, el que ha sido acusado de magia tendrá que acudir al divino Río y echarse al divino Río y, si el divino Río se lo lleva, al acusador le será lícito quedarse con su patrimonio. Pero si el divino Río lo declara puro y sigue sano y salvo, quien le acusó de magia será ejecutado. El que se echó al divino Río se quedará con el patrimonio de su acusador¹⁰.”

Evidentemente, de forma inicial no se considera la malicia, es decir, el dolo, sino exclusivamente la temeridad, porque el elemento objetivo es “no poder probar”.

Nótese que a pesar de que el delito de brujería no pudo ser probado –se entiende que dentro de un juicio– el acusado no era declarado inocente por falta de pruebas, sino que se mantiene sobre él una presunción de culpabilidad, la cual debía desvirtuarse ingresando al “divino Río” –asumo yo que se trata del Éufrates– y únicamente si sobrevivía –o si no se le llevaba– podía ser declarado inocente.

Por consiguiente, el acusador, si no podía probar sus aseveraciones con pruebas, aun estaba salvado, porque la veracidad de sus afirmaciones, una vez rechazada por los hombres, debía ser en última instancia determinada por los

¹⁰ FATÁS, G., *Código De Hammurabi - Ordenación Temática*, op. cit.

dioses, quienes controlarían al divino río y harían Justicia divina. Si el río se llevaba al acusado, persistía la temeridad pero el acusador ganaba el juicio, apoderándose del patrimonio del acusado, porque si bien él no pudo probar lo aseverado en su acusación, los dioses sí lo hicieron.

Por otro lado, la temeridad se convertía en malicia cuando el acusado salía indemne del “divino Río”, y dicha malicia era penada con la ejecución -muerte- y la confiscación privada, a favor del acusado, de su patrimonio, es decir, la denuncia temeraria era extensiva patrimonialmente a la familia del acusador.

Otro caso es el de la recuperación de cosas perdidas. El legítimo dueño de un bien debía entablar un proceso para recuperar lo perdido de manos de su nuevo poseedor. En este conflicto se utilizaban testigos, tanto de quien aduce ser legítimo dueño, como del “nuevo” dueño, y también del vendedor que vendió el bien que se pretende recuperar.

Según los testigos y pruebas se determinaba quien era el legítimo propietario, sin embargo, se determinó una sanción para el fingido legítimo dueño: *“Art. 11.- Si el dueño de lo perdido no presenta testigos que reconozcan lo perdido, es un embaucador: ha extendido rumores calumniosos; que sea ejecutado¹¹.”*

Grave pena. Por eso el Código Hammurabi es hoy considerado «draconiano», es decir, desproporcionado en sus penas en relación a las conductas típicas. Evidentemente en el citado artículo el bien jurídico protegido era la honra del acusado, la cual era lesionada mediante la injuria.

¹¹ FATÁS, G., *Código De Hammurabi - Ordenación Temática*, op. cit.

En materia conyugal, para acusar de adulterio a la mujer, debía ser descubierta *in fraganti*, en caso contrario la acusación era desechada y la mujer podía volver a la casa, previo juramento al dios:

“Art. 131.- Si a la esposa de un hombre la acusa su marido y no ha sido descubierta acostada con otro varón, que ella jure públicamente por la vida del dios, y volverá a su casa¹².”

2. Sobre el falso testimonio

Una vez revisado el tratamiento jurídico que se les daba en Babilonia a los falsos acusadores, verifiquemos cómo se regulaba al falso testimonio:

“Art. 3.- Si un hombre acude ante un tribunal con falso testimonio y luego no prueba su declaración, si se trata de un caso con pena de muerte, ese hombre será ejecutado¹³.”

Curiosamente, el testigo debía probar lo declarado. Esto resulta contradictorio con la teoría de la prueba, puesto que, el testigo, es prueba por sí mismo; si el testigo era una herramienta de la acusación y su declaración *per se* es una prueba, no puede exigírsele que pruebe lo testificado porque sobre el no recae la carga de la prueba. El testigo es un medio de prueba, por lo mismo se presume la buena fe y la veracidad de su testimonio, por lo que es un error no solo formal, sino también de fondo el cometido por el Código Hammurabi.

En fin, el Código de Hammurabi, que hoy se encuentra reposando en el museo de *Louvre*, reguló en un solo cuerpo normativo aspectos religiosos,

¹² FATÁS, G., *Código De Hammurabi - Ordenación Temática*, op. cit.

¹³ FATÁS, G., *Código De Hammurabi - Ordenación Temática*, op. cit.

morales y de Derecho¹⁴, pero dejó sentado el inicio de la norma escrita, que más tarde tomaría fuerza y cientificidad hasta llegar a los cuerpos normativos modernos.

B) Atenas

Aunque ciertos puristas de la historia critiquen lo que voy a decir, considero que cuando se habla de Derecho griego realmente se habla sobre Derecho ateniense, ya que esta ciudad no sólo es la cuna de una cultura que persiste en nuestra cotidianidad hasta el día de hoy, sino que, además, fue de mucha importancia en el ámbito jurídico. Si bien no podemos hablar aún de ciencia jurídica, como sí podemos hacerlo al estudiar la historia del Derecho romano, es impensable continuar por esta línea de tiempo ignorando esta etapa histórica tan importante. Además, sin perjuicio de lo que hubiere representado Esparta y las Leyes de Licurgo, por ser esta investigación sobre los delitos simulados y los delitos contra la actividad judicial, resulta impertinente repasar este período-localidad.

I. Leyes de Dracón

Debemos entender previamente el sistema de gobierno que tuvo Atenas antes de convertirse en la cuna de la democracia. Inicialmente, Atenas estuvo gobernada por un rey vitalicio a quien, posteriormente, se le limitó el periodo de

¹⁴ PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique, *Prolegómeno*, Vlex, págs. 3 y 4.

gobierno a diez años y por ultimo se le rebajó a la categoría de un magistrado que debía elegirse mediante elecciones anualmente.¹⁵

Subsiguientemente, se creó un sistema de gobierno de triunvirato, integrado por el Rey Magistrado encargado del culto al dios Dionisio; el *arconte* encargado de la administración de la ciudad; y, el *arconte* dedicado a las cuestiones militares.¹⁶

Tras una larga crisis agraria, social y política, y por la arbitrariedad de los jueces en la época, se encargó a Dracón, quien era *arconte*, que hiciese una colección de las leyes de la ciudad hasta entonces sólo transmitidas por vía oral; este trabajo lo realizó Dracón en el año 621 a.C., y hasta hoy se lo considera el primer código escrito de Atenas.¹⁷

Lo legislado por Dracón fue tan extremo y sanguinario que la pena de muerte era la pena a la que más se recurría, hasta por infracciones leves, es por esto por lo que hasta hoy se utiliza la expresión “draconiano” para referirse a la crueldad extrema¹⁸. PLUTARCO cuenta que cuando preguntaron a Dracón el motivo por el cual decidió imponer la pena de muerte para todos los delitos, éste respondió: “*He creído que las más pequeñas culpas merecen esa pena, y no he encontrado otra para las más grandes*”¹⁹.

¹⁵ BERNAL GÓMEZ, Beatriz, *Historia del Derecho*, Editorial Nostra, México, 2010, pág. 46.

¹⁶ BERNAL GÓMEZ, Beatriz, *Historia del Derecho*, op. cit. pág. 47.

¹⁷ BERNAL GÓMEZ, Beatriz, *Historia del Derecho*, op. cit. pág. 47.

¹⁸ Recomiendo para tener un nivel más profundo de comprensión sobre Dracón, acudir a la siguiente fuente: MENÉNDEZ VARELA, José Luis, *La figura de Dracón en el debate sobre el origen del Estado Ateniense*, POLIS, Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica, 13, 2001, págs. 7 y sigs.

¹⁹ PLUTARCO, *Les vies des Hommes illustres*, Traducción de PARÍS DIDOT, Ricard, Tomo I, 1838, pág. 143, obra citada en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*,

Lastimosamente no quedan registros de estas famosas leyes, sino únicamente referencias a ellas. Sin embargo, y por la característica e inclinación brutal de sus penas, lo más obvio hubiera sido que acusaciones falsas o la simulación de delitos hubieran sido sancionadas con la pena de muerte, tomando en cuenta que delitos mucho más leves eran sancionados de esta manera, sin embargo, históricamente ha quedado datado que hasta la vigencia de la leyes de Dracon no existía la acusación popular, sino que esta sería introducida más tarde, por lo que no es probable que las acusaciones falsas hubieran sido penadas, o por lo más, consideras como delito.

2. Leyes de Solón

Como las leyes de Dracon no consiguieron su objetivo y la crisis económica, social y jurídica continuó, Solón (el “*arconte reconciliador*”) lo reemplazó y elaboró su propio régimen jurídico²⁰, de hecho ARISTÓTELES destaca la existencia de la acusación popular como uno de los elementos principales del sistema jurídico de Solón²¹.

Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada, Tomo I, 2da edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1956, pág. 270.

²⁰ BERNAL GÓMEZ, Beatriz, *Historia del Derecho*, op. cit. pág. 47.

²¹ ARISTÓTELES, *Staat der Athener*, en FLASHAR, Hellmut (editor), *Werke in Deutscher Übersetzung*, Vol. 10, 1990. págs. 18 y 19, obras citadas en AMBOS, Kai, *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, op. cit. pág. 156.

Esto se debió a que Solón, en criterio de PLUTARCO, advirtió que aún debía dar más auxilio al pueblo, concediéndoles el poder de presentar querrela en nombre del que hubiere sido agraviado²².

Por primera vez en Atenas, gracias a Solón, se legisló sobre delitos como la injuria y la calumnia y, lo más importante, se estableció, por primera vez en Grecia, un sistema de la acusación pública y popular, a través de la cual cualquier ciudadano podía presentar una acusación ante los tribunales cuando supiera que se había cometido un delito²³.

SOLÓN, sabiamente, preguntó: “¿Cuál es la ciudad mejor regida?” A lo que el mismo respondió: “Aquella en la que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa²⁴.”

3. Sistema acusatorio ateniense

Atenas tuvo a un modelo acusatorio puro, puesto que cualquier ciudadano ateniense podía presentar una acusación, y lo hacía ante el *arconte*²⁵, quien desempeñaba el rol de oficial competente²⁶, por esto se sostiene que existía una

²² PLUTARCO, *Vidas paralelas*, Solón, XXIII, p. 123, obra citada en MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, 3ra reimpresión, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004, pág. 270.

²³ BERNAL GÓMEZ, Beatriz, *Historia del Derecho*, op. cit., pág. 48.

²⁴ SOLÓN citado por PLUTARCO, *Vidas paralelas*, Solón, XXIII, pág. 123, obra citada en MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, 3ra reimpresión, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004, pág. 270.

²⁵ Magistrado supremo encargado del gobierno en las antiguas ciudades griegas.

²⁶ WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*, 1997, pág. 123, obra citada en AMBOS, Kai, *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, “El Principio Acusatorio y el Proceso Acusatorio: Un Intento de Comprender su Significado Actual desde la Perspectiva Histórica”, Editorial Palestra, Lima, 2010, pág. 156.

verdadera acusación popular²⁷, empero, se debe tomar en cuenta que la Justicia no era gratuita y activar el motor de la Justicia era bastante costoso²⁸, lo que hacía que no todo ateniense pudiese acceder a ésta, por lo que, aquello de que “todo ciudadano ateniense podía denunciar” es una hipocresía de la democracia supuestamente “directa” de aquella época.

Queda aclarado que para ser un ciudadano propiamente dicho, es decir, para serlo completamente, se debía ser hasta cierto punto de la aristocracia, o por lo menos ser pudiente -y luego dicen que la democracia de PERICLES es un ejemplo a seguir...- y esto además se debía por las consecuencias de presentar una acusación falsa, tal cual veremos en el próximo subcapítulo.

La acusación popular nace de la idea de que la soberanía pertenece a la “ciudadanía”, quienes fueron en Atenas el engranaje para la democracia directa, por lo que, además de sufragar y poder tomar decisiones administrativas, legislativas y políticas de forma directa, también se abrió el camino para que puedan acusar y juzgar²⁹.

El procedimiento acusatorio era, a raíz de la edad de oro iniciada por PERICLES, básicamente el siguiente: el demandante citaba al demandado, las

²⁷ BREITBACH, M., *Der Prozess des Sokrates—Verteidigung der oder Anschlag auf dieathenische Demokratie*, Gymnasium, 112, 2005, pág. 321, en WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*, 1997, pág. 125, obra citada en AMBOS, Kai, *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Pena*,. “El Principio Acusatorio y el Proceso Acusatorio: Un Intento de Comprender su Significado Actual desde la Perspectiva Histórica”, Editorial Palestra, Lima, 2010, pág. 156.

²⁸ AMBOS, Kai, *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Pena*,. “El Principio Acusatorio y el Proceso Acusatorio: Un Intento de Comprender su Significado Actual desde la Perspectiva Histórica”, Editorial Palestra, Lima, 2010, pág. 156.

²⁹ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, 3ra reimpresión, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004, pág. 269.

partes prestaban el respectivo juramento, se elegía a los miembros del jurado y, tras el litigio oral, el Jurado determinaba a quien asistía la razón³⁰.

Existía el juicio en rebeldía en caso de ausencia del demandado, y, como ya ha quedado claro, las mujeres y los esclavos no podían ser testigos en el juicio, salvo pacto entre las partes³¹.

4. Acusaciones falsas en Atenas

No sólo que se debía ser acaudalado para fungir de acusador, sino que inteligentemente el Derecho Penal ateniense dispuso que todo acusador, para poder presentar su acusación y que ésta fuere conocida y tramitada en Derecho, debía previamente prestar caución para responder frente a una posible indemnización por querrela falsa³².

Además y por otro lado, en el caso de que el acusador –se entiende que tras haber rendido caución- no obtuviera al menos una quinta parte de los votos del tribunal a su favor, debía pagar una multa de 1,000 dracmas³³. El número de jueces que formaban el tribunal dependía de la gravedad del asunto presentado en la acusación, pudiendo estar compuesto por 501 jueces hasta 6,000³⁴, lo cual sí es una verdadera democratización de la Justicia.

³⁰ BERNAL GÓMEZ, Beatriz, *Historia del Derecho*, op. cit., pág. 51.

³¹ BERNAL GÓMEZ, Beatriz, *Historia del Derecho*, op. cit., pág. 51.

³² AMBOS, Kai, *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, op. cit. pág. 156.

³³ WESEL, Uwe, *Geschichte des Rechts*, op. cit., pág. 125, obra citada en AMBOS, Kai, *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, op. cit. pág. 156.

³⁴ WESEL, Uwe, *Geschichte des Rechts*, op. cit., pág. 125, obra citada en AMBOS, Kai, *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, op. cit., pág. 157.

La caución entregada pesaba sobre el vencido y era repartida entre los jueces. MAIER interpreta este procedimiento y asegura que si la quinta parte de los jueces encontraba fundado el derecho de acusar, aunque se hubiere absuelto al acusado, el acusador no era sancionado³⁵.

Nótese que a diferencia del Código de Hammurabi y como veremos, incluso a diferencia del Derecho Penal romano, el falso acusador era sancionado únicamente de forma pecuniaria.

Si se demostraba que la acusación era falsa o maliciosa, o si no se comprobaba en Derecho lo aseverado por el acusador, la caución pecuniaria, entregada como requisito previo para la admisibilidad de la acusación, era entregada al acusado, en razón de indemnización por haber vulnerado su honra, mientras que la multa de 1,000 dracmas estaba destinada al Estado, por haber activado el aparato de Justicia innecesariamente y por ocasionar un gasto innecesario de sus recursos³⁶.

En el procedimiento por delitos de acción pública el acusador presentaba su acusación ante el *arconte*, quien tenía la obligación de previamente juzgar la seriedad y formalidad de la acusación, conforme a los elementos de prueba que en ella se enunciaban y anunciaban. Sólo si la admitía, tras hacer este juicio de selectividad de la acusación, tomaba el juramento al acusador y recibía la

³⁵ MAIER, Julio B. J, *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 270.

³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 271.

caución, ya que sólo así se aseguraba que éste -el acusador- no abandonaría la acusación³⁷.

Sobre las acusaciones en Atenas no se puede decir mucho más, puesto que -tal como sostiene BRUGI- el Derecho griego es “*una masa incoherente de pensamientos filosóficos*”³⁸, donde no existe coordinación jurídica³⁹, tal cual sí existió en Roma.

C) Roma

Para nuestro sistema jurídico, al cual llamamos romano-germánico, por obvias razones el período de la historia más importante es el de Roma. La importancia de Roma radica básicamente en la simple idea de que los sudamericanos antes que descendientes de españoles, somos romanos, así como los españoles antes que descendientes de visigodos, son romanos.

Es imposible -por no decir inconcebible- pensar en Derecho y no pensar en Roma. Sólo basta mencionar leyes justas y civilizadas que dan forma a nuestra realidad actual, tales como la *Lex Elia Sentia*⁴⁰, *Lex Aquilia*⁴¹, *Lex Cecilia*

³⁷ MAIER, Julio B. J, *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 271.

³⁸ BRUGI, *Il Diritto greco classico e la Sociologia*, Revista italiana di Sociologia, Vol. X, texto citado en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 271.

³⁹ BRUGI, *Il Diritto greco classico e la Sociologia*, Revista italiana di Sociologia, Vol. X, texto citado en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 271.

⁴⁰ Ley que regulaba la manumisión de los esclavos.

⁴¹ Ley que regulaba el procedimiento para pagar daños y perjuicios cuando se lesionaba bienes ajenos.

*Didia*⁴², *Lex Cornelia* (traiciones)⁴³, *Lex Julia* y *Lex Juliae*⁴⁴ y la *Lex Porcia* I, II, II⁴⁵.

Además de aquello “civilizado” que legislaba el Senado, existieron las XII Tablas, donde se regulaba el Derecho procesal privado, el Derecho de familia y sucesiones, Derecho de obligaciones y derechos reales, Derecho Penal y procesal penal, etc.

Éste aún era mundo de esclavitud, corrupción, orgías y barbarie, pero representa la base de todos nuestros cuerpos normativos. No se debe confundir la existencia real del Derecho con la conducta real de los pueblos. Nuestros autores suelen caer en este imperdonable error.

España, al igual que mi patria, Ecuador, tiene un sistema de Derecho romano. Es innegable que los juristas nos sorprendemos cuando estudiamos la historia del Derecho y verificamos que todo aquello que tenemos hoy –o su mayoría– ya existía hace más de dos mil años atrás, tanto así que los delitos contra la Administración de Justicia ya existían tanto en la República como en el Imperio romano, conforme detallaré a continuación.

⁴² Ley que regulaba el procedimiento para la aprobación de Leyes ya sea en el Senado o en la Asamblea del Pueblo.

⁴³ Ley de Lucio Cornelio Sila para que los Gobernadores de la provincias romanas no abusaran de sus cargos contra el las personas y sus propiedades.

⁴⁴ Leyes que regulaban las distintas formas de matrimonio y requisitos para segundas nupcias.

⁴⁵ Leyes que regulaban el sistema de recursos horizontales y verticales en materia penal, estableciendo el derecho a la apelación en casos de pena capital, a nos ser flagelados sin proceso ni sentencia, etc. No se debe confundir éstas Leyes con las de Marco Porcio Catón (ya sea el viejo o el joven), éstas pertenecían a un tal Porcio Laeca.

En Roma debemos detenernos más que en el Código de Hammurabi, o que en Derecho ateniense, precisamente porque –aunque MOMMSEN lo niegue– en Roma ya hubo una verdadera “ciencia jurídica”, constituida de instituciones jurídicas firmes y pensadas, por lo que, antes de analizar los delitos simulados y las acusaciones falsas, debemos estudiar detenidamente las instituciones procesales y penales que les dan sustento.

VELÁSQUEZ ratifica la importancia de Roma en nuestra historia jurídica y hace énfasis en que el Derecho romano, por primera vez en la historia, afirmó el carácter público y social del Derecho Penal; diferenció los hechos dolosos de los culposos; distinguió la ejecución, consumación y la tentativa; desarrolló las teorías de la imputabilidad, la culpabilidad y el error como causa excluyente de responsabilidad. Incluso creó la figura de la prescripción de la acción penal.⁴⁶ De este modo, podemos empezar a analizar las instituciones que sustentan esta investigación, que sin duda son verdaderas “instituciones”.

Por otro lado es importante considerar la advertencia de MAIER, cuando muy acertadamente explica que la Administración de Justicia *per se* no existía como una institución autónoma en Roma, sino que ésta era parte indivisible del sistema de administración general del Estado, a diferencia de lo que ocurre hoy en día en nuestros Estados⁴⁷.

⁴⁶ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte General, Parte primera, Teoría de la ciencia del Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. pág. 403.

⁴⁷ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 274.

1-. *Cognitio y accusatio*

Para introducirnos en el delito simulado, que es el tema principal de este estudio, debemos comprender que su origen no es el de la autonomía típica, sino que éste pertenece a los llamados delitos contra la Administración de Justicia y es una derivación directa del delito de presentación de denuncias falsas o maliciosas, que como veremos en el capítulo pertinente, hoy controvierte su estatus al entrar en un concurso de delitos difícil de resolver.

En Roma el Derecho procesal penal estaba dividido, tal cual hoy lo está, en Derecho procesal privado y en Derecho procesal público. Éste último podía iniciarse de dos formas: por *cognitio*, es decir de oficio, o mediante *accusatio*, esto es, mediante acusación; la *cognitio* era la forma más antigua y normalmente utilizada, mientras la *accusatio* se considera un procedimiento moderno del Derecho Penal romano⁴⁸.

En los procesos iniciados por *cognitio* era el Magistrado, revestido de *imperium*, el que en nombre de la comunidad tenía la titularidad de la acción penal, de oficio, mientras que cuando había *accusatio*, era el particular el que se atribuía esta función⁴⁹. Curiosamente, ni siquiera existía un procedimiento establecido para la *cognitio*, esto es, no había procedimientos probatorios ni requisitos decisorios, era un tema discrecional del Magistrado⁵⁰.

⁴⁸ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, Analecta Editorial, Navarra, pág. 336.

⁴⁹ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. págs. 336 y 337.

⁵⁰ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 275.

En el primitivo Derecho romano ya estaba penado el falso testimonio y la difamación, por lo cual formaban parte del Derecho Público y eran reconocidos *per se* como delitos⁵¹.

En la etapa de la Monarquía, el *ius puniendi* era marcadamente religioso y el delito no sólo era contra los ofendidos por éste, sino también contra los dioses. Los delitos eran considerados ataques contra toda la comunidad civil y el responsable era declarado enemigo público. Cuando la naturaleza del delito era privado (*delicta*), se seguía un procedimiento civil con una *actio penal*, siendo las penas de éste pecuniarias⁵².

El Derecho Penal romano de la República (510 a.C.) distinguía entre los delitos capitales, el denominado *percidium* y el *perduellio* (alta traición), y los demás delitos. Una vez formulada la *accusatio*, los delitos ordinarios –los que no eran ni *percidium* ni *perduellio*– eran conocidos por la Asamblea Popular a través del *iudicium populum* contra ciudadanos romanos. Con la presentación de la *accusatio* el acusador asumía la obligación de presentar una acusación justa frente al acusado y a su vez asumía que el proceso pudiera dirigirse contra el propio acusador⁵³.

⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición. op. cit. p. 275.

⁵² LÓPEZ GOBERNADO, Carlos J., *Investigación Criminal en la Antigua Roma*, Dialnet. PDF. pág. 17.

⁵³ VON HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht.*, Vol. I, 1925, pág. 59, en MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*, 1961, pág. 152, obra citada en AMBOS, Kai, *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, op. cit. pág. 157.

Posteriormente, apareció la *quaestio*, que no era más que un proceso acusatorio en el que cualquier ciudadano podía intentar sostener la acusación, basado en un delito tipificado con una pena determinada⁵⁴.

La concepción del proceso penal acusatorio fue el resultado de la adopción de formas del proceso pertenecientes al Derecho privado, esto es, del juicio arbitral en el cual había un accionante y un accionado⁵⁵, para que así se adopte un concepto más restrictivo como es el del *iudicium publicum*, que fue un proceso guiado con arreglo a las formalidades del Derecho civil, en beneficio de la comunidad⁵⁶. La *cognitio* fue la forma clásica de persecución penal, sin embargo, en el último siglo del período de la República, la *cognitio* se mostró insuficiente, por lo que se adoptó la *accusatio*, lo que tornó a la acción penal a un carácter público y cualquier ciudadano podía denunciar y acusar⁵⁷, sin embargo, la *accusatio* daba inicio a un proceso público.

Se debe considerar que a partir del siglo II a.C. se crean tribunales permanentes (*Quaestiones Perpetuae*)⁵⁸ para conocer de forma permanente, valga la redundancia, los delitos de acción pública, tales como, por ejemplo: *crimen ambitus*, (corrupción electoral); *crimen falsi* (falsificaciones de sellos y moneda); *crimen homicidii* (homicidio), etc⁵⁹.

⁵⁴ PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique, *Prolegómeno*, op. cit. pág. 13.

⁵⁵ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. págs. 340 y 341.

⁵⁶ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 197.

⁵⁷ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte General, Parte primera, Teoría de la ciencia del Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., págs. 402 y 403.

⁵⁸ REAL-LEDEZMA, J., *El enjuiciamiento criminal de Cristo en el derecho penal romano*, 1ra Reimpresión, ITESO, Puebla, 2007, obra citada en LÓPEZ GOBERNADO, Carlos J., *Investigación Criminal en la Antigua Roma*, op. cit. pág. 18.

⁵⁹ LÓPEZ GOBERNADO, Carlos J., *Investigación Criminal en la Antigua Roma*, op. cit. pág. 18.

Por eso MOMMSEN mantiene que la base del procedimiento acusatorio era que el acusador cargaba la representación de la comunidad, legitimado por las ofensas ocasionadas a ésta, y que dicha carga no se la echaba sobre sus hombros de oficio o en razón de su cargo, sino por su libre y voluntaria resolución⁶⁰. Entonces salvo con la intervención de la *cognitio*, el delito quedaba impune si no había *accusatio*, precisamente porque no había disposición legal que obligase al potencial acusador a ejercer este derecho⁶¹.

La acusación –en teoría– pertenecía a todo el pueblo, y era necesario analizar el *dolus*, la tentativa y la complicidad, por lo que el Juez estaba obligado a pronunciarse sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado⁶².

En la época del Imperio romano aparecería la figura de la *cognitio extra ordinem*, que creó órganos estatales que de oficio conducían los procesos de principio a fin, lo que hizo que la *accusatio* perdiera fuerza, pero que no desapareciera⁶³.

a) *Exclusividad de la accusatio*

Por regla general, cualquier ciudadano libre podía presentar una acusación -basta con recordar el juicio que Marco Tulio Cicerón inició a Catalina, quien no actuó en calidad de Senador, sino de ciudadano-, sin embargo, existían

⁶⁰ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 363.

⁶¹ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 363.

⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 276.

⁶³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. págs. 275 y 277.

situaciones taxativas en las que sólo se permitía a la víctima presentar acusación, estas son:

1. *Quaestio de repetundis*⁶⁴: extorsión.
2. *Quaestio de falsis* conforme al a Ley Cornelia: suposición de parto⁶⁵.
3. Adulterio: Era privilegiado del *pater familias* o del cónyuge⁶⁶.
4. Injurias cualificadas⁶⁷.

Fuera de estos casos, no era requisito que el acusador justificara su calidad de ofendido⁶⁸, sino que éste era un derecho universal, ¿pero de todos? La respuesta es evidente: únicamente de ciudadanos romanos libres, por lo cual, no eran sujetos del derecho universal de acusación los siguientes “humanos”:

1. El no ciudadano⁶⁹ (entiéndase «no romano»).
2. El menor de edad, salvo que fuere víctima y tuviere la autorización de su tutor⁷⁰.
3. La mujer, salvo en casos de delitos de lesa majestad y de usura de grano⁷¹.
4. El magistrado en funciones⁷².
5. El soldado en servicio activo, salvo que se tratase de delitos en los que éste fuera afectado directo, o de delitos de lesa majestad o de usura de grano⁷³.
6. El que tenía la condición de acusado⁷⁴.

⁶⁴ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 364.

⁶⁵ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 364.

⁶⁶ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 364.

⁶⁷ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 364.

⁶⁸ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. págs. 364 y 365.

⁶⁹ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 366.

⁷⁰ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 366.

⁷¹ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 366.

⁷² MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 367.

⁷³ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 367.

⁷⁴ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 368.

Ahora bien, ¿pero qué se consideraba ser un ciudadano libre? pues aquel que **no** formaba parte de los siguientes grupos:

- a. Ser hijo de familia no emancipado sin autorización de su *pater familias*⁷⁵.
- b. Ser liberto, salvo cuando tuviere un hijo y un patrimonio superior 30,000 sesteracios. Podía acusar por adulterio y por injurias graves sin cumplir esos requisitos; jamás, ni cumpliéndolos, podía acusar a su patrono, salvo que se tratase de un caso en que su patrono hubiere cometido un delito de lesa majestad⁷⁶.
- c. Ser colono y querer presentar una *accusatio* en contra de los propietarios de sus tierras. Podían interponer una acusación contra otros -que no sean los dueños de sus tierras- y siempre y cuando sean ellos los ofendidos directos o sus parientes.⁷⁷

Cabe mencionar que tras el gobierno de Constantino, esta facultad de acusar sufrió una grave limitación, la cual radicó en que únicamente podía acusar quien tuviera un patrimonio superior a cincuenta monedas de oro⁷⁸.

b) *El inicio de la accusatio*

La *accusatio*, según fuere el caso, se interponía por medio de una de sus figuras específicas: *petitio* (petición), *accusatio* (acusación), *postulatio* (demanda), *nominis delatio* (informe sobre alguien) o *inscriptio* (inscripción)⁷⁹. No obstante, la *accusatio* debía previamente ser calificada por un *Pretor* –tal cual

⁷⁵ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 367.

⁷⁶ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 367.

⁷⁷ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 367.

⁷⁸ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 367.

⁷⁹ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 376.

por un *arconte* en Atenas- y únicamente si la *accusatio* cumplía los requisitos de admisibilidad, era procesada⁸⁰.

La *accusatio* admitida se denominaba *nominis delatio*, y así era calificada aquella *accusatio* que exponía los elementos de hecho y de Derecho que sustentaban la pretensión y que era inscrita por el mismo acusador en el protocolo judicial, con el debido juramento de *calumnia*⁸¹ –algo que pronto se explicará–.

Del mismo modo y según caso, el acusado debía intervenir mediante *in ius vocatio* (derecho a ser citado), *sacramentum* (juramento) o *interrogatio in iure* (interrogatorio en Derecho)⁸².

No existe común acuerdo sobre la utilización exacta de las distintas modalidades de accionar el aparato judicial romano: sin embargo, *accusare* –que fue la palabra que remplazó a la *patere* (apertura)– se usó como genérico, aunque no era propiamente la palabra más técnica⁸³.

Postulare se utilizaba para designar las peticiones⁸⁴, y sería lo más cerca de lo que hoy llamamos pretensión, que no es una acusación, sino una petición específica, que en materia penal, en última instancia, será o no otorgada por el magistrado.

⁸⁰ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 279.

⁸¹ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 279.

⁸² MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 376.

⁸³ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 377.

⁸⁴ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 377.

La palabra técnica para designar a la interposición de la *accusatio* era *deferre*, que literalmente significa “demanda”. Era indispensable el *nomen*, que era la determinación del acusado.⁸⁵

La primera fase englobaba la investigación e instrucción: en la *postulatio* se pedía al *Praetor* la facultad para incriminar al acusado y la presentación de pruebas; en la *inscriptio et suscriptio*, se realizaba el acta de acusación; y, en la *nominis receptio*, se producía la inscripción en la lista formal de reos y fijación de la fecha del juicio⁸⁶.

Es importante tomar en cuenta la importancia de la *accusatio* en cuanto al momento preciso en que se trababa la *litis*, pues no era necesaria ni siquiera la citación de la demanda⁸⁷ (fácilmente se podía quedar en la indefensión) y dicho momento en que se trababa la *litis* tenía el siguiente efecto: el acusado era considerado culpable hasta que no se resolviera lo contrario, por lo que sus derechos civiles quedaban suspendidos⁸⁸.

Es fundamental comprender cuál era el momento en que se consideraba que se entablaba la acción, precisamente porque como veremos en el capítulo pertinente, el delito simulado se consuma cuando se pone en marcha el aparato judicial, por lo que este antecedente además de curioso, puede resultar bastante ilustrativo. Entonces, regresando al tema central, el momento en que quedaba entablada la acción, según el período de la historia de Roma, era la siguiente:

⁸⁵ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 377.

⁸⁶ LÓPEZ GOBERNADO, Carlos J., *Investigación Criminal en la Antigua Roma*, op. cit. pág. 18.

⁸⁷ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 382.

⁸⁸ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 384.

- a. Para considerar la prescripción, se entablaba la acción desde el momento de su inscripción⁸⁹.
- b. En la legislación “Justiniana” el momento en que se entablaba la acción correspondía a la “litiscontestación criminal”⁹⁰, es decir, tal cual ahora, cuando el acusado contesta a la acusación.

Era función del acusador probar lo aseverado en la *accusatio*, en el plazo que en común acuerdo, acusador y juzgador, hubieren convenido, según la magnitud de lo denunciado⁹¹. Posteriormente, luego de la audiencia y el debate, la decisión era tomada.

Sin necesidad de ahondar más en aspectos conceptuales que considero que han quedado claros y son esclarecedores del fondo de la institución de la *accusatio*, es momento de empezar a analizar el tratamiento jurídico que en Roma se dio a las acusaciones infundadas, temerarias, maliciosas y falsas, y que como veremos, su tratamiento es, como no podía ser de otra forma, más civilizado y racional que el empleado en el Código de Hammurabi.

c) Premios a los acusadores

Acusar *per se* por regla general no generaba derecho meritorio alguno, sino más bien ciertas especies de denuncias que entraban en el hoy denominado Derecho Penal premial.

⁸⁹ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 385.

⁹⁰ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 385.

⁹¹ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 280.

Ruego no confundir al Derecho con la coyuntura Política. El lector culto notará que parece haber una contradicción: existieron períodos políticos en Roma donde el “imperio de los delatores” generó traiciones, pánicos y un nuevo modo de vida lucrativa. Me refiero, a modo ejemplificativo, a períodos tales –entre otros– como:

- a. En la dictadura de Sila se “premiaba” a los delatores de los simpatizantes de Mario. Tras ejecutar a los enemigos de Sila, el acusador tenía Derecho a quedarse con parte de sus propiedades, despojando incluso a los herederos del condenado.
- b. En imperio de Augusto (Octavio) se premió a los delatores de los republicanos y asesinos de su padre adoptivo, Cayo Julio Cesar. Augusto tenía tal sed de venganza que tras ejecutar a los enemigos, conspiradores y autores del asesinato del gran Julio Cesar, entregaba a su acusador el patrimonio de estos “enemigos del pueblo romano”.
- c. En el imperio de Tiberio, se utilizó la figura de los delatores para perseguir a sus enemigos políticos. Este sistema fue manejado por Silano, y gracias a que el premio de una acusación probada o manipulada conllevaba el poderse quedar con el patrimonio del acusado-condenado, hubo un significativo crecimiento demográfico de “nuevos-ricos” en Roma.

Casos exactos o similares a los mencionados se encontrarían sobretodo en los gobiernos de Calígula, Nerón, Vitelio, Domiciano y Comodo. Afortunadamente el Derecho, como ciencia, supo ver que el incentivo al recurso de la delación resultaba bárbarico y sumamente peligroso. Aquello de tener

vecinos acusándose los unos a los otros, por hechos falsos y con fundamentos manipulados, sería poner fin a la misma idea de la sociedad, o por lo menos rompería las estructuras preexistentes. Por eso el Derecho siempre intentó evitarlas, y ahí donde éste no pudo y dónde las pretensiones egocéntricas de un sólo individuo vencieron a las ciencias jurídicas, ocasionaron, más tarde, millones de muertes, justamente haciendo uso de la delación. Qué mejor ejemplo que el régimen Nazi o el gobierno bajo la mano de hierro de Stalin.

Además de las dadas que se buscaban con falsas acusaciones, acusar significaba un honor, por ser una excelente oportunidad política para exhibirse como merecedores de cargos públicos y además, representaba un *plus* para las escuelas de oratoria y Derecho⁹².

¿Pero no se supone que la historia sirve para aprender de ella y no cometer los mismos errores? Bien decía HERÁCLITO: podemos bañarnos en el mismo río pero jamás será la misma agua⁹³. Por eso RABINOVICH-BERKMAN es tajante:

[...] no creo en las virtudes predictoras de la Historia, y mil veces recomiendo a quien desee conocer el futuro que lea el horóscopo de las revistas populares, o emule a los antiguos romanos y escudriñe las entrañas de un cabrito (con el lógico festín consecuente), antes que quemarse las pestañas investigando un pasado que definitivamente no se repite⁹⁴.

Considero que sí se repite, pero no se manifiesta de la misma forma, por eso, parecería ser que vemos que la historia es cíclica, y a fin de cuentas,

⁹² MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 279.

⁹³ HERÁCLITO citado en RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Recorriendo la Historia del Derecho*, 2da edición. op. cit. pág. 62.

⁹⁴ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Recorriendo la Historia del Derecho*, 2da edición. op. cit. pág. 54.

encontramos que los mismos errores generan sucesos catastróficos de similares características.

Volviendo al tema y una vez explicado que no porque la historia política nos demuestre algo quiere decir que la ciencia del Derecho lo hubiere reconocido como un suceso legítimo, podemos regresar a la explicación original.

Como se decía, acusar no era motivo de merecimiento de premio o mérito alguno, sino que los premios se otorgaban en casos expresamente determinados, lo cual constituye la excepción y no la regla⁹⁵.

Así, se premiaban, excepcionalmente, las acusaciones en los siguientes casos:

- a. Se eximía de pena a los arrepentidos⁹⁶, es decir, a aquellos delincuentes que confesaban su delito, previo acuerdo con los jueces penales, con el fin de allanar el camino para poder condenar a sus cómplices y compañeros de delincuencia.⁹⁷
- b. Se otorgaba la libertad al esclavo que delatase y acusare, revelando la identidad, al asesino de su amo.⁹⁸

⁹⁵ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 478.

⁹⁶ Esta institución se mantiene hasta ahora vigente en todo el mundo y pertenece al denominado Derecho Penal premial. Se puede encontrar más detalles e información especializada en RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *El Agente Infiltrado en el Estado de Derecho y de (In)Seguridad*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2012, Capítulo II.

⁹⁷ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 478.

⁹⁸ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 479.

En todo caso, para evitar las acusaciones maliciosas, el Derecho se adaptó a las necesidades y dispuso reglas, hoy científicas, para controlar y sancionar las acusaciones falsas, tal cual veremos a continuación.

2. La falsa *accusatio*

En Roma, al igual que en Babilonia, acusar era un Derecho y un servicio social, sin embargo, también su uso abusivo constituía delito.

En el procedimiento público originario, antes que se instaure la institución de la *accusatio*, no había acusador, sino un Magistrado que actuaba en base a la *cognitio*, por lo que no podía pensarse la falsa acusación⁹⁹.

Posteriormente, tal como ha quedado expuesto, con la adopción de la institución de la *accusatio* se abrió la puerta para que ésta sea, en procesos por *quaestiones*, temeraria, maliciosa o incluso simplemente falsa, por lo que se contempló en el Derecho Penal romano el delito de falsa acusación, el cual podía ser de tres clases, *calumnia*, *tergiversatio* o *prevaricatio*, pero estos, como veremos, no eran delitos autónomos que debían ser denunciados (como hoy en día), sino que eran juzgados por el mismo tribunal que conocía el asunto principal¹⁰⁰.

La conciencia sobre el peligro de las acusaciones falsas obligaron a los romanos a crear garantías contra los abusos de las acusaciones temerarias o

⁹⁹ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 467.

¹⁰⁰ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 468.

interesadas, obligando al acusador a prestar el denominado “juramento de calumnia”¹⁰¹.

a) *Calumnia*

Lo que es una *falsum accusatio* es sinónimo de *calumnia*, y se lo asemejaba a un atentado contra el honor. *Calumnia* existía cuando se acusaba con conocimiento de que la acción era infundada, es decir, una acusación maliciosa¹⁰². Debe quedar claro que no entra en esta categoría la acusación temeraria, puesto que la *calumnia* requiere para su consumación el elemento subjetivo: dolo. Además, con *calumnia* no nos referimos a la *iniuria*¹⁰³ (injuria), la cual es materia de otro estudio. Debía determinarse que la *accusatio* se la realizó con conocimiento de la falsedad de la imputación, en caso contrario no había *calumnia*¹⁰⁴ –ni necesidad de que alguien se lance a un río como en Babilonia–.

La punibilidad de la calumnia proviene del procedimiento privado (arbitraje o proceso civil); el acusado podía exigir que el acusador declare bajo juramento que su acusación era de buena fe, entonces, una vez -y en caso de- que el tribunal hubiere desechado la acusación por no haber sido probada, y tras haberse comprobado que ésta se había interpuesto de mala fe, el acusado podía solicitar al mismo tribunal (no era una nueva y autónoma *accusatio*) que desechó

¹⁰¹ SILVELA. F., *La acción popular*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 73, 1888, pág. 461, obra citada en ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Reflexiones sobre el «juicio de acusación y la etapa intermedia del proceso penal*, Diario La Ley, N° 6090, Sección Doctrina, 21 Sep. 2004, Año XXV, Ref. D-187, Editorial LA LEY, LA LEY 2051/2004.

¹⁰² MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 468.

¹⁰³ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*. Tomo II, Analecta Editorial, Navarra. págs. 241 – 262.

¹⁰⁴ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 281.

la *accusatio*, que se condene al acusador al pago de la décima parte del importe solicitado en su demanda¹⁰⁵.

En ese ámbito la pena por *calumnia* no podía rebasar el aspecto pecuniario, por eso en las controversias por *quaestiones*, posteriores a las leyes dictadas por Sila, se lo trasladó al proceso penal público¹⁰⁶, que es el que más no interesa en este estudio.

MOMMSEN definía a la *calumnia* como: “[...] la interposición en el procedimiento por *quaestiones* de una acción cuya falta de fundamento conocía el actor¹⁰⁷.”

Las aplicación de las penas o incluso la posibilidad de condena por *calumnia* se atenuaba cuando la interposición de la acción era consecuencia de una obligación oficial o de un deber moral, como las denunciar por de oficio o por el asesinato de personas allegadas al acusador, o por razón de tutela o encargo sucesorio realizado por el testador¹⁰⁸.

En cuanto a las penas impuestas al calumniador, tenemos las siguientes:

- a) Pérdida de derechos honoríficos correspondientes a los ciudadanos¹⁰⁹.
- b) Pérdida del derecho a optar a cargos públicos¹¹⁰.
- c) Pérdida del derecho a sufragar¹¹¹.

¹⁰⁵ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 468.

¹⁰⁶ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. págs.,468 y 469.

¹⁰⁷ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 469.

¹⁰⁸ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 470.

¹⁰⁹ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 471.

¹¹⁰ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 471.

¹¹¹ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 471.

- d) Pérdida del derecho de petición¹¹².
- e) Pérdida de representar judicialmente a un tercero¹¹³.
- f) Pena pecuniaria¹¹⁴.
- g) Se marcaba una letra K en la frente del calumniador^{115 116}.

Definitivamente se ve un progreso humanista en cuanto al Código de Hammurabi, ya que en Roma estas penas no caían sobre el cuerpo, sino sobre la ciudadanía de los condenados (a excepción de la descrita en el literal g).

A partir del emperador Constantino, las penas por *calumnia* se modificaron y se impuso para estas la ley del Talión, es decir, la de la reciprocidad, por lo que al acusador se le obligaba a comprometerse, al presentar la acusación, a someterse a las mismas penas que debían, según él, imponerse al acusado, en caso de que su acusación fuere declarada maliciosa¹¹⁷.

Como vemos, la pena por *calumnia* se convirtió en un sistema de reversión: si el acusador acusaba maliciosamente se le imponía la misma pena que debía imponérsele al acusado por el delito que se le imputaba. Por esto se consiguió que las falsas acusaciones bajaran su frecuencia; curiosamente verificaremos, más tarde en este mismo capítulo, que el Código Penal español de 1822 adoptó este mismo sistema y que mantuvo vigente la ley del Talión hasta ese año.

¹¹² MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 471.

¹¹³ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 471.

¹¹⁴ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 471.

¹¹⁵ MOMMSEN sostiene que de ésta no existen pruebas de su existencia, por lo que podría tratarse de una equivocación.

¹¹⁶ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 471.

¹¹⁷ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 473.

Este es un claro ejemplo de una disposición de Derecho que resulta meramente simbólica, puesto que, como bien recordarán quienes sean estudiosos de la historia política de Roma, que el motor del control interno de emperadores como Tiberio, Calígula, Nerón o Domiciano, fue el recurso de las acusaciones infundadas con el férreo control de las Administración de Justicia.

No hace falta decir que el proceso por *calumnia*, por obvias razones, se limitaba exclusivamente a los casos de acusación formal¹¹⁸. Por eso se implantó el sistema en Roma en que la acusación se formulaba y publicaba en el Foro durante tres días consecutivos, pero previamente el acusador debía prestar el “juramento de calumnia” para comprometerse a responder frente a acusaciones falsas, de modo que si posteriormente abandonaba su acusación, podía ser considerado calumniador, o, como veremos en su momento, prevaricador o tergiversador¹¹⁹.

Por último, cabe hacer una distinción: en Roma la *calumnia* se refería exclusivamente al acusación maliciosa, por otro lado, también existía la injuria; en la antigua Roma la palabra injuria tenía una significado bastante amplio: era la ofensa hecha a un tercero en su cuerpo o en sus cosas¹²⁰, pero no en un proceso judicial, por lo cual la distinción de forma y fondo entre *calumnia* e *iniuria* queda claramente determinada.

¹¹⁸ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 473.

¹¹⁹ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, Revista Jurídica de Cataluña, 1984, pág. 376, Así también en ORTEGO PÉREZ, Francisco, *El Control Jurisdiccional de la Acusación como garantía en el Proceso Penal*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-176, tomo 5, Editorial LA LEY, LA LEY 22362/2001.

¹²⁰ SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes, *Protección al derecho al honor, La calumnia y la injuria*, Diario La Ley, No 7990, Sección Doctrina, 26 Dic. 2012, Editorial La Ley, La Ley Digital, LA LEY 18096/2012, pág. 1.

b) *Tergiversatio*

Por *tergiversatio* se entiende aquellos casos en los que se desistía o abandonaba la acusación/causa de forma injustificada¹²¹, por lo que se entiende que o bien se pretendía abusar de la Justicia o sólo hacer daño al acusado sabiendo que no se podría sustentar la acusación; esta es una derivación de la *accusatio*.

Resulta muy relevante verificar que para los romanos las contiendas judiciales eran lo más equiparable a la guerra, por lo que el desistimiento -*desistere*- o abandono de una causa judicial era extremadamente censurable ya que era equivalente a una deserción en guerra¹²².

En los primeros tiempos de la República y a inicios del Imperio se permitía la *tergiversatio*, pero si el acusado solicitaba, podía seguir la causa, y una vez cerrado el caso a causa del abandono* y con la respectiva declaratoria de la inocencia del acusado, podía solicitar que se sancione al acusador por *calumnia*¹²³.

Se verifica la diferencia con la anterior forma de falsa *accusatio*: en la *calumnia* es el mismo tribunal o juez el que sanciona la *calumnia* y dentro del mismo proceso, una vez que no pudo ser probado lo aseverado y que se constata

¹²¹ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 467.

¹²² MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 473.

* Nótese que utilizo “desistimiento” y “abandono” como sinónimos. Si bien actualmente no pueden ser equiparados, en Roma no se los distinguía, motivo por el cual, para mejor comprensión de la época que estamos tratando, los utilizo tal cual se los usó en Roma.

¹²³ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. págs. 473 y 474.

el dolo de la *accusatio*; por otro lado, en la *tergiversatio*, se debe esperar a que se cierre la causa con su absolución pero sólo a causa del desistimiento o abandono, para posteriormente, solicitar que se juzgue por *calumnia* al acusador doloso.

La *tergiversatio* podía ser expresa o tácita. Expresa cuando directamente el acusador expresaba su voluntad de retirarse de la contienda (lo que hoy se llama desistimiento propiamente dicho); y, tácita, cuando pasaba determinado tiempo sin que se hicieran por parte del acusador actuaciones procesales¹²⁴ (lo que hoy se denomina abandono). El desistimiento debía estar correctamente justificado para ser admitido por el juzgador, sin embargo, también debía ser admitido por el acusado, que si no lo admitía podía seguir el procedimiento por *tergiversatio* y lograr la condena por *calumnia* al acusador¹²⁵.

Cuando existía *tergiversatio* tácito el tribunal sancionaba al acusador por haber abusado de su tiempo y trabajo¹²⁶. Aquí tenemos el primer antecedente de un delito contra la actividad judicial en el que el bien jurídico protegido es en sí la actividad judicial y no la honra del acusado. Es importante mencionar que aunque no comparta que este sea un bien jurídico protegido real o por lo menos uno que requiera tutela penal, es un primer antecedente que deja marcado el inicio de este criterio protector, donde el delito se ejecuta en cuando se presenta la acusación, se consuma cuando se pone en marcha el aparato de la Administración de Justicia y se agota cuando se abandona la causa.

En cuanto a la pena, se manejaba el mismo sistema que en el de la *calumnia* directa, es decir, se imponía al falso y malicioso acusador la misma

¹²⁴ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. págs. 474.

¹²⁵ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos.*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 281.

¹²⁶ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág.474.

pena que el acusado hubiere recibido de haber sido declarado culpable, es decir, el tali3n.

c) *Prevaricatio*

Prevaricatio no se refiere a la actual prevaricaci3n, sino a aquellos casos cuando de com3n acuerdo se llevaba la *litis* en conveniencia procesal del acusado¹²⁷, por eso tambi3n al *prevaricatio* se lo conoce como “connivencia procesal”.

Existían varias formas de cometer *prevaricatio*, por eso resulta indispensable hacer algunas aclaraciones globales: *prevaricatio* es un derivado de los verbos *prevarico* y del deponente *prevaricor*, equivalente a “andar torcido” o a “apartarse de la l3nea recta”¹²⁸. Sin embargo, *prevaricatio, per ser*, etimol3gicamente significa “atravesamiento”¹²⁹.

La acepci3n gramatical de prevaricar es excesivamente extensa, por lo que de forma simple y por fines did3cticos se la puede definir como aquel acto a trav3s del cual se dicta una resoluci3n contraria a la que requieren los asuntos en que el funcionario p3blico interviene por su cargo¹³⁰. En Roma, a modo general,

¹²⁷ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. p3g.467.

¹²⁸ MARTINEZ DE PEREDA, Jos3 Manuel, Voto particular de sentencia de 15 de octubre de 1999, publicado en *El Mundo*, 16 de octubre de 1999, citado en CARRETERO S3NCHEZ, Adolfo, *Notas sobre la Prevaricaci3n Judicial Dolosa*, Diario La Ley, N3 5541, Secci3n Doctrina, 10 de Mayo, 2002, A3o XXIII, Ref. D-127, p3g. 1668, tomo 4, Editorial LA LEY, LA LEY 2059/2002.

¹²⁹ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. p3g. 475.

¹³⁰ VIEITES PEREZ, C., *Delitos de Prevaricaci3n, Nueva regulaci3n dentro de los Delitos contra la Administraci3n de Justicia, Efectos de la supresi3n del Antejuiicio*, en *Delitos contra la Administraci3n de Justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Edici3n del Consejo General del Poder Judicial, 1997, p3g. 16, As3 tambi3n en CARRETERO S3NCHEZ, Adolfo, *Notas sobre la Prevaricaci3n Judicial Dolosa*, Diario La Ley, N3 5541, Secci3n Doctrina, 10 de

la *Lex Cornelia* castigaba al pretor que se apartaba de la correcta aplicación de las leyes¹³¹.

Ahora bien, así como en la actualidad, en Roma se podía cometer un delito de diferentes formas, esto según la modalidad en que la conducta prohibida se hubiere tipificado, por lo que, una clase de *prevaricatio* era el cohecho procesal, que al igual que hoy, consistía en sobornar a la autoridad (Juez, Fiscal, Magistrado, Tribunal, Jurado) con el fin de obtener un triunfo injusto en el juicio¹³².

En cuanto a la *prevaricatio* como connivencia, que es lo que específicamente nos interesa en este subcapítulo, se puede narrar lo que sigue: la *prevaricatio* en el sentido de delito derivado de una acusación connivente significaba que el acusador y el acusado (o quizá incluso el Magistrado o Tribunal) se ponían de acuerdo para llevar el caso, injustamente, a favor y beneficio del acusado, esto es, consiguiendo su injusta absolución o una injusta pena atenuada, protegiéndole de este modo contra cualquier acusación¹³³.

Como se recordará, en la *calumnia* y en la *tergiversatio* se sustanciaba el juzgamiento de éstas en el mismo proceso por el mismo Tribunal, Magistrado o jurado. Diferente era el caso del *prevaricatio* por connivencia, puesto que una

Mayo, 2002, Año XXIII, Ref. D-127, pág. 1668, tomo 4, Editorial LA LEY, LA LEY 2059/2002.

¹³¹ CASAS ESTEVEZ, J. M., *La Prevaricación Judicial*, Publicado en la primitiva Revista de la Asociación de Jueces “Francisco de Vitoria”, Asamblea Dossier, 1997-1998, Así también en CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *Notas sobre la Prevaricación Judicial Dolosa*. Diario La Ley, N° 5541, Sección Doctrina, 10 de Mayo. 2002, Año XXIII, Ref. D-127, pág. 1668, tomo 4, Editorial LA LEY, LA LEY 2059/2002.

¹³² MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo II, op. cit. págs. 148 y 149.

¹³³ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. págs. 475 y 476.

vez finalizada la *litis*, se podía interponer una nueva acción, pero ante el mismo Magistrado, Tribunal o Jurado, para que sustancien la *prevaricatio*¹³⁴.

Nótese que la *prevaricatio* se juzgaba en una causa autónoma pero por el mismo Juez o jurado sustanciador de la causa principal, por lo que ésta era una causa accesoria, mientras que la *calumnia* y en la *tergiversatio* eran juzgadas dentro de la misma causa.

En caso de que se comprobaba en un nuevo proceso que en uno anterior hubo *prevaricatio*, se declaraba la nulidad del proceso principal, se declaraba culpable al de la acusación principal al acusado y además se le declaraba infame; por otro lado, el acusador que fue coautor de la *prevaricatio* era condenado con la misma pena que el acusado –tal cual como calumniador– (en la causa principal, la pena justa) y en caso de que hubiere recibido dinero, por la aplicación de una pena atenuada, debía devolverlo. Además el acusador era sancionado con la pérdida de su *ius honorum*¹³⁵.

Por último cabe señalar que los abogados que eran cómplices de este delito, también eran sancionados por *prevaricatio*, pero no se les aplicaba el Talió¹³⁶, sino una pena especial.

¹³⁴ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 476.

¹³⁵ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 476.

¹³⁶ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, op. cit. pág. 477.

D) Germania

Aquello de que nuestro sistema jurídico responde a patrones romano-germánicos nos obliga, ineludiblemente, a analizar el Derecho germánico y verificar el sistema acusatorio que tuvo lugar en esta época.

Normalmente se escucha en las universidades que los estudiantes de Derecho repiten continuamente que el nuestro, el occidental, es un Derecho romano-germánico, sin embargo y usualmente, únicamente conocen las instituciones del Derecho romano, pero muy pocas veces se detienen siquiera a pensar porqué a lo de “romano” se le agregó aquello de “germánico”.

El Derecho germánico es el Derecho escrito que rigió en los pueblos germánicos que conquistaron el Imperio romano de occidente tras su caída, en lo cual me detendré momentáneamente para que queden aclarados los períodos y espacios a los que nos referimos.

Como todo lector ilustrado conoce, el Imperio romano, tras distintas y continuas crisis económicas, políticas y militares, se dividió en dos, formando un imperio en occidente y otro en oriente. En occidente la capital y sede del gobierno era Rávena, mientras en oriente lo era Constantinopla.

El imperio de occidente, al que hoy se considera que fue el puramente romano hasta el final, cayó en el año 476 d.C., bajo el régimen del emperador

Rómulo Augústulo, al ser conquistado por Odoacro, rey de los hérulos, una poderosa tribu germana.¹³⁷

Por otro lado, el imperio de oriente, que muy pronto se convertiría -o reconvertiría- en Imperio bizantino o mejor dicho, en Bizancio, recién cayó en el año 1453 d.C., con la conquista del Imperio otomano.

El imperio romano que fue conquistado por los pueblos germánicos fue el de occidente, y cuando nos referimos a Derecho romano-germánico nos referimos al derecho germánico de esta zona, influenciado por los cimientos institucionales del Derecho que hallaron en la zona de su nueva conquista.

Ahora bien, el imperio de occidente comprendía grandes extensiones de tierra, siendo una zona de extrema importancia comercial la de la península ibérica, *Hispania*. A modo de resumen, podemos decir que el momento decisivo para la península ibérica será en el año 219 a.C., cuando el General cartaginés, Amílcar Barca, con el apoyo de los Sufetes (la denominación que recibían los «Senadores» de Cartago) y en compañía de su hijo, Aníbal Barca, decidió trasladarse hasta Mauritania y cruzar los pilares de Hércules, hacia lo que hoy es Gibraltar, y conquistar *Hispania*, para desde ahí hacer frente a Roma, lo que desataría dos guerras, denominadas “púnicas”.

Tras la segunda guerra púnica, en la que sorprendentemente Aníbal fue vencido por el General romano Publio Cornelio Escipión, Roma irrumpió poco a poco en Hispania y conquistó toda la región, a tal punto que ésta incluso la proveyó de dos emperadores hispanos, Trajano y Adriano.

¹³⁷ CABRERO, Javier y CORDENTE FÉLIZ, *ROMA, El imperio que generó por igual genios y locos*, Edimat Libros, Madrid, 2008.

Habrían zonas de mucho interés geográfico comercial, como el río Betis romano, o Guadalquivir como años más tarde lo bautizarían los musulmanes, esto es, en *Hispalis*, lo que hoy conocemos como Sevilla¹³⁸. Por eso, una vez conquistada Roma, los Godos, un pueblo germano -más tarde Visigodos-, se asentarían en *Hispania* y definirían el Derecho y cultura de occidente, y por lo mismo y sin saberlo, gracias a Cristóbal Colón, de todo américa latina.

Los germanos por tradición mantuvieron un Derecho consuetudinario, no escrito, sin embargo al convivir con los pobladores y cultura de sus nuevos “conquistados”, adoptaron un Derecho escrito, y así surgiría el célebre Código de Eurico.

El Derecho germánico fue en sus inicios, aunque escrito, bastante primitivo y salvaje, por lo que serían ellos los máximos representantes de las ordalías, donde se sometía a los procesados a duras pruebas -tal cual el Código de Hammurabi obligaba a lanzarse a un río-, para que sea algún dios el que dé el veredicto final.

El Derecho germánico tomaría su relevancia histórica recién a partir del siglo V d.C. y sobreviviría hasta la entrada al oscurantismo de la Edad Media, sin embargo, antes el Código de Eurico revolucionó al Derecho bárbaro.

¹³⁸ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Recorriendo la Historia del Derecho*, 2da Edición. op. cit. pág. 204.

1. Código de Eurico

El Código de Eurico (*Codex Euricianus*) fue promulgado en aproximadamente el año 480 d.C. por el Rey visigodo Eurico. La relevancia de este texto es que es la primera ley escrita promulgada por un pueblo bárbaro (así se lo considera históricamente y por eso se llamó *lex barbarorum* en occidente)¹³⁹.

Su elaboración responde a un encargo que el Rey Eurico hizo a juristas romanos a los que se les encargó actualizar y revisar el Código Teodosiano¹⁴⁰. Este código presentó un retorno a las formas jurídicas romanas, por lo que incluso se le considera una típica ley romana, que en cuanto a los litigios volvió a instaurar un sistema de juzgados y procedimiento escrito, similar al que ya existió en la extinta Roma.¹⁴¹

Se establecía que frente a una sentencia injusta, cuando ésta era dolosa («venalidad»), el Juez debía responder pecuniariamente ante el injustamente sentenciado, además de restituir su situación jurídica a la inicial –la previa a haber vulnerado-¹⁴².

¹³⁹ *El Código de Eurico (Codex Euricianus)*, Editorial. Nueva Gothia, Web, Publicado el 2 de junio de 2010, 23 de julio de 2013 a las 19h01, <http://nueva-gothia.blogspot.com/2010/06/el-codigo-de-eurico-codex-euricianus.html>.

¹⁴⁰ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Recorriendo la Historia del Derecho*, 2da Edición. op. cit. pág. 213

¹⁴¹ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Recorriendo la Historia del Derecho*, 2da Edición. op. cit. pág. 214.

¹⁴² *El Código de Eurico*, D'ORS, Álvaro, Boletín Oficial del Estado, 2da edición, Madrid, 2014, pág. 58.

El Código de Eurico volvió a reglar la institución del juramento obligatorio para los testigos¹⁴³ e instauró nuevamente sanciones a quienes acusaren falsamente, con penas hasta de muerte cuando se trataba de denunciar delitos cuya sancionados con pena capital, y, además, se determinó que en los casos en que se atormentaba a un esclavo ajeno y éste resultaba ser inocente, el denunciante debía entregar un esclavo nuevo a al propietario del esclavo injustamente acusado¹⁴⁴.

2. La *Blutrache*

Previo a que el Derecho germánico pase a ser escrito, se consideraba que el Derecho era paz, y por lo mismo cualquier violación al Derecho perturbaba a la paz (*Friedlosigkeit*). A pesar de que no se realizaba distinción alguna entre Derecho Penal y Derecho Civil¹⁴⁵, los delitos podían ser públicos y privados, y si eran públicos (*Friedlosigkeit*) cualquiera podía dar muerte al delincuente¹⁴⁶ e incluso hacer extensiva esta venganza la familia del delincuente (*Sippe*)¹⁴⁷, lo que era, incluso en Derecho privado, una “venganza de sangre” (*Blutrache*)¹⁴⁸.

Se debe tomar en cuenta que el Derecho con el que se encontraron los “bárbaros” germanos fue nada y más y nada menos que el Derecho de la Iglesia Católica secundado por el Digesto de Justiniano, por lo que se dejaron influir de

¹⁴³ *El Código de Eurico*, D’ORS, Álvaro, op. cit. págs. 62 y 63.

¹⁴⁴ *El Código de Eurico*, D’ORS, Álvaro, op. cit. págs. 75 – 80.

¹⁴⁵ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 264.

¹⁴⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 280.

¹⁴⁷ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte General, Parte primera, Teoría de la ciencia del Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. pág. 404.

¹⁴⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 281.

éste y lo adaptaron a su propio Derecho, remplazando al *Blutrache* (venganza de sangre) por la composición¹⁴⁹.

3. Las composiciones judiciales

Las composiciones judiciales -o *Sühnevertrag*¹⁵⁰- se dividían en tres categorías: 1. *Wergeld*; 2. *Busse*; 3. *Friedensgeld*¹⁵¹. Estas pusieron fin, hasta cierto punto, a la *Blutrache*, consiguiendo que se pueda llegar a acuerdos reparatorios entre las partes procesales en lugar de que se maten unos a otros. Sin embargo, las infracciones más graves contra la comunidad no eran susceptibles de expiación alguna por medio de las compensaciones judiciales, porque se consideraba que la gravedad de tales delitos atentaba contra la paz comunitaria y dicha vulneración no podía ser restituida¹⁵².

a) *Wergeld*

Wergeld era el valor pecuniario que por concepto de indemnización que pagaba el delincuente o su familia, a la víctima del delito o a la familia de la

¹⁴⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 281.

¹⁵⁰ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 265.

¹⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 281.

¹⁵² MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 265.

víctima. Esto sería exactamente lo que hoy llamamos “daños y perjuicios”¹⁵³. Este valor se pactaba entre las partes.

b) *Busse*

Busse era la indemnización no pactada, sino impuesta como pena, que pagaba el delincuente o su familia a la víctima o a la familia de la víctima¹⁵⁴, es decir, eran los daños y perjuicios impuestos en sentencia como acto jurisdiccional.

Hay autores, como BRUNNER, WAITS y SCHRÖER, que consideran que el *Wergeld* era para delitos graves y el *Busse* para delitos leves. En esto no han podido ponerse de acuerdo los autores¹⁵⁵.

c) *Friedensgeld*

Además de pagar el *Wergeld* o el *Busse*, según fuere el caso, debía pagarse el valor del *Friedensgeld* (también *fredus* o *fredum*), que era el pago o remuneración para el intermediario que hacía de mediador y conseguía poner fin

¹⁵³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 281.

¹⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 281.

¹⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 281.

al conflicto¹⁵⁶ que en realidad no era más que el pago de una multa al Estado para recuperar la protección jurídica y la condición de ciudadano¹⁵⁷.

4. Proceso acusatorio germánico

Cuando fracasaban las *Sühnevertrag* (composiciones judiciales) en delitos de acción privada, podía presentarse la acusación, la cual daba inicio a un derecho de persecución que recaía sobre manos privadas exclusivamente y no permitía que el juzgador la iniciare de oficio. Esto era en Germania el principio *Wo kein Kläger, da kein Richter*, es decir lo que en Roma se conocía como *nemo iudex sine actore*¹⁵⁸ (no hay juicio sin actor).

El tribunal juzgador era una asamblea popular (*Hundertschaft*)¹⁵⁹ y se sustanciaba, tal cual hoy en día, en una audiencia oral, pública y contradictoria (*Kampf ums Recht*)¹⁶⁰. En esta audiencia se efectuaban los actos probatorios y posteriormente se resolvía. Dicha sentencia era inimpugnable porque provenía de una asamblea popular¹⁶¹.

¹⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 281.

¹⁵⁷ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, Parte General, Parte primera, Teoría de la ciencia del Derecho Penal*. Tomo I. op. cit. pág. 404.

¹⁵⁸ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. Tomo I. 2da edición, op. cit. pág. 265.

¹⁵⁹ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. Tomo I. 2da edición, op. cit. pág. 265.

¹⁶⁰ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. Tomo I. 2da edición, op. cit. pág. 266.

¹⁶¹ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. Tomo I. 2da edición, op. cit. pág. 266.

Tanto el Derecho romano como el Derecho germánico contribuyeron con institucionalización dogmática procesal de la equiparación de las partes procesales respecto de la posibilidad de ser oídos.¹⁶²

II. Edad Media

La llamada “Edad Media”, que conforme a los historiadores tuvo ocurrencia a partir del Siglo V, marcado por la caída del Imperio romano de Occidente, es sin duda todo menos un punto de referencia racional del Derecho, por cuanto, las instituciones del Derecho romano fueron sepultadas de forma abrupta, para dar paso a un sistema autocrático administrado por la Iglesia Católica.

Aseverar que existió algo llamado como “Derecho medieval” es una aberración impresentable. Sin temor se debe aseverar que en este oscuro período de nuestra historia no existió Derecho, sino una salvaje imposición de poder, administrado de forma cruel y al antojo del gobernante (Rey o Papa) de turno.

Hay que recordar que en este período la expansión imparable del poderío de la Iglesia Católica –la apostólica y romana- enterró la ciencia y el desarrollo cultural de los pueblos, para remplazar el conocimiento por la fe; una fe tan férreamente gestionada que ir en contra de los dogmas improbables era delito de Estado.

¹⁶² MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal. Parte Teórica*, Tomo I, Editorial Universitas S.A, Madrid, 2005, VLEX-269293, pág. 2.

Delito era, por lo general, todo aquello que fuera pecado¹⁶³, basta con decir que según los grandes teóricos de la inquisición, EIMERIC y PEÑA, “[...]hay herejía cuando hay comprensión o interpretación del Evangelio no conforme a la comprensión y a la interpretación tradicionalmente defendidas por la Iglesia católica [...] hay signo extremo de herejías siempre que hay acción o palabra en desacuerdo con las costumbres comunes del pueblo católico¹⁶⁴.”

El “Derecho Penal” –si es que se puede llamar así– de la Edad Media se caracterizó por ser:

- 1) **Teocentrista:** la religión estaba jerárquicamente por encima de la política, la raza y la economía¹⁶⁵, por lo que el “Derecho Penal” era visto desde y hacia Dios, por lo que no es descabellado aseverar que cuando las leyes llaman “delitos pecados” es obvio que en los mismos predomina la ofensa a Dios, que constituía en sí misma la antijuridicidad¹⁶⁶. Era tal el teocentrismo que se consideraba que los padres de la Iglesia eran “sutiles investigadores del alma humana” porque Dios no necesitaba conocer el lado externo de las acciones, sino únicamente ver con claridad dentro del culpable y juzgar con un criterio puramente subjetivo¹⁶⁷.

¹⁶³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pág. 14.

¹⁶⁴ MORENO MARTÍNEZ, Doris, *La inquisición española: ¿Descubrimiento o nueva creación?*, en CORTÉS PEÑA, *Historia del cristianismo III. El mundo moderno*, pág. 261, Así también en GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, op. cit. pág. 16.

¹⁶⁵ JOHNSON, Paul, *Historia del cristianismo*, Editorial Vergara, Barcelona, 2004, pág. 118, A+así también en GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, op. cit. pág. 55.

¹⁶⁶ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, op. cit. pág. 60.

¹⁶⁷ COSTA, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México D.F., 1953, págs. 41, 42, 44 y 55, así también en GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, op. cit. pág. 62.

2) Sacralizada: El Derecho Penal era sagrado por cuanto su administración se derivaba de la voluntad sagrada de Dios, por lo que incluso los Papas medievales proclamaban su poder de “juzgar a todos y no ser juzgados por nadie”¹⁶⁸.

3) Omnipotente: A falta de Derecho escrito, de reglas del debido proceso debidamente determinadas, el monarca, en nombre de dios, podía ejercer un poder absoluto sin control ni límite¹⁶⁹.

¿Entonces cómo se manejaban las acusaciones falsas en la Edad Media? Simplemente no tenían un procedimiento o reglas legales establecidas, por cuanto la ley era aquello que circunstancialmente a su antojo decidía que lo fuere el monarca. Basta con decir que en un proceso penal medieval se veía la presencia de un abogado defensor como un obstáculo al desarrollo y celeridad del proceso¹⁷⁰.

Sin duda este “Derecho Penal” estaba dominado por el poder sin límites de un monarca, caracterizado por la “no dignidad”¹⁷¹, “no libertad”¹⁷², “no igualdad”¹⁷³, y sólo sería detenido con la Revolución Francesa y el principio de legalidad.

¹⁶⁸ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, op. cit. pág. 71.

¹⁶⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, op. cit. págs. 81 y sigs.

¹⁷⁰ EMERIC, Nicolau y PEÑA, Francisco, *El manual de los inquisidores*, Muchnik Editores, Barcelona, 1996, págs. 105, 165 y 168, así también en GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, op. cit. págs. 88 y 89.

¹⁷¹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, op. cit. págs. 112 y 113.

¹⁷² GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, op. cit. págs. 113 y sigs.

¹⁷³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, op. cit. págs. 115 y sigs.

Con lo expuesto, he mencionado la Edad Media para no dejar un vacío temporal tan grande entre Germania y España, dejando sentado que no existía un proceso legalmente establecido sino el antojo arbitrario de un todopoderoso, por lo que no cabe analizar los delitos de simulación o los delitos contra la Administración de Justicia, pues tendríamos como humanidad que superar siglos de oscurantismo y barbarie hasta que se re-civilizara el mundo y pudiéramos limitar el poder con el Derecho.

III. Época moderna (referencia a los Códigos Penales españoles)

Es ineludible y de suma importancia analizar, por último en este capítulo, la historia penal española, puesto que, para poder estudiar posteriormente con mayor profundidad el tipo penal autónomo del delito simulado, debemos poder determinar con exactitud el desarrollo legislativo que España ha tenido en todos sus Códigos Penales en la institución de los delitos contra la administración pública.

Será un momento de gran importancia una primera determinación que responderá a una interrogante de magna relevancia: ¿En qué momento el delito simulado es tipificado por primera vez como un delito autónomo e independiente del delito de acusaciones falsas?

Ha quedado claro que históricamente, desde Babilonia, pasando principalmente pero Grecia y Roma, el delito simulado estuvo subsumido en la figura de la acusación falsa, sin embargo hoy, en España, éste es independiente e incluso desafiante contra aquel que lo anidó durante cientos de años de historia,

enfrentándolo incluso en la carrera concursal al momento de determinar la tipicidad de una conducta específica.

Es igualmente importante verificar la historia de la tipificación de sus delitos afines, precisamente porque en el capítulo pertinente serán contrastados y puestos en conflicto con el delito simulado.

España, al igual que todo país civilizado, tiene su propia historia de «Códigos Penales», la cual será mencionada de forma sumaria, con el único fin de descubrir, bajo un ordenado orden cronológico, aquel momento exacto de la historia en la que se tipificaría, por primera vez, el delito simulado.

Sin más preámbulos, revisemos todos y cada uno de los Códigos Penales españoles y verifiquemos en que momento se ocasiona esta ruptura y aparece, autónomamente tipificado, el tema central de esta investigación.

A) Código Penal de 1822

El primer Código Penal que tuvo España fue el de 1822, el cual fue redactado por una comisión especial y aprobado por unas Cortes reunidas en el llamado “Trienio Liberal” que se dio en España tras la caída del Rey Fernando

VII¹⁷⁴. Este primer Código, que ya tuvo algunos inconclusos antecesores, fue finalmente promulgado el 9 de julio de 1828¹⁷⁵.

Este código contemplaba dos clases de infracciones: delitos y culpas (arts. 1 y 2) e incluso reconocía la pena de muerte; en este código denunciar delitos era un derecho de los españoles “no infames” (art. 134); el artículo 138 contemplaba que denunciar un delito o una culpa es un servicio a la sociedad y contrae un mérito, siempre y cuando sea con la verdad y con Justicia, en caso contrario debía ser sancionado¹⁷⁶.

La posición de garante era una obligación general, puesto que todo español estaba obligado a impedir o denunciar el delito (o culpa) que llegare a su conocimiento (art. 122), además, quien cumplía con su posición –obligación– de garante, se atribuía el derecho a que el Juez, públicamente en audiencia, le de las gracias en nombre del gobierno (art. 128)¹⁷⁷.

Ahora bien, en cuanto a la parte pertinente que interesa a este estudio, cabe mencionar que incluso en el primer Código Penal de España ya se incluyó un capítulo (VII) que trató específicamente materia conexa al tema de este estudio, por lo que podemos encontrar desde el artículo 429 hasta el 436 principalmente los siguientes tipos penales:

- a. *Denuncia maliciosa*: sancionada con infamia y pena equivalente a la del delito que por la que maliciosamente se acusó, es decir, el acusador

¹⁷⁴ CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *La discusión sobre la pena de muerte en el primer Código Penal español de 1822: una perspectiva histórica*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-154, tomo 3, Editorial LA LEY.

¹⁷⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. págs. 705 y 706.

¹⁷⁶ Código Penal español de 1822, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, PDF.

¹⁷⁷ Código Penal español de 1822, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, PDF.

malicioso era condenado no por una pena específica por este tipo penal autónomo, sino con la del delito por el cual acusó (art. 429)¹⁷⁸. Además, se sancionaba tanto la denuncia temeraria como la maliciosa. Tenemos un claro ejemplo de la Ley del Talión subsistiendo hasta esta época. Esto sería, romanamente hablando, la *calumnia*.

b. *Abandono o “desamparo” de acusación* (art. 430)¹⁷⁹: lo que en Roma fue la *tergiversatio*.

c. *Falso testimonio* (art. 432)¹⁸⁰.

d. *Soborno de testigos* (art. 433)¹⁸¹.

Como podemos verificar, el delito simulado no formó parte autónoma en el primer Código Penal español, por lo que sin necesidad de continuar analizando éste cuerpo normativo, podemos pasar al siguiente.

B) Códigos Penales de 1848 y 1850

Este nuevo Código Penal fue redactado por la Comisión General de Códigos, fue promulgado el 19 de marzo de 1848, arreglado por los Reales Decretos de 21 y 22 de septiembre de 1848, de 30 de mayo y 2 de junio de 1849,

¹⁷⁸ Código Penal español de 1822, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, PDF.

¹⁷⁹ Código Penal español de 1822, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, PDF.

¹⁸⁰ Código Penal español de 1822, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, PDF.

¹⁸¹ Código Penal español de 1822, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, PDF.

y sufrió su última modificación el 7 y 8 de junio de 1850.¹⁸² José ANTÓN ONECA lo describe como el primer Código Penal duradero de España¹⁸³.

Este Código tendría ligeras matices liberales y se habría innegablemente inspirado en el Código Penal de Brasil de 1830, que a su vez se inspiró en el Código napolitano, el cual además era una derivación del Código napoleónico, lo que hizo que al fin y al cabo el Código Penal español de 1848 fuera en su base y tronco, napoleónico¹⁸⁴.

De 1848 a 1850 más de 90 artículos fueron modificados¹⁸⁵; deja de existir la división de infracciones en “delitos y culpas” y toma su lugar la clasificación de “delitos y faltas” (art. 1 al art. 7)¹⁸⁶; estos Códigos Penales mantenían la pena de muerte con reglas bastante oscurantistas, entre las que se disponía que la pena de muerte se ejecutase con garrote sobre un tablado (art. 89)¹⁸⁷. El condenado debía ser conducido al patíbulo con ropa –*hopa*– negra en caballería o carro (art. 90)¹⁸⁸.

¹⁸² Código Penal de 1850, España, Google e-books, 3ra edición, Imprenta y Librería Politécnica de Tomás Gorchs, Barcelona, 1850, Web. 11 de julio de 2013 a las 14h27, http://books.google.com.ec/books?id=sWwutxmCS8gC&printsec=frontcover&hl=es&source=gs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

¹⁸³ ANTÓN ONECA, José, *El Código penal de 1870*, Sección Doctrinal, Dialnet, PDF, pág. 229.

¹⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I. 2da edición. op. cit. p. 710.

¹⁸⁵ ANTÓN ONECA, José, *El Código penal de 1870*, op. cit. pág. 231.

¹⁸⁶ Código Penal español de 1850, Edición Oficial Reformada, Imprenta Nacional, Madrid, 1850, PDF.

¹⁸⁷ Código Penal español de 1850, Edición Oficial Reformada, Imprenta Nacional, Madrid, 1850, PDF.

¹⁸⁸ Código Penal español de 1850, Edición Oficial Reformada, Imprenta Nacional, Madrid, 1850, PDF.

Se mantiene el falso testimonio (del art. 241 al art. 247)¹⁸⁹ aunque con penas mejor detalladas según cada circunstancia, por lo que se verifica que mientras en el Código de 1822 se tipificaba el delito en un único artículo, en este nuevo código y su reforma se lo hace en siete artículos, eliminando el sistema de la Ley de Talión de sus líneas.

En cuanto a la denuncia o acusación, se limita en este Código a sancionar exclusivamente aquellas que hubieren sido declaradas calumniosas a través de sentencia ejecutoriada (art. 248)¹⁹⁰. Recordemos que en primer Código Penal, el de 1822, se sancionaba tanto la denuncia temeraria (sin malicia) como la calumniosa (con malicia). En este Código esto se modifica, quizá porque se comprendió que uno tiene el Derecho a denunciar aunque al final no pueda probar lo aseverado pero creyendo que lo que se sostiene es cierto, por lo que sólo la denuncia calumniosa (maliciosa) es penada, y esta vez no sólo con la imposición de la pena perteneciente al delito que falsamente se denunció, sino con nuevas reglas: prisión menor si se trata de acusación de un delito grave; prisión correccional si se trata de una acusación de delito “menos grave”; arresto mayor si se acusa una falta; y, siempre, multa que variará entre 50 y 500 duros*.

Se eliminaron los delitos de soborno de testigos y de desamparo de acusación, que estuvieron tipificados en los artículos 430 y 433, respectivamente, de su antecesor¹⁹¹.

¹⁸⁹ Código Penal español de 1850, Edición Oficial Reformada, Imprenta Nacional, Madrid, 1850, PDF.

¹⁹⁰ Código Penal español de 1850, Edición Oficial Reformada, Imprenta Nacional, Madrid, 1850, PDF

* Duro era el nombre informal que se utilizaba para identificar a la moneda española de cinco pesetas.

¹⁹¹ Código Penal español de 1822, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, PDF.

C) Código Penal de 1870

En 1869 se promulgó en España una nueva Constitución tras la “Revolución Gloriosa” de 1868, en la cual se reconocieron de forma suprema, entre otros: a) la soberanía nacional; b) el sufragio universal directo para los varones mayores de veinticinco años; c) la monarquía democrática, con una serie limitación de los poderes del Rey; d) poder ejecutivo en manos del Consejo de Ministros; e) poder legislativo en unas Cortes bicamerales; f) Poder Judicial reservado a los Tribunales; g) amplia declaración de derechos, reconociéndose por primera vez los derechos de reunión y asociación; y, h) libertad de cultos religiosos¹⁹².

Como se conoce, con una nueva constitución resulta necesario un nuevo desarrollo normativo, puesto que los nuevos “principios” y “valores” que cada nueva Constitución pretende promulgar y defender, deben ser desarrollados y respetados, sobre todo, en las normas jurídicas con rango de ley, principalmente en lo que en materia penal respecta, por eso Luis Enrique ROMERO SOTO explica que el Derecho Penal es la manifestación de la tendencia constitucional, a tal punto que suele llegar a decirse que al tener una nueva Constitución, se requiere un nuevo Código Penal¹⁹³.

Y esto es precisamente lo que ocurrió en España tras la promulgación de la Constitución de 1869: se requirió la elaboración urgente de un nuevo Código Penal que se encuentre ideológicamente apegado a los nuevos valores del Estado. Esta necesidad, además, parte de lo que muy bien expresa CARBONELL MATEU:

¹⁹² “Sexenio Democrático (1868-1874): El reinado de Amadeo I y la I República”, Historia Siglo 20, Web, 30 de julio de 2013 a las 18h59, <http://www.historiasiglo20.org/HE/10c-1.htm>.

¹⁹³ ROMERO SOTO, Luis Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1969, págs. 20 y 21.

El Derecho penal es, de todas las ramas del Ordenamiento, la más estrechamente ligada con la Constitución. Su función es la tutela de valores e intereses con relevancia constitucional. La Constitución es la norma que define y escoge los valores a los que ha de servir el ordenamiento jurídico. Por eso, no sólo delimita el campo de acción del Derecho Penal (en mi opinión, de forma positiva), sino que además, fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos¹⁹⁴.

Así fue como, justificadamente, se elaboró un nuevo Código Penal, el cual sería promulgado el 17 de junio de 1870; éste mantuvo la categorización de delitos y faltas (art. 1)¹⁹⁵. JIMÉNEZ DE ASÚA considera que este Código Penal es una reforma del de 1850, que adaptó su texto a la nueva Constitución¹⁹⁶.

La calumnia, al igual que hasta el día de hoy, era considerada la falsa imputación de un delito (art. 467)¹⁹⁷; el falso testimonio estaba penado pero su gravedad dividida en dos posibilidades: cuando el falso testimonio beneficiaba al reo (art. 333)¹⁹⁸ y cuando el falso testimonio era neutro, es decir, ni afectaba ni beneficiaba al reo (334)¹⁹⁹.

También se creó un tipo penal autónomo para el falso testimonio en causa civil (art. 335)²⁰⁰ y uno de especial gravedad para el falso testimonio rendido por

¹⁹⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal Y Principios Constitucionales*, Obra en PDF, pág. 1.

¹⁹⁵ Código Penal español de 1870, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Edición Oficial, 1870, PDF.

¹⁹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit., pág. 712.

¹⁹⁷ Código Penal español de 1870, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Edición Oficial, 1870, PDF.

¹⁹⁸ Código Penal español de 1870, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Edición Oficial, 1870, PDF.

¹⁹⁹ Código Penal español de 1870, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Edición Oficial, 1870, PDF.

²⁰⁰ Código Penal español de 1870, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Edición Oficial, 1870, PDF.

peritos (del art. 336 al art. 338)²⁰¹. En este mismo lineamiento, estaba sancionado el presentar testigos falsos en juicio (art. 339)²⁰², y ya no sólo el ser testigo falso.

Ahora bien, en este nuevo Código “humanista” –como lo cataloga ANTÓN ONECA²⁰³– se mantuvo el delito de “acusación o denuncia falsa” (art. 340)²⁰⁴, pero tipificándolo como la falsa imputación a alguna persona de hechos que de ser ciertos constituirían delitos de los que dan lugar al procedimiento penal de oficio.

El artículo 340 de este código, además, nos da un primer acercamiento a lo que futuramente será el delito simulado, en cuanto al bien jurídico protegido, por cuanto dice que además se comete acusación o denuncia falsa cuando las descritas falsas imputaciones se las realiza ante un funcionario administrativo o judicial que, por su cargo, debe proceder a su averiguación o castigo. Es decir, el Código Penal de 1870 ya contempla el solo hecho de poner en marcha el aparato judicial como suficiente razón para que su impulsador malicioso sea merecedor de un castigo penal.

La norma sustantiva es clara en tanto y cuanto para procesar por denuncia falsa al denunciante, primero debe existir sobreseimiento o sentencia firme del tribunal, en la que por haber mérito, se pueda procesar a quien falsamente hubiere denunciado.

²⁰¹ Código Penal español de 1870, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Edición Oficial, 1870, PDF.

²⁰² Código Penal español de 1870, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Edición Oficial, 1870, PDF.

²⁰³ ANTÓN ONECA, José, EL Código penal de 1870, op. cit., págs. 229 – 251.

²⁰⁴ Código Penal español de 1870, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Edición Oficial, 1870, PDF.

Se verifica que en este código no se hace diferenciación alguna entre denuncia maliciosa y denuncia temeraria, por lo cual se sobreentiende que el artículo 340 aplica a ambos casos.

D) Código Penal de 1928

Primo de Rivera, en la última etapa de su dictadura, encargó la elaboración de un Código Penal que fuera capaz de tratar los problemas de la delincuencia del momento. Dicho labor fue encomendado a CUELLO CALÓN, Galo PONTE y Quintiliano SALDAÑA; el fruto final sería el Código Penal de 1928, promulgado el 8 de septiembre de 1928.²⁰⁵ Este Código entró en vigencia el primero de enero de 1929. Sin embargo, JIMÉNEZ DE ASÚA considera que la Real Orden de 12 de marzo de 1926 no dispuso crear un nuevo Código Penal, sino únicamente reformar el de 1870, pero que los miembros de la Comisión codificadora se excedieron en su mandato y elaboraron uno nuevo²⁰⁶.

Por primera vez se introdujo en el Derecho Penal español la figura de las medidas de seguridad²⁰⁷. Este código fue excesivamente punitivista y puntilloso

²⁰⁵ GARCÍA ROSAURO, Gabriel, *La aplicación del Código Penal de 1928 en la provincia de Murcia: acercamiento a una tipología de la delincuencia murciana en los últimos años de la dictadura de Primo de Rivera*, MVRGETANA, ISSN: 0213-0939, Número 126, Año LXIII, 2012, Dialnet. pág. 80.

²⁰⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. pág. 724.

²⁰⁷ GARCÍA ROSAURO, Gabriel, *La aplicación del Código Penal de 1928 en la provincia de Murcia: acercamiento a una tipología de la delincuencia murciana en los últimos años de la dictadura de Primo de Rivera*, op. cit. pág. 81.

en las conductas perseguidas²⁰⁸, además, limitó la libertad de expresión radicalmente²⁰⁹ y mantuvo la pena de muerte (art. 87)²¹⁰.

Se mantiene la separación de infracciones en las categorías de delitos y faltas (art. 1)²¹¹; el capítulo VI de este Código, trata sobre “[...] *la ocultación fraudulenta de bienes o de industria, del falso testimonio y de la acusación y denuncias falsas*”; en este punto ya podemos verificar cómo el delito de denuncias falsas -en el que el delito simulado se halla inmerso- de reforma en reforma es colocado en diferentes lugares, siendo a veces un delito contra la administración pública, otras delitos contra la fe pública, incluso delitos contra el honor, y dicho juego legislativo lo seguiremos viendo a lo largo de los años.

Adelanto que únicamente en el análisis normativo de estos tipos penales podremos determinar cuál es y cuál debe ser el bien jurídico que con estas tipificaciones se pretende proteger.

El falso testimonio es sancionado según su modalidad y circunstancia de ejecución (del art. 391 al art. 402)²¹² y definitivamente su tipificación presenta por primera vez en la historia de España un desarrollo amplio y una extensa gama de conductas y posibilidades. Por ejemplo, si el falso testimonio se lo realiza en una causa cuya sanción es la pena de muerte, se sanciona con la pena de diez a treinta años de reclusión.

²⁰⁸ GARCÍA ROSAURO, Gabriel, *La aplicación del Código Penal de 1928 en la provincia de Murcia: acercamiento a una tipología de la delincuencia murciana en los últimos años de la dictadura de Primo de Rivera*, op. cit. pág. 81.

²⁰⁹ COBO DEL ROSAL, Gabriela, *El Proceso de Elaboración del Código Penal de 1928*, Anuario de Historia del Derecho Español, Núm. LXXXII, Enero 2012, VLex.

²¹⁰ Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

²¹¹ Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

²¹² Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

Además, existen penas específicas para el falso testimonio de peritos e interpretes, además de una tipificación especial en causa no penales (art. 395)²¹³; una agravante era que el falso testimonio sea dado mediante cohecho (art. 397)²¹⁴.

Al igual que se tipificó en el código anterior -el de 1870- presentar testigos falsos -con conocimiento de dicha falsedad- también fue sancionado por este código de Primo de Rivera (art. 398)²¹⁵.

No obstante, si el testigo se retractaba a tiempo antes de que se terminare el período de prueba en el juicio oral, sin que hubiere sido por su culpa originada una detención o prisión de un inocente, la pena privativa de libertad era eliminada y sólo se le imponía pena de multa (art. 399)²¹⁶. El procedimiento para perseguir el delito de falso testimonio se estableció en los artículos 400, 401 y 402 de este Código Penal.

El delito de acusación o denuncia falsa, se la tipificó en los artículos 403, 404 y 405²¹⁷.

²¹³ Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

²¹⁴ Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

²¹⁵ Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

²¹⁶ Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

²¹⁷ Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

Este código evoluciona el concepto de denuncia falsa y ya no sólo se circunscribe a imputaciones contra personas naturales, sino incluso contra “entidades”, y tipifica la imputación de:

- 1) “Hechos o participación en hechos que no ha cometido, y que de ser ciertos, constituirían delito o falta de los que han dado lugar a procedimiento de oficio, si la imputación se hiciera ante funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo deba proceder a su averiguación o castigo” (art. 403)²¹⁸;
- 2) “Hechos o participación en hechos que no ha cometido y que, de ser ciertos, constituirían delito no perseguible de oficio, cuando la imputación se haga por personas a quienes le ley reconoce el derecho de formularla” (art. 403)²¹⁹.

Es decir, se mantiene la primera modalidad exactamente igual a la del código de 1870, no obstante, se incluye una posibilidad más, y es que los delitos denunciados (falsamente) no sean perseguibles de oficio.

Además de dicha nueva posibilidad que expande las posibilidades típicas de la conducta, también, como ya se dijo, incluye la posibilidad de denunciar falsamente a entidades. Lo que me preocupa de esto último es que las “entidades” no son sujetos imputables para el Derecho Penal, por lo que al denunciar a entidades realmente se está denunciando a las personas naturales que están detrás la entidad.

²¹⁸ Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

²¹⁹ Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

Para la persecución de este delito, es requisito previo, conforme al Código Penal en referencia, que la acusación o la denuncia hubiere sido declarada falsa en sentencia firme o auto, también firme, de sobreseimiento “libre” o definitivo (art. 403)²²⁰. Es decir, no hacía falta la declaratoria de malicia o temeridad, sino simple y llanamente de falsedad en la denuncia.

Nuevamente este código se alinea con la corriente de no distinguir entre malicia y temeridad, lo cual es un peligroso error que será corregido en el transcurso de los años.

En cuanto a la pena, se castiga la acusación o denuncia falsa con sanciones proporcionales según el delito imputado, cuyas posibilidades, según la clasificación de gravedad de la infracción determinada en este código, son, según si el delito imputado es grave, menos graves, o falta (art. 404)²²¹.

En caso de que el falsamente imputado en denuncia o acusación falsa fuere condenado y en juicio de revisión se comprobare su inocencia y la falsedad de las imputaciones, el Tribunal podía imponer “a su prudente arbitrio” al denunciador o acusador pena de prisión que no podía ser inferior a dos años ni superior en duración a la que se impuso al denunciado. Además se lo multaba con 1.000 a 25.000 pesetas (art. 405)²²².

²²⁰ Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

²²¹ Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

²²² Código Penal español de 1928, Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928, Iustel.

Nuevamente verificamos que no aparece, autónomamente, el delito simulado como tipo penal independiente.

E) Código Penal de 1932

No pasarían ni tres años cuando nuevamente se decidió promulgar otro Código Penal, o mejor dicho, cuando se decidió retomar el anterior al de 1928, éste es, el de 1870. JIMÉNEZ DE ASÚA considera que se restituyó en España el Código Penal legítimo²²³.

Una vez decidida la derogación del Código de 1928, en 1932 se utilizó como punto de partida el Código de 1870 y se encomendó su actualización y reelaboración a varios penalistas de renombre, entre los cuales se encontraron JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA. El resultado de esta labor daría pie al Código Penal publicado en la Gaceta de Madrid de 5 de noviembre de 1932.

Se mantuvo la división de delitos y faltas (art. 1)²²⁴ y se abolió la pena de muerte (art. 27)²²⁵. Por otro lado y en cuanto al tema central de esta investigación, “las falsedades” fueron reguladas en el Capítulo IV de este reformado código y ya no en el Capítulo VI cómo en el de 1870. Además, por primera vez, se crea un Título autónomo denominado “Delitos contra la Administración de Justicia”.

²²³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, op. cit. págs. 729 y 730.

²²⁴ Código Penal español de 1932, Ley publicada en la Gaceta de Madrid de 5 de noviembre de 1932, Iustel, PDF.

²²⁵ Código Penal español de 1932, Ley publicada en la Gaceta de Madrid de 5 de noviembre de 1932, Iustel, PDF.

El artículo 331 del Código Penal de 1932, que tipifica la acusación o denuncia falsa, es literalmente exacto al artículo 340 del Código Penal de 1870, es decir, éste se mantuvo intacto. Por otro lado, el artículo 332 de este Código también mantuvo la estructura de artículo 341 del código de 1870, sin embargo, varió las penas, actualizándolas al nuevo tiempo y valor monetario de la época.

El falso testimonio (del art. 333 al art. 340)²²⁶ también mantuvo el exacto formato ya establecido en el Código Penal de 1870 y, por lo mismo aunque sobra decirlo, la simulación de delito tampoco apareció como tipo penal autónomo, precisamente porque este código mantuvo la misma estructura que el código de 1870.

F) Código Penal de 1944

España sufrió los estragos de la guerra civil en 1936, lo que dio lugar a una legislación penal especial, sobretudo autoritaria. Esto motivó que se promulgara el Código Penal de 1944, publicado en Boletín Oficial de 13 de enero de 1945, que no sólo reforzó el autoritarismo que vivía España, sino también la tendencia totalitaria europea.

²²⁶ Código Penal español de 1932, Ley publicada en la Gaceta de Madrid de 5 de noviembre de 1932, Iustel, PDF.

Se mantiene la clasificación de delitos y faltas (art. 1)²²⁷; cómo no podía ser de otra forma en un gobierno totalitario que requiere del uso de la fuerza para “legitimar”²²⁸ su poder; se restituyó la pena de muerte (art. 27)²²⁹.

El Título III trataría las “falsedades” y el Título IV los Delitos contra la Administración de Justicia, en el cual se tipifica el falso testimonio de forma casi idéntica a los códigos de 1870 y 1932 (del art. 326 al art. 333)²³⁰ y las acusaciones y denuncias falsas tal cual a dichos códigos (art. 325)²³¹, sólo variando las penas.

Sin perjuicio de lo enunciado, este es un momento determinante en esta investigación, por cuanto en este Código Penal, es decir, en el Código Penal autoritario de Francisco Franco de 1944, por primera vez aparece, aunque extrañamente ubicado, pero a fin y al cabo aparece, el delito simulado desligado del delito de acusaciones o denuncias falsas, es decir, este es el momento histórico en que el delito simulado se tipifica como delito autónomo en el Derecho Penal español.

En el Capítulo IV compartieron el protagonismo la “realización arbitraria del propio derecho” y la “simulación de delito” y así veríamos surgir a la luz al tema central de esta obra, el delito simulado, que por primera vez fue tipificado de la siguiente forma:

²²⁷ Código Penal español de 1944, Publicado en el BOE de 13 de enero de 1945, Iustel, PDF.

²²⁸ No por esto quiere decir que esté en contra el uso de la fuerza ni que considere que el totalitarismo es malo *per se*.

²²⁹ Código Penal español de 1944, Publicado en el BOE de 13 de enero de 1945, Iustel, PDF.

²³⁰ Código Penal español de 1944, Publicado en el BOE de 13 de enero de 1945, Iustel, PDF.

²³¹ Código Penal español de 1944, Publicado en el BOE de 13 de enero de 1945, Iustel, PDF.

Artículo 338.- El que ante Autoridad competente simulare a sabiendas ser responsable o víctima de un delito y motivare una actuación procesal, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 de pesetas²³².

Tal como sostiene PALOMO DEL ARCO, el delito se denominó simulación de delito, sin embargo, dicha conducta no fue penada, peor descrita, sino únicamente el simular ser autor o víctima de un delito²³³ lo cual es, sin embargo, un gran avance en esta materia.

Sin perjuicio de que en capítulo correspondiente se haga el análisis profundo de la estructura del tipo, para verificar su evolución es necesario, a breves rasgos, hacerlo ahora, para verificar la forma estructural con la que nació el delito simulado:

- *Bien jurídico protegido:* la Administración de Justicia, específicamente en su economía y engranaje procesal.
- *Verbo rector:* simular. El delito se configuró con el sólo y exclusivo hecho de simular.
- *Elemento objetivo:* fingir ser víctima o actor de un delito a sabiendas de no serlo.
- *Elemento subjetivo:* es un delito doloso, en el que cualquiera puede ser autor y en que la autoridad pública, principalmente aquella con jurisdicción, es siempre el sujeto pasivo de dicha malicia.

Este delito nació penado con arresto mayor y multa. El arresto mayor comprendía una pena de un mes y un día de privación de la libertad hasta a seis

²³² Código Penal español de 1944, Publicado en el BOE de 13 de enero de 1945, Iustel, PDF.

²³³ PALOMO DEL ARCO, Andrés, *Realización Arbitraria del Propio Derecho. Acusación, Denuncia Falsa y Simulación de Delito*. Iustel, Word, pág. 11.

meses de privación de la libertad (art. 30)²³⁴. El arresto mayor era una entre 26 penas contempladas en el Código Penal de 1944 (art. 27)²³⁵ y la penúltima en la escala de gravedad entre las privativas de libertad (art. 30)²³⁶.

Lo mencionado anteriormente es importante para tomar en cuenta con el grado de gravedad que nació el delito simulado en la legislación española y poder analizar, estudiando su evolución, cómo la pena fue cambiando.

Las razones que motivaron la tipificación autónoma del delito simulado son primordiales para poder comprender su existencia, sin embargo y, con el fin de no topar una temática ajena a este subcapítulo, advierto al lector que en este mismo capítulo encontraran dicha fundamentación, siendo este el momento para únicamente seguir verificando la evolución codificada del Derecho Penal español, y a partir de este momento determinar qué cambios sufrió este nuevo delito en el transcurso de las reformas y nuevos Códigos Penales que surgirían en España, pero ya con la serenidad de haber hallado su origen.

G) Código Penal de 1963

El Código Penal de 1963 mantuvo la división de infracciones en delitos y faltas (art. 1)²³⁷; se mantuvo la pena de muerte (art. 27)²³⁸ por cuanto Franco seguía en el poder.

²³⁴ Código Penal español de 1944, Publicado en el BOE de 13 de enero de 1945, Iustel, PDF.

²³⁵ Código Penal español de 1944, Publicado en el BOE de 13 de enero de 1945, Iustel, PDF.

²³⁶ Código Penal español de 1944, Publicado en el BOE de 13 de enero de 1945, Iustel, PDF.

²³⁷ Código Penal español de 1963, Publicado en BOE No. 84 de 08 d abril de 1963, PDF.

Las falsedades o delitos contra la fe pública se encuentran en el Título III de este código; los delitos contra la Administración de Justicia se ubicaron en el Título IV.

La acusación y denuncia falsa como delito culposo o doloso, es decir, temerario o malicioso (indistintamente), se tipificó en el artículo 325²³⁹, el cual, únicamente utilizando una variación sancionatoria, se mantuvo en cuanto a la conducta típica tal cual los Códigos de 1870, 1932 y 1944; lo mismo ocurrió con el falso testimonio (del art. 326 al art. 333)²⁴⁰, que mantuvo la misma estructura típica de los tres Códigos anteriores.

El delito simulado, que una vez tipificado se aferraría a no desaparecer, nuevamente y por segunda vez en la historia aparece en la legislación penal española, repetidamente en el mismo artículo, el 338²⁴¹, compartiendo espacio con la realización arbitraria del propio derecho y manteniendo la misma conducta típica utilizada por primera vez en 1944 y únicamente variando la pena impuesta: en el Código Penal de 1944 el delito simulado se sancionó con arresto mayor y multa de 1,000 a 5,000 pesetas; por otro lado, en este código de 1963, la pena privativa de libertad se mantuvo en arresto mayor, pero pecuniariamente se quintuplicó (probablemente por la inflación) a una multa de 5,000 a 25,000 pesetas.

²³⁸ Código Penal español de 1963, Publicado en BOE No. 84 de 08 d abril de 1963, PDF.

²³⁹ Código Penal español de 1963, Publicado en BOE No. 84 de 08 d abril de 1963, PDF.

²⁴⁰ Código Penal español de 1963, Publicado en BOE No. 84 de 08 d abril de 1963, PDF.

²⁴¹ Código Penal español de 1963, Publicado en BOE No. 84 de 08 d abril de 1963, PDF.

H) Código Penal de 1973

Este es el Texto Refundido del Código Penal Publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

Se mantiene la división de infracciones en delitos y faltas (art. 1)²⁴²; desaparece la pena de muerte, a pesar de que Franco aún estaría dos años más en el poder; las falsedades o delitos contra la fe pública seguirían en el Título III y los delitos contra la Administración de Justicia en el Título IV.

El delito de acusación o denuncia falsa (art. 325)²⁴³ mantendría literalmente la misma descripción típica que los Códigos de 1870, 1932, 1944 y 1963 mantuvieron, es decir, la conducta típica sancionada no cambió por 103 años.

Sin perjuicio de lo expuesto, por primera vez en estos 103 años se agrega otra forma delictiva dentro de este capítulo, esta es: intentar con violencia o intimidación que un denunciante o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o las preste desviadamente (art. 325bis)²⁴⁴.

²⁴² Código Penal español de 1973, Texto Refundido del Código Penal Publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, Iustel, PDF.

²⁴³ Código Penal español de 1963, Publicado en BOE No. 84 de 08 d abril de 1963, PDF.

²⁴⁴ Código Penal español de 1963, Publicado en BOE No. 84 de 08 d abril de 1963, PDF.

Evidentemente, no se sanciona una tentativa de un delito concreto, sino que la tentativa *per se* es la ejecución reprimida, ya que no se sanciona conseguir el resultado descrito, sino únicamente *intentar* que un denunciante o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o las preste desviadamente, usando violencia o intimidación. Pero ¿y si sí se consigue que los individuos descritos se retracten o ejecuten una de las conductas enunciadas? Entonces no habría delito; el Derecho Penal no permite interpretación extensiva y lo que el artículo 325 *bis* sanciona es una tentativa como conducta única y autónoma, es decir, la ejecución del delito es un mero delito intentado, lo cual no es una falla de interpretación, sino un groso error legislativo.

Además, el mismo artículo 325bis sanciona, en un segundo momento y con la misma pena, a quien realizare cualquier acto contra la vida, integridad, libertad, seguridad o bienes de las personas expresadas en el “párrafo anterior”, como represalia de su actuación en un procedimiento judicial. Lo que nos deja con un bache entre conductas: se sanciona la tentativa de hacer que las partes se retracten o mientan y se sanciona las represalias contra las partes que dijeron la verdad y no vulneraron la Administración de Justicia, pero no se sanciona conseguir que las partes mientan y violenten la Administración de Justicia. Ya veremos, si posteriormente, el legislador abrió los ojos y consiguió ver lo evidente.

El falso testimonio (del art. 326 al art. 333) nuevamente guarda concordancia con los cuatro códigos anteriores, modificando únicamente las penas.

Otra vez en el Capítulo IV del Título IV el delito simulado comparte espacio con la realización arbitraria del propio derecho e, invariablemente, se mantiene tipificado en el artículo 338²⁴⁵.

El texto del artículo 338 nuevamente es idéntico en cuanto a la conducta típica descrita en el artículo 338 del Código Penal de 1944 y en el artículo 338 del Código Penal de 1963.

Obviamente, la única variación que hallamos es en cuanto a la pena: si bien se mantiene el arresto mayor como pena privativa de la libertad y que al igual que los dos anteriores códigos es una pena de un mes un día a seis meses de privación de la libertad (art. 30)²⁴⁶, el aspecto pecuniario varía nuevamente: si recordamos, la primera vez que se tipificó este delito en 1944, la multa era de 1,000 a 5,000 pesetas, que se quintuplicó en 1963 a multa de 5,000 a 25,000 pesetas. En éste nuevo código la multa aumentó un 2,000 %, siendo en 1973 de 100,000 a 500,000 pesetas.

I) Código Penal de 1995

El Código Penal de 1973 fue reformado en un sinnúmero de ocasiones, pero siempre fueron reformas parciales, por lo que no podemos considerar que entre ese Código y el actual, hubieran habido “nuevos” Códigos Penales en España; de este modo se harían reformas “urgentes”, como la de Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio; posteriormente se harían reformas a ciertos delitos específicos -no los que le interesan a este estudio- en 1985 y 1988; por último, el

²⁴⁵ Código Penal español de 1963, Publicado en BOE No. 84 de 08 d abril de 1963, PDF.

²⁴⁶ Código Penal español de 1963, Publicado en BOE No. 84 de 08 d abril de 1963, PDF.

Libro III del Código Penal sufriría una nueva reforma con la Ley Orgánica 3/1989.

Finalmente se promulgaría el Código Penal vigente en 1995²⁴⁷, más conocido en España como la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre²⁴⁸, que ha sido diecisiete veces reformado, por las siguientes Leyes:

1. Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio²⁴⁹.
2. Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre²⁵⁰.
3. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril²⁵¹.
4. Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio²⁵².
5. Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero²⁵³.
6. Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero²⁵⁴.
7. Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre²⁵⁵.

²⁴⁷ Código Penal español de 1995, Trigésima Sexta Edición, Editorial Civitas, Biblioteca de Legislación, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

²⁴⁸ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁴⁹ Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio - RCL\1998\1468, Modifica el Código Penal (RCL 1995\3170) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), BOE 16 junio 1998, núm. 143, [pág. 19789], España.

²⁵⁰ Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre - RCL\1998\2447, BOE 6 octubre 1998, núm. 239, [pág. 33194], Código Penal, Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), reguladora del Código Penal, suprimiendo las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y rebajando las penas de inhabilitación para dichos supuestos, España.

²⁵¹ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril - RCL\1999\1115, BOE 1 mayo 1999, núm. 104, [pág. 16099], Código Penal, Modifica el Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), relativo a delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, España.

²⁵² Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio - RCL\1999\1555, BOE 10 junio 1999, núm. 138, [pág. 22251], Código Penal y Enjuiciamiento Criminal, Modifica el Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, España.

²⁵³ Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero - RCL\2000\51, BOE 10 enero 2000, núm. 8, [pág. 881], Código Penal, Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas, España.

²⁵⁴ Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero - RCL\2000\71, BOE 12 enero 2000, núm. 10, [pág. 1139], Código Penal, Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, España.

8. Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo²⁵⁶.
9. Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre²⁵⁷.
10. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre²⁵⁸.
11. Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre²⁵⁹.
12. Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio²⁶⁰.
13. Ley Orgánica 4/2005, de 10 de octubre²⁶¹.
14. Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre²⁶².
15. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio²⁶³.
16. Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre²⁶⁴.

²⁵⁵ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre - RCL\2000\2962, BOE 23 diciembre 2000, núm. 307, [pág. 45503], Aplicada por Real Decreto 3471/2000, de 29 de diciembre RCL\2000\3030, Código Penal, Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12-1-2000 (RCL 2000\90), reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, España.

²⁵⁶ Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo - RCL\2002\1323, BOE 23 mayo 2002, núm. 123, [pág. 18360], Código Penal y Código Penal Militar, Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal y la Ley Orgánica 13/1985, de 9-12-1985 (RCL 1985\2914; ApNDL 2366), del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria, España.

²⁵⁷ Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre - RCL\2002\2878, BOE 11 diciembre 2002, núm. 296, [pág. 42999], Código Penal-Código Civil, Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, España.

²⁵⁸ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre - RCL\2003\2744. BOE 26 noviembre 2003, núm. 283, [pág. 41842]; rect. BOE 16 marzo 2004, núm. 65, [pág. 11556], España.

²⁵⁹ Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre - RCL\2003\3009, BOE 26 diciembre 2003, núm. 309, [pág. 46096], Código Penal-Poder Judicial. Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635; ApNDL 8375) y del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), España.

²⁶⁰ Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio - RCL\2005\1291, BOE 23 junio 2005, núm. 149, [pág. 21846], Código Penal, Modificación del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), España.

²⁶¹ Ley Orgánica 4/2005, de 10 de octubre - RCL\2005\2010, BOE 11 octubre 2005, núm. 243, [pág. 33222], Código Penal. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal, en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos, España.

²⁶² Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre - RCL\2007\2180, BOE 1 diciembre 2007, núm. 288, [pág. 49505], Código Penal, Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal en materia de seguridad vial, España.

²⁶³ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio - RCL\2010\1658, BOE 23 junio 2010, núm. 152, [pág. 54811], Código Penal. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal, España.

²⁶⁴ Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre - RCL\2012\1759, BOE 28 diciembre 2012, núm. 312, [pág. 88050], Código Penal, Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, España.

17. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo²⁶⁵.

Sin perjuicio de las diecisiete reformas citadas, el Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) es el Código Penal vigente en España y sobre el único que, a partir de este momento, se trabajará por el resto de esta tesis.

Hasta en la actualidad se mantiene la separación de infracciones en delitos y faltas (art. 1)²⁶⁶; para que pueda imponerse una pena debe haber un delito que debe ser ejecutado exclusivamente con dolo o imprudencia (art. 5)²⁶⁷, y las acciones u omisiones imprudentes sólo pueden ser sancionadas cuando expresamente lo disponga la ley -es decir, cada tipo penal tras la descripción de la conducta típica- (art. 12)²⁶⁸.

Las falsedades, en las que el bien jurídico protegido es la fe pública, se ubican en el Título XVII y los delitos contra la Administración de Justicia en el Título XX; puesto que el delito simulado, tema principal de esta investigación, en este título se encuentra ubicado, es importante, solamente a modo enunciativo, verificar qué delitos comparten esta categoría:

²⁶⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁶⁶ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁶⁷ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁶⁸ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

- a. *Prevaricación* (del art. 446 al 449)²⁶⁹. Definitivamente es un delito contra la Administración de Justicia.
- b. *Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución* (art. 450)²⁷⁰. No es un delito contra la Administración de Justicia. El legislador español se equivocó en su ubicación, lo que incluso complica la determinación real del bien jurídico protegido, al momento de aplicarlo y analizarlo normativamente. ¿Si no se impide un delito cuando se tiene la obligación de evitarlo, cómo se atenta contra la Administración de Justicia?
- c. *Encubrimiento* (del art. 451 al art. 454)²⁷¹. Defiendo la posición de que el encubrimiento es un delito y no una modalidad de participación frente a una autoría. En el subcapítulo determinado se analizará a fondo el encubrimiento y su relación con el delito simulado.
- d. *Realización arbitraria del propio derecho* (art. 455)²⁷². ¿Delito contra la Administración de Justicia? Definitivamente no supieron donde ubicarlo y por descarte y tradición, mantuvo su posición en este Título.
- e. *Obstrucción de la Justicia y deslealtad profesional* (del art. 463 al 467)²⁷³. Sí es un delito contra la Administración de Justicia.

²⁶⁹ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁷⁰ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁷¹ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁷² Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

f. *Quebrantamiento de condena* (del art. 468 al art. 471)²⁷⁴. Sí es un delito contra la Administración de Justicia.

Ahora bien, es momento de analizar normativamente, en este Código Penal, el tema central y sus figuras afines principales: “La acusación y denuncia falsas y la simulación de delitos”.

1. *La falsa acusación y el falso testimonio*

La acusación o denuncia falsa (art. 456)²⁷⁵, si bien mantiene una estructura similar a la de los anteriores códigos, tiene ciertas diferencias. Sin perjuicio de que habrá un subcapítulo dedicado a este tema, es importante dejar claro que vigentemente la falsa acusación se comete cuando con conocimiento de la falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad, se imputa a alguien hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, y cuando esta imputación se hace ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación.

Actualmente el delito de denuncia o acusación falsa puede ser doloso o culposo (imprudente). Está vigente, como en los anteriores códigos, la prejudicialidad para perseguir este delito, ya que se requiere sentencia firme o auto firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido la infracción imputada. El Juez o el Tribunal mandará a proceder de oficio contra el

²⁷³ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁷⁴ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁷⁵ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido.

Igualmente, el falso testimonio tendrá un subcapítulo exclusivo en esta investigación, e incluso uno comparativo con el delito simulado, sin perjuicio de esto, este es el momento oportuno para enunciar, aunque sea brevemente, cómo está tipificado en el Código Penal vigente.

Comete falso testimonio el testigo que falta a la verdad en su testimonio en causa judicial (bajo juramento); el testigo que miente contra el procesado; se agrava cuando como consecuencia del falso testimonio se dicta sentencia condenatoria (art. 458)²⁷⁶.

Este Código Penal, internacionalizado principalmente por la influencia de la Unión Europea, incluso circunscribe y menciona que también se comete falso testimonio cuando se miente, bajo juramento, ante Tribunales Internacionales ratificados por Tratados suscritos por España (art. 458)²⁷⁷.

El falso testimonio puede también ser cometido por peritos, interpretes, cuando faltan a la verdad en sus dictámenes (informes o peritajes) o traducciones, respectivamente (art. 459)²⁷⁸.

²⁷⁶ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁷⁷ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁷⁸ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

Los testigos, peritos o interpretes, también podrán cometer “falso testimonio parcial”, el cual consiste en no faltar sustancialmente a la verdad, sino únicamente en alterar con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos (art. 460)²⁷⁹.

El presentar dolosamente -como parte procesal- testigos falsos, peritos falsos o intérpretes falsos -“mendaces” según el Código- también está tipificado y se sobreentiende que es aplicable tanto para la defensa, la acusación particular e incluso contra el fiscal, por lo que incluso se les sanciona con la inhabilitación del ejercicio de la profesión (art. 461)²⁸⁰.

El código vigente contempla una excusa legal absolutoria, ésta es: que el falso testigo se retracte y confiese la verdad previo a que se dicte sentencia, corrigiendo el trámite y la verdad procesal. Sin embargo y a pesar de que se retracte, cuando el falso testimonio hubiere producido una privación de la libertad, sí será sancionado, pero con penas s inferiores en grado (art. 462)²⁸¹.

2. Simulación de delitos

Conforme a la conducta típica descrita sobre el delito simulado del artículo 457 del Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) será el desarrollo íntegro de esta investigación, por lo que, sin perjuicio de que sea varias veces repetida, debemos tener clara su corta pero compleja tipificación:

²⁷⁹ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁸⁰ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

²⁸¹ Código Penal español de 1995, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

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.

¿Cuáles son los funcionarios señalados en el artículo anterior? Los mencionados en el delito de denuncia o acusación falsa: “*funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación*”.

Ya habrá un capítulo exclusivamente dedicado al análisis estructural de este tipo penal, por lo que por el momento compete únicamente hacer unas pocas aseveraciones adicionales.

El delito simulado se encuentra, al igual que en los anteriores códigos estudiados, en el Título de delitos contra la Administración de Justicia, esta vez en el Título XX. El delito simulado comparte, en el Capítulo V, espacio con la acusación o denuncia falsa, y ya no con la realización arbitraria del propio derecho (Capítulo V), lo cual es mucho más lógico y por fin correctamente ubicado.

3. *Delitos contra la Administración de Justicia Internacional*

Los autores e investigadores latinoamericanos no estamos acostumbrados aún a encontrar tipos penales, en nuestros Códigos Penales, tan expresos sobre el Derecho Penal Internacional, tal cual sí se lo pude hallar en el Código Penal español.

En referencia a los ocho Códigos Penales estudiados anteriormente, esta materia sancionatoria es totalmente nueva. El Código Penal de 1995 (vigente) incorporó en los delitos contra la Administración de Justicia un Capítulo (IX) especialmente dedicado a la Corte Penal Internacional.

Estos delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional los encontramos enumerados en el artículo 471 *bis* añadido por artículo único 148 de Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y sus formas de comisión son las siguientes:

1. Falso testimonio doloso ante la Corte Penal Internacional.
2. Presentar dolosamente pruebas falsas o falsificadas ante la Corte Penal Internacional.
3. Intencionalmente destruir o alterar pruebas, o interferir en las diligencias de prueba ante la Corte Penal Internacional.
4. Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio ante la Corte Penal Internacional.
5. Poner trabas a un funcionario de la Corte, corromperlo o intimidarlo, para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida.
6. Tomar represalias contra un funcionario de la Corte Penal Internacional en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario.
7. Tomar represalias contra un testigo por su declaración ante la Corte Penal Internacional.
8. Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte Penal Internacional y en relación con sus funciones oficiales.

La novelería de romper con el tradicional principio de territorialidad, el cual en materia técnico-investigativa apoyo, pero en materia de aplicación del Derecho Penal y ejercicio de la jurisdicción como potestad de juzgar y hacer

ejecutar lo juzgado no puedo consentir como algo realista, lógico y apropiado (hasta que alguien me demuestre lo contrario), causa siempre disyuntivas sin solución, vacíos legales y formas de Derecho Penal Simbólico.

Ya enuncié qué delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional sanciona el Código Penal español, ahora, en consecuencia, nos enfrentamos a un gran problema: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional también tipificó estos delitos, cuya competencia de perseguir le pertenecen a la Corte Penal Internacional (art. 70)²⁸². Veamos cuales son sus formas de comisión:

- a. Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69²⁸³;
- b. Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas;
- c. Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba;
- d. Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte Penal Internacional para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida;
- e. Tomar represalias contra un funcionario de la Corte Penal Internacional en razón de funciones que haya desempeñado el u otro funcionario; y,
- f. Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte Penal Internacional y en relación con sus funciones oficiales.

²⁸² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès- verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1o de julio de 2002. PDF.

²⁸³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: “*Art. 69.1.- Antes de declarar, cada testigo se comprometerá, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, a decir verdad en su testimonio.*”

No hace falta decir que el legislador español copió de forma literal el Art. 70 del Estatuto de Roma y lo convirtió en el artículo 471 *bis* del Código Penal español, y se lo hizo sin tomar en cuenta que el primer numeral del artículo 96 de la Constitución de España, que textualmente dice:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

Si España ratificó el Estatuto de Roma y reconoció su competencia y jurisdicción en BOE 27 mayo 2002, núm. 126, [pág. 18824]; rect. BOE 29 julio 2002, núm. 180, [pág. 27884], no era necesario hacer esta copia textual del art. 70 del Estatuto, y simplemente considerarlo vigente por ser constitucionalmente Derecho Interno.

Esta doble tipificación causa un conflicto de jurisdicción y competencia (lo que suele suceder con el uso de Cortes Internacionales) puesto que no queda muy claro -por no decir “nada claro”- quién es el competente para perseguir y sancionar estos delitos, o la misma Corte Penal Internacional o un Juez o Tribunal español.

El Art. 70 del Estatuto ha intentado solucionar o dar un lineamiento general para esta duda que surge, sin embargo, igual el jurista queda en el limbo procesal.

Por otro lado, se promulgaron las “*Reglas de Procedimiento y Prueba*”, que básicamente es el código procesal de la Corte Penal Internacional. En este Reglamento, se establece en el artículo 162²⁸⁴ que la jurisdicción se define y determina de la siguiente forma: la Corte antes de decidir si ha de ejercer su jurisdicción, podrá consultar con los Estados Partes que puedan tener jurisdicción respecto del delito. Es decir, la jurisdicción es por regla general de la Corte Penal Internacional, la cual, a través de sus jueces, tiene la potestad de renunciar a ella, según los siguientes parámetros:

- a. La posibilidad y eficacia del enjuiciamiento en un Estado Parte;
- b. La gravedad de un delito;
- c. La posibilidad de acumular cargos.
- d. La necesidad de agilizar el procedimiento;
- e. Los vínculos con una investigación o un juicio en curso ante la Corte;
- f. Consideraciones de prueba.

Una vez aclarado este extraño caso de jurisdicción potestativa y susceptible de renuncia, es importante tener en cuenta lo siguiente: no existen precedentes jurisprudenciales sobre este tema, es decir, estamos ante una amenaza legal que únicamente pretende tener un tinte de Derecho Penal Simbólico, cohibiendo a quien quiera cometer este tipo de delitos y guiándolos a no cometerlos, a pesar de que me atrevo decir, que incluso a largo plazo, no serán aplicados.

²⁸⁴ Reglas de Procedimiento y Pruebas del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DE LA SIMULACIÓN TÍPICA

I. Apariencia *versus* realidad

Curioso resultaría pretender realizar una investigación profunda sobre la simulación de delitos sin antes definir qué es “simular”. Inicialmente, sin temor a equivocarnos, podemos deducir, sin necesidad de realizar una consulta, que simular es dar apariencia de verdadero a algo que o bien es falso o que bien no existe.

Si recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española encontraremos que simular es “(r)epresentar algo, fingiendo o imitando lo que no es”²⁸⁵ o que simulación es “Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”²⁸⁶. Sin embargo, aparecen las siguientes interrogantes: ¿Qué significa «verdadero»? ¿Qué significa «falso»? ¿Existe la verdad?

Estas interrogantes no son producto de la tipificación del delito simulado en el Código Penal español, sino un problema filosófico que ha sido discutido durante siglos. Y sí, hallar la verdad, es decir, su concepto, ha sido la misión de cientos de pensadores desde hace miles de años.

La cultura occidental contemporánea glorifica el conocimiento y la verdad. Los científicos, en Justicia, son los supremos sacerdotes del conocimiento. En el ámbito judicial fue nada más y nada menos que Sir Roger

²⁸⁵ “Simular”. Web. Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=simular>.

²⁸⁶ “Simulación”. Web. Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=simulación>.

BACON, canciller de Inglaterra, quien preocupado por la veracidad de los testigos en un juicio, implementó en el siglo XVI las bases del “método experimental”²⁸⁷.

La revolución del pensamiento empieza antes, con GALILEO, período en que se desestabilizó el universo geocéntrico de PTOLOMEO. Fue tal la conmoción de su época que GALILEO debió retractarse por el riesgo de morir en la hoguera. ¿Decía GALILEO la verdad? Por el momento basta con responder que su «verdad» no correspondía con la «verdad» de la gran mayoría de sus contemporáneos²⁸⁸; ya veremos que precisamente esta oposición de creencias sobre la verdad son las que colisionan cuando se utiliza como sustento de la verdad a la teoría de la verdad-coherencia, esto es, defender sólo aquello que aparece como verdadero cuando coincide con nuestro conjunto de creencias.

Se puede, inicialmente, defender a la verdad desde dos vertientes: una teológica, basada en fe sin necesidad de comprobación, otra, en cambio, basado en la realidad, esto es, la contrastación de lo que se percibe internamente con lo que exteriormente resulta real.

FERRATER sostenía que la necesidad de distinguir entre apariencia y realidad tiene al menos dos motivos principales: “en primer lugar, hay realidades que a primera vista se manifiestan o parecen de un modo, pero que una vez examinadas con más atención o de manera más ilustrada resultan ser de otro modo que como se dejan ver. En segundo lugar, el saber acerca de las cosas equivale a dar una explicación de ellas, y esto implica dar razón de cómo y por

²⁸⁷ MUCHINIK, Eva, *Acerca de la verdad*, Revista Nómadas, Revista digital Dialnet, pág. 57.

²⁸⁸ MUCHINIK, Eva, *Acerca de la verdad*, op. cit. pág. 57.

qué aparecen como lo hacen, especialmente cuando lo hacen de una manera engañosa, al menos a primera vista²⁸⁹.”

¿Será realmente que como dicen POPPER y ROMANOWSKI, la verdad reina mientras no surge otra que la supere, la liquide y la sustituya²⁹⁰? ¿Existen las verdades absolutas? Justamente sobre esto trata este capítulo. En lograr determinar de forma certera si se simuló o no un delito, entonces se debe, inevitablemente, tener la certidumbre de qué es la verdad y de qué es la mentira. Sin más preámbulos, empecemos a ver esta batalla milenaria e intentemos encontrar la respuesta.

II. Teorías y soluciones

He nominado “batalla milenaria” por cuanto veremos que distintos filósofos, e incluso científicos, han elaborado múltiples teorías, hasta incluso operaciones lógicas, para defender las distintas teorías de la apariencia y la realidad que existen, por este motivo intentaré exponerlas todas, de forma objetiva, para posteriormente tomar una postura, pues sólo así se puede hallar una solución para el problema jurídico que jueces españoles tendrán frente a ellos cuando deban administrar Justicia por la acusación presentada por el presunto cometimiento de un delito simulado.

HEIDEGGER es punzante al preguntarse ¿qué es la verdad?, por cuanto dice que la respuesta a la pregunta es ¿qué es eso?, lo que nos conduce a buscar la

²⁸⁹ FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial. Madrid, 1979, así también en BELTRÁN, Miguel, *La realidad social como realidad y apariencia*, Revista Reis, Revista Digital Dialnet, pág. 28.

²⁹⁰ ROMANOWSKI, Romualdo, *Verdad / Hipótesis*, Trad. DI RUGGIERO, Italo L. Revista Psicoanálisis XXII (1); 69-77, 2010, Revista Digital Dialnet, pág. 70.

esencia de una cosa. «Sangre», «mesa», «cadáver», ¿qué es eso? Al realizar estas preguntas realmente estaríamos preguntando por la esencia de estas cosas, porque preguntamos cuando en realidad ya las conocemos²⁹¹, ¿por qué? Pues porque para preguntarnos debemos previamente conocerlas, por que si no sabemos de su existencia, es decir, si no las conocemos, entonces no nos preguntaríamos qué son. Esto es precisamente de lo que se encarga la epistemología.

¿Pero qué es una mesa? ¿o qué es la sangre? HEIDEGGER dice que es justamente aquello que las constituye, lo que corresponde a toda mesa (tabla horizontal cuya altura y estabilidad es sostenida por cierto número de patas y que sirve para asentar cosas en ella) o lo que corresponde a toda sangre (líquido compuesto por eritrocitos, leucocitos, plaquetas y plasma sanguíneo). Entonces, lo que todas las cosas de una misma especie tienen en común es lo que determina su esencia²⁹². En este capítulo veremos más a fondo cómo se supone que los conocimientos llegan a nosotros y cómo poder determinar qué es real y qué es aparente.

Son muchos los que han ostentado el título de “maestros de la verdad”. VEYNE considera que no hay modo de validación universal y objetivo de lo verdadero, sino que sólo hay distintos “regímenes de veridicción” en contextos determinados, a través de los cuales distintas autoridades se apropian del derecho de decir lo «verdadero», lo cual es totalmente arbitrario²⁹³. No entraremos a analizar la verdad psíquica en la que FREUD se impuso al diferenciar entre percepción y representación, puesto que sostenía que es necesario que el objeto

²⁹¹ HEIDEGGER, Martin, *De la esencia de la verdad, Sobre la parábola de la caverna y el Teeteto de Platón*, Lecciones del semestre de invierno de 1931/32 en la Universidad de Friburgo, Trad. CIRIA, Alberto, Herder Editorial, Barcelona, 2007, pág. 13.

²⁹² HEIDEGGER, Martin, *De la esencia de la verdad, Sobre la parábola de la caverna y el Teeteto de Platón*, op. cit. pág. 13.

²⁹³ VEYNE, P, *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes?*, París, 1983, obra citada en ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2008, pág. 10.

sea real para que haya satisfacción²⁹⁴, sino exclusivamente en verificar qué es - según diferentes corrientes filosóficas- una verdad objetiva.

En este capítulo tampoco se analizarán los enunciados o las verdades morales, por cuanto, tal como lo dice AYER y HUME, estos enunciados no son verdaderos ni falsos, sino que tienen únicamente como función expresar emociones (*emotivismo*) de aprobación o desaprobación²⁹⁵. Aquí se analizarán verdades objetivas.

Utilizamos normalmente la palabra «verdadero» como un predicado que expresa una propiedad de lo que afirmamos o de lo que creemos, de nuestras aserciones y teorías. Es decir, la propiedad de verdadero se la atribuimos al “contenido” de lo que decimos²⁹⁶.

Así, para empezar a analizar los antecedentes de este conflicto teórico, vale introducir el problema con ciertas tesis dominantes que permitan segregar las distintas corrientes que se han implantado:

- *Tesis de la objetividad ontológica* → Esta teoría defiende que existe un mundo independiente del observador.

²⁹⁴ LE GAUFEY, Guy, *¿La realidad psíquica? ¡Gschnas!*, Desde el Jardín de Freud [n.º 10, Enero - Diciembre 2010, Bogotá], Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Estudios en Psicoanálisis y Cultura, Revista de Psicoanálisis, Revista Digital Dialnet, pág. 146.

²⁹⁵ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos* Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2008, pág. 106.

²⁹⁶ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit., pág. 23.

- *Tesis de la objetividad epistemológica* → Defiende que esa realidad independiente es posible que la aprendamos a partir de nuestros sistemas de adquisición de conocimientos.
 - Daniel GONZÁLEZ LAGIER sostiene que tanto la objetividad ontológica como la epistemológica pertenece a un «objetivismo ingenuo» por cuanto RUSSEL nos habría expuesto que las cosas se dividen en el mundo de los objetos y en el mundo del pensamiento, teniendo el mundo de los objetos entidades y el mundo del pensamiento enunciados, por lo que, las entidades existen *per se*, mientras que lo que se puede calificar de verdadero o falso son los enunciados sobre aquellas entidades. Entonces, sostiene GONZÁLEZ LAGIER que estos dos primeros tipos de objetivismo tratan de demostrar la veracidad de la entidad y no del hecho, y las entidades no se prueban, sino los hechos sobre las entidades²⁹⁷.

A) Metafísica

Para estudiar detenidamente cada una de las teorías que han dominado el mundo filosófico en el campo de la búsqueda de la verdad, es inevitable y sería imperdonable no empezar por la metafísica, que es, además, el título que lleva uno de los libros más celebres de ARISTÓTELES, que justamente habla de la metafísica. ¿Pero qué es la metafísica? Es, etimológicamente, lo que hay “más allá de la física”, y precisamente es esta obra la que nos permitirá introducirnos en la batalla de corrientes que analizaremos en este capítulo.

²⁹⁷ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti, ensayos sobre prueba, casualidad y acción*, Distribuciones Fontamara S.A., México D.F., 2013, pág. 5.

Refiriéndose a la filosofía, ARISTÓTELES asevera: “Así como llamamos hombre libre al que se pertenece a sí mismo y no tiene dueño, en igual forma esta ciencia es la única entre todas las ciencias que puede llevar el nombre de libre. Sólo ella efectivamente depende de sí misma. Y así con razón debe mirarse como cosa sobrehumana la posesión de esta ciencia²⁹⁸.”

Es así que sostenía que la ciencia tiene por objeto la verdad, por lo que es difícil desde un punto de vista y fácil desde otro. Lo prueba –decía el filósofo macedonio– la imposibilidad que hay de alcanzar la completa verdad y la imposibilidad de que se oculte por entero²⁹⁹. Por esto consideraba que la imposibilidad de una posesión completa de la verdad en su conjunto y en sus partes, prueba todo lo difícil que es la indagación de que se trata³⁰⁰. Por eso el célebre filósofo defendía que “es absolutamente imposible demostrarlo todo, porque sería preciso caminar hasta el infinito; de suerte que no resultaría demostración³⁰¹”.

ARISTÓTELES creía que una cosa es verdadera por excelencia cuando las demás cosas toman de ella lo que tiene de verdad, y de esta manera el fuego es caliente por excelencia, porque es la causa del calor de los demás seres³⁰². Ya veremos que justamente esto se traduciría luego en la teoría de la verdad-correspondencia, esto es, que las cosas que creemos son verdaderas cuando se ajustan a la realidad objetiva y material del mundo exterior.

²⁹⁸ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Traducción de DE AZCÁRATE, Patricio, Espasa Libros, Austral, Barcelona, 2013, pág. 47.

²⁹⁹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 81.

³⁰⁰ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. págs. 81 y 82.

³⁰¹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 124.

³⁰² ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 82.

El tutor de Alejandro Magno sería un crítico de otros filósofos, pues consideraba que en la consecución y búsqueda desesperada de la verdad daban una muestra de ignorancia, porque es ignorancia no saber distinguir lo que tiene necesidad de demostración de lo que no lo tiene.³⁰³”

DEMÓCRITO sostenía que la sensación constituye un pensamiento, y como la sensación es una modificación del sujeto, aquello que parece a los sentidos sería la verdad³⁰⁴. EMPÉDOCLES, defensor de esta corriente, también defendía que un cambio en nuestra manera de ser cambia igualmente nuestro pensamiento: “El pensamiento existe en los hombres en razón de la impresión del momento”³⁰⁵. Así también lo afirmaba PARMÉNIDES: “Como es en cada hombre la organización de sus miembros flexibles, tal es igualmente la inteligencia de cada hombre; porque es la naturaleza de los miembros la que constituye el pensamiento de los hombres en todos y en cada uno; cada grado de la sensación es un grado de pensamiento”³⁰⁶. Y así sentenciaba ANAXÁGORAS: “Los seres son para vosotros tales como los concebáis”³⁰⁷”.

ARISTÓTELES consideraba desoladora la lectura de tales teorías, pues considera un desaliento que estos hayan sido los hombres pensantes que han visto toda la verdad posible, por lo que se cuestionaba entonces que si fuera cómo ellos dicen, entonces, buscar la verdad sería “[...] *ir en busca de sombras que desaparecen*”³⁰⁸.

³⁰³ *De partibus animal*, Libro I, Capítulo I, Bekk., pág. 639, citado en ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 124.

³⁰⁴ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 134.

³⁰⁵ STURTZ, *Emped*, pág. 537, en ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 134.

³⁰⁶ KARSTEN, Simón, *Parmenidis Eleat*, Carm., relig., pág. 46. en ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 134.

³⁰⁷ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 135.

³⁰⁸ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 135.

Lo que motiva la opinión de DEMÓCRITO, EMPÉDOCLES, PARMÉNIDES y ANAXÁGORAS, según ARISTÓTELES, es que al considerar la verdad sólo han tomado como “seres” a las cosas sensibles³⁰⁹. La crítica del discípulo de PLATÓN es que como vieron que la naturaleza está inevitablemente en perpetuo movimiento y que no se puede juzgar la verdad de lo que muda constantemente, pensaron que no se puede determinar nada verdadero sobre lo que muda sin cesar³¹⁰.

Definitivamente no se pasa dos veces por un mismo río, aunque filósofos como CRATILO sostenían que no se pasa ni una sola vez por el mismo río³¹¹. La teoría de HERÁCLITO –quien formuló que no se pasa dos veces por el mismo río– es la correcta, por cuanto la segunda vez que uno ingresa a un río ya habrá pasado completamente el agua y no será entonces el mismo río; por otro lado, CRATILO se equivoca por cuanto la impresión sensible dura y por corta que pueda llegar a ser su duración el agua ha mudado mientras que ella duraba³¹², por lo que sí, aunque sea por un instante, sí se pasa una vez por el mismo río. Los partidarios de CRATILO dirán entonces que el objeto que muda les da en el acto mismo de mudar o cambiar un justo motivo para no creer en su existencia, lo cual es nuevamente errado, por cuanto la cosa que cesa de ser participa irrefutablemente en lo que ha dejado de ser y también necesariamente participa en aquello que deviene o en que se convierte³¹³. “En general, si un ser perece, habrá aún en él ser; y si deviene, es indispensable que aquello de donde sale y aquello que le hace devenir tengan una existencia [...]”³¹⁴.

³⁰⁹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 135.

³¹⁰ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 135.

³¹¹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. págs. 135 y 136.

³¹² ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 136.

³¹³ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 136.

³¹⁴ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 136.

Ahora, en cuanto a los opuestos y la permanencia de sólo uno de ellos como una realidad, ARISTÓTELES defendía que algo o es o no es, pero que nada puede ser y no ser al mismo tiempo. Por ejemplo, “[...] si hay algo que sea verdad, que ser hombre es ser un animal de dos pies, porque este es el sentido que le hemos dado a la palabra hombre. Y si esto es imprescindible, no es posible que en el mismo instante este mismo ser no sea un animal de dos pies, lo cual significaría que es necesariamente imposible que este ser sea un hombre. Por tanto tampoco es posible que pueda decirse con exactitud al mismo tiempo, que el mismo ser es un hombre y que no es un hombre³¹⁵”.

ARISTÓTELES sostiene que existen muchas razones que nos prueban que no todas las apariencias son verdaderas, sobre todo si planteamos las siguientes preguntas:

1. ¿Las magnitudes, así como los colores, son realmente tales como aparecen a los hombres que están lejos de ellas, o como los ven los que están cerca?³¹⁶
 - a. ¿Son tales como aparecen a los hombres sanos o como los ven los enfermos?³¹⁷
2. ¿La pesantez es tal como parece por su peso a los de débil complexión o bien lo que parece a los hombres robustos?³¹⁸
3. ¿La verdad es lo que se ve durmiendo o lo que se ve durante la vigilia?³¹⁹

³¹⁵ ARISTÓTELES, *Metafísica* op. cit. pág. 126.

³¹⁶ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 137.

³¹⁷ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 137.

³¹⁸ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 137.

³¹⁹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 137.

Sin duda la última pregunta no merece ser respondida, por cuanto lo que se ve durmiendo no es más que la manifestación del subconsciente en forma de imágenes que alteran la percepción y la realidad, hecho ya resuelto por la ciencia.

Partiendo de lo que ya se dijo, para resolver la cuestión de las apariencias, se debe partir de que algo es o algo no es, pero que nunca algo es y no es al mismo tiempo. Por lo que, algo no puede ser falso y verdadero en un mismo momento, entonces algo no puede ser pesado y liviano al mismo tiempo. No hay entonces algo cierto o aparente para un individuo y distinto para otro. O es o no es.

La verdad es la verdad sin importar como se la perciba. Así, algo que pesa 20 kilos no pesa 5 kilos para el robusto ni 40 para el débil, simplemente pesa 20 kilos y no admite discusión en contrario. ARISTÓTELES lo explica con el ejemplo de un vino: dice que el vino es dulce, pero como a la persona muda anatómicamente o fisiológicamente, puede llegar a tener distintas percepciones según cada tiempo, entonces un día el vino le será dulce y otro puede resultarle amargo, esto no hace que el vino sea al mismo tiempo dulce o amargo, porque o es dulce o es amargo. La esencia, esto es, la dulzura es invariable³²⁰ (pensando en el ejemplo que en nada varían los componentes químicos del vino), por lo que la apariencia es un criterio personal del catador, pero no porque para él sea amargo quiere decir que el vino es amargo si en realidad es dulce. “No porque creamos que tú eres blanco, eres blanco en efecto, sino porque eres en efecto blanco, y al decir nosotros que lo eres, decimos la verdad”³²¹.

³²⁰ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 138.

³²¹ ARISTÓTELES, *Metafísica* op. cit. pág. 271.

Ya vimos que ARISTÓTELES mantiene como principio máximo que no es posible que una cosa sea y no sea en un mismo tiempo³²². El filósofo macedonio era tajante al sostener que “En cuanto al que dice que tal cosa es y no es, niega lo mismo que afirma y por consiguiente afirma que la palabra no significa lo que significa. [...]. Es, por tanto, imposible que las afirmaciones opuestas sean verdaderas al mismo tiempo respecto del mismo ser”³²³.

ARISTÓTELES al referirse a la falsedad, decía: “*Falso se entiende en un sentido la falsedad de las cosas, y entonces hay falsedad, o porque las cosas no son realmente, o porque es imposible que sean*³²⁴ [...] Falso también se dice de las cosas que existen realmente, pero que aparecen de otra manera de cómo son lo que no son; por ejemplo, la sombra, los ensueños, que tienen alguna realidad, pero que son los objetos cuya imagen representan. Y así se dice que las cosas son los objetos cuya imagen representan. Y así se dice que las cosas son falsas, o porque no existen absolutamente, o porque no son más que apariencias y no realidades³²⁵.”

Vemos que el gran filósofo macedonio ya hace tantos siglos atrás, sin los avances tecnológicos que surgirían luego, intentaba analizar a profundidad la naturaleza conceptual de la palabra «verdad» y así poder distinguir lo que es real de lo que es aparente, sin embargo, sus teorías si bien sirvieron como base para los pensadores que vendrían luego, aún es en el fondo poco alentadora. Afortunadamente, como veremos, esta temática es materia de conflicto hasta el día de hoy, sin embargo, la respuesta sobre lo qué es la verdad ya ha sido objetivamente descubierta.

³²² ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 306.

³²³ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 307.

³²⁴ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. págs. 183 y 184.

³²⁵ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 184.

B) El problema de la semántica conceptual

STRAWSON analiza cómo la sociedad conoce el sentido de la palabra «verdad» sin ni siquiera sospechar que existen “teorías de la verdad”. Aprendemos las palabras «mismo», «real», «existe», etc., sin ser conscientes de los problemas filosóficos de la identidad, la realidad o la existencia³²⁶.

Es interesante partir desde la inclusión del vocabulario en nuestro “diccionario mental”, esto es, verificar el proceso de aprendizaje al que nos vemos sometidos desde que somos niños al incorporar palabras a nuestro vocabulario. Aprendemos a hablar por medio de los ejemplos, de la experiencia. Así, aprendemos que agua es agua porque nuestras madres nos dicen «agua» cuando nos entregan «agua» y por lo mismo cuando queremos agua y decimos «agua» y ésta se nos es entregada, entonces, queda grabado que ese líquido transparente se llama «agua».

Es así como aprendemos palabras y las incluimos en nuestro muy personal vocabulario, pero no necesariamente conocemos conceptos, pues nadie nos inyecta el concepto de agua explicándonos que es una sustancia compuesta por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno. Y esto lo sabemos recién nosotros, pues a un romano jamás se hubiere imaginado que esa era la composición química del *aqua*. ¿Pero a que quiero llegar con eso? Simple, al igual que palabras de uso diario como agua, también aprendimos a usar palabras como

³²⁶ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Pensamiento contemporáneo 51, Barcelona, 1997, pág. 49.

«identidad», «saber», «significado», «explicación», «existencia»³²⁷ e incluso «verdad», y aprendimos a usarlas en oraciones, sin que nadie nos hubiere explicado sus conceptos, mucho menos, sin que nos hayamos imaginado que tienen conceptos.

El propósito de la enseñanza que recibimos es dotarnos de la capacidad práctica de comprender y usar expresiones³²⁸, lo que nos permite día a día comunicarnos tanto oralmente como por escrito, sin embargo, pasamos por la vida sin ser capaces de profundizar sobre el concepto de las palabras que utilizamos. “Lo que te digo es verdad”; “dicen que en realidad está muerto”, etc., son expresiones comúnmente usadas sin comprender el trasfondo filosófico que decimos. Lo grave no es que seamos los ciudadanos común y corrientes los que no hayamos notado la connotación real de nuestros dichos, sino que los Jueces, los responsables de administrar Justicia, son incapaces de hacer semejante reflexión. ¿Pero por qué lo catalogo como grave? Simple: porque son los Jueces quienes administran Justicia jugando con la verdad.

«Verdad» y «no-verdad» tienen la misma raíz mientras que «verdadero» y «falso» tienen raíces distintas³²⁹. Según AUSTIN la verdad se predica con enunciados y no con frases o proposiciones, entendiéndose como enunciado aquello que se dice en una frase en una circunstancia particular de enunciación. Los enunciados pueden ser de dos clases: 1) descriptivos; y, 2) demostrativos³³⁰.

³²⁷ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 51.

³²⁸ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía* op. cit. pág. 51.

³²⁹ HEIDEGGER, Martin, *De la esencia de la verdad, Sobre la parábola de la caverna y el Teeteto de Platón*, op. cit. pág. 131.

³³⁰ AUSTIN, J.L., *La vérite*, en *Essais philosophiques*, traducción de AUBERT y HACKER, Seuil, París, 1994, en *Ensayos filosóficos*, Revista de Occidente, Madrid, 1975, obra citada en ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. pág. 38.

Este estudio es sobre los delitos simulados, es decir, sobre aquellas acciones típicas de denunciar un delito inexistente, simular ser víctima o simular ser autor, sin serlo. ¿«Inexistente»? ¿«Simular»? ¿«Ser»? ¿Nos damos realmente cuenta del problema que nos plantean estas palabras? Este es un problema semántico conceptual del artículo 457 del Código Penal español y en este capítulo lo solucionaremos.

C) Verdad-correspondencia y la fórmula de la verdad

La noción de verdad y su relación con a teoría del conocimiento e incluso con la teoría del significado lingüístico, es compleja por cuanto se han creado dos teorías principales de rivalidad irreconciliable: la “teoría de la verdad como correspondencia”, según la cual, una creencia es verdadera si, y sólo si, corresponde con un hecho o con un estado de cosas objetivamente existente³³¹. Por otro lado tenemos a su teoría rival, ésta es la “teoría de la verdad como coherencia”, para la cual una creencia es verdadera si, y sólo si, es integrante de un sistema de creencias que se acepte y sea coherente, consistente y comprensivo³³² (esta última teoría la veremos por separado en el próximo subcapítulo).

KANT, en su *Crítica de la razón pura*, decía que “Por muy inocente que se crea al idealismo respecto a los objetivos esenciales de la metafísica, sigue siendo un escándalo de la filosofía y del entendimiento humano en general el tener que aceptar sólo por fe la existencia de las cosas exteriores a nosotros [...] y el no

³³¹ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 135.

³³² STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 135.

saber contraponer una prueba satisfactoria a quien le ocurra dudar de tal existencia”³³³.

Acabar con este escándalo fue precisamente el objetivo de George Edward MOORE (1873-1958), quien dedicó medio siglo a demostrar la existencia de un mundo exterior que debía ser demostrado. KANT decía, sin embargo, que existe sólo lo que podemos demostrar que existe, mientras MOORE aseveraba que eso es falso, que incluso podemos tener un conocimiento completo de la existencia de algo que no podemos demostrar³³⁴ (como por ejemplo los *quarks*, que veremos al final de este capítulo).

De esto se trata entonces la verdad, de demostrar que nuestras representaciones o creencias son reales, y reales en cuanto al mundo exterior, el cual debe ser comprendido, explicado y constatado.

ENGEL define con simpleza la verdad-correspondencia en los siguientes términos: “*la correspondencia con la realidad o con los hechos con aquello que se cree verdadero*”³³⁵ Es decir, si lo que creemos que es verdadero corresponde con la realidad, por consiguiente, es verdadero, sin importar criterios subjetivos, por que la norma madre de la verdad-correspondencia es la objetividad de lo constatado.

³³³ KANT en HAUSKELLER, Michael, *Pienso, pero... ¿existo?, Viajes fantásticos a través de la Filosofía*, op. cit. pág. 71.

³³⁴ HAUSKELLER, Michael, *Pienso, pero... ¿existo?, Viajes fantásticos a través de la Filosofía*, op. cit. pág. 71.

³³⁵ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 25.

Recordemos aquella frase clarividente de ARISTÓTELES que fue citada en el subcapítulo sobre la Metafísica: “*No porque creamos que tú eres blanco, eres blanco en efecto, sino porque eres en efecto blanco, y al decir nosotros que lo eres, decimos la verdad*”³³⁶. Esto no es más que verdad-correspondencia y está claro: alguien es blanco porque es blanco sin importar subjetivamente lo que se pueda decir. Por eso ENGEL cuenta que ARISTÓTELES decía que la verdad y el error no están en las cosas, sino en el pensamiento³³⁷.

Sorprendentemente, en la Edad Media, época oscurantista en todo sentido, en que tanto la filosofía como la ciencia se estancaron por completo –por no decir que retrocedieron por completo–, se acertó al definir la verdad, por cuanto decían: *veritas est adaequatio rei et intellectus sive enuntiationis*, esto es, la verdad es la adecuación del enunciado a la cosa³³⁸.

Incluso TOMÁS DE AQUINO decía que “*lo verdadero es lo que es [...] lo verdadero y el ente no son diferentes bajo ninguna relación [...] Son, en consecuencia, por completo idénticos [...]*”³³⁹ Además, muy inteligentemente agregaba que la relación entre el intelecto y el ente es “*una relación de concordancia entre este y aquel [...] He ahí lo que se denomina “adecuación del intelecto a la cosa*”³⁴⁰”

³³⁶ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 271.

³³⁷ ENGEL, PASCAL, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 26.

³³⁸ HEIDEGGER, Martin, *De la esencia de la verdad, Sobre la parábola de la caverna y el Teeteto de Platón*, op. cit. pág. 19.

³³⁹ *Questions disputées sur vérité*. (Q. 1, 1-2, 8-9), en IMBACH R., y MÉLÉARD M. H., *Philosophes médiévaux*, Plon, colección 10/18, París, págs. 1 – 80, obra citada en ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 26.

³⁴⁰ *Questions disputées sur vérité*. (Q. 1, 1-2, 8-9), en IMBACH R., y MÉLÉARD M. H., *Philosophes médiévaux*, Plon, colección 10/18, París, págs. 1 – 80, obra citada en ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 26.

Para HEIDEGGER ser verdadero significa coincidir, es decir, la verdad es coincidencia, o mejor dicho, correspondencia. “*La verdad es la coincidencia, fundada en la rectitud, del enunciado con la cosa*”³⁴¹. HESSEN también decía que “*la verdad del conocimiento consiste en la concordancia del contenido del pensamiento con el objeto*”³⁴².

HEIDEGGER considera que la verdad misma no es algo último, sino que aún queda bajo una necesaria capacitación, al igual que el mismo concepto de ser y no ser³⁴³. Por eso el filósofo alemán sostiene que originariamente «verdadero» no es el enunciado sobre un ente, sino el ente mismo³⁴⁴.

Para aclarar, cuando se dice que un predicado es verdadero se expresa una propiedad relacional. No obstante, FREGE, el fundador de la filosofía analítica, nos quita el velo de la simplicidad de la verdad–correspondencia y nos plantea la dificultad práctica que ésta significa: hay ocasiones en que el predicado (la representación) y el objeto real deben ser diferentes. Expliquémoslo mejor: una verdad no puede ser absoluta a menos que las cosas en concordancia coincidan, es decir, que no sean de naturaleza diferente; se debe poder comprobar la veracidad del predicado con un opuesto, así, para probar que un billete es auténtico se lo debe comparar con un billete auténtico, pero para esto también se lo debe contrastar con uno falso³⁴⁵. ¿Por qué? Porque si no hay «auténtico» sin «falso», es simplemente la complicación de la verdad–correspondencia usando la

³⁴¹ HEIDEGGER, Martin, *De la esencia de la verdad, Sobre la parábola de la caverna y el Teeteto de Platón*, Lecciones del semestre de invierno de 1931/32 en la Universidad de Friburgo, Trad. CIRIA, Alberto, Herder Editorial, Barcelona, 2007, págs. 14 y 15.

³⁴² HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, Trad. GAOS, José, Editorial Losada, Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento, Buenos Aires, 2006, pág. 125.

³⁴³ HEIDEGGER, Martin, *De la esencia de la verdad, Sobre la parábola de la caverna y el Teeteto de Platón*, op. cit. pág. 113.

³⁴⁴ HEIDEGGER, Martin, *De la esencia de la verdad, Sobre la parábola de la caverna y el Teeteto de Platón*, op. cit., pág. 118.

³⁴⁵ FREGE, G., *La pensée*, en *Écrits logiques et philosophiques*, trad. IMBERT, C., Seuil, París, 1971, pág. 172, obra citada en ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit., págs. 28 y 29.

teoría de los opuestos. Es un *ying-yang* que complica nuestro ejercicio mental de hallar la correspondencia.

Sin duda, como hemos visto y como veremos cuando establezcamos fórmulas lógicas para encontrar la verdad, la verdad es una norma, y es una norma porque aunque no dependa de nosotros el hecho de que nuestras creencias sean verdaderas, la cuestión de la verdad se plantea en contextos donde debemos creer o saber, es decir, en el contexto del conocimiento³⁴⁶. Cuando decimos «creer» no solo nos referimos a una creencia como algo que se piensa, sino en una representación, esto es, uno puede creer que vio algo cuando en realidad no lo vio, por esto, la norma es que la verdad es independientemente de nuestras creencias.

Utilizando figuras lógicas se ha llegado a crear una fórmula de la verdad, la cual ha sido criticada por su simplicidad, sin embargo, considero que es precisamente su simplicidad la que le dota de objetividad.

La filosofía ha creado una fórmula que inicialmente nos da las pautas para, usando una lógica matemática, poder determinar si algo es o no es verdad. La fórmula a la que hago referencia es bastante famosa y es la siguiente:

Es verdad que p si, y sólo si, p ³⁴⁷.

³⁴⁶ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit., pág. 116.

³⁴⁷ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 139.

La p puede ser remplazada por un enunciado, creencia, conjetura, proposición, predicado, etc., por ejemplo, en lugar de p podemos poner *el agua moja* o creencias más elaboradas como *el veneno, tomando en cuenta el peso y estatura de una persona, suministrado en la dosis correcta, mata*. Entonces, usando la ecuación planteada con estas dos propuestas ejemplificativas, quedaría así:

- a) Es verdad que *el agua moja si, y sólo si, el agua moja*.

- b) Es verdad que *el veneno, tomando en cuenta el peso y estatura de una persona, suministrado en la dosis correcta, mata*. si, y sólo si, *el veneno, tomando en cuenta el peso y estatura de una persona, suministrado en la dosis correcta, mata*.

A nadie le quedará la duda de que el agua moja si, y sólo si, el agua moja, por cuanto mojó el agua, entonces, es indudable que el agua moja. Del mismo modo, si el veneno mató efectivamente conforme a la ecuación propuesta, entonces no cabrá duda que el veneno, tomando en cuenta el peso y estatura de una persona, suministrado en la dosis correcta, mata. Es tan simple como que es verdad que $8 + 14 = 22$ si, y sólo si, $8 + 14 = 22$.

¿Pero realmente es así de simple? Los defensores de esta postura dejaron un cabo suelto, ¡y vaya cabo! Es verdad que *el agua moja si, y sólo si, el agua moja*, pero ¿y cómo se efectivamente que el agua moja? Es decir, ¿cómo puedo estar seguro que la segunda parte de la ecuación, esto es, la confirmación de la conjetura, es real? “Simple”: si es que moja.

Esto se resuelve desde la ciencia a través de peritajes técnicos que deben ser judicializados, es decir, comprobando químicamente que un cuerpo sólido se encuentra impregnado o cubierto de H₂O.

O debemos ahogarnos al puro estilo de los escépticos y sostener que no se puede saber que algo moja porque tal vez creemos que algo moja cuando está mojado y, sin embargo, es una apariencia irreal porque está seco. Ponerse en este plano significa negar nuestra propia existencia y si de enloquecer se trata y por lo tanto si de negarlo todo se trata, entonces, tal vez esta tesis doctoral no está siendo escrita y todo se trata de un sueño. Así no se puede vivir y debemos huir de posiciones irracionales.

Las cosas son lo que son si han sido vividas, contrastadas y comprobadas y para eso está la ciencia, de la cual puede escapar quien voluntariamente quiera vivir de fantasías. Esto no hace más que ratificar la aplicabilidad de la teoría de la verdad-correspondencia por cuanto: es verdad que Juan es calvo si, y solo si, Juan es calvo, por lo mismo la fórmula incorpora una doble referencia: un creer - o un decir- y una confirmación de eso que objetivamente hay en el mundo con respecto al decir o a la creencia³⁴⁸; confirmaremos que Juan es calvo si, y solo si, realmente es calvo.

Con al afán de reforzar la teoría de la verdad-correspondencia sin temor a pecar en lo reiterativo y en lo obvio, usemos las preguntas que se hace STRAWSON: “¿Cuáles son ahora mis razones para pensar que el nombre de mi hija mayor es Julia, que la palabra francesa para conejo es «lapin» o que

³⁴⁸ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 141.

Napoleón fue derrotado en Waterloo?”³⁴⁹ Simple, determinando si la creencia “corresponde” con la realidad objetiva del mundo, esto es, verificando primero si STRAWSON tiene o no una hija, y si la tiene, acudiendo al Registro Civil del Reino Unido y verificando si su hija se encuentra registrada como “Julia Strawson”; acudiendo a un diccionario español-francés y verificar si la traducción español-francés de conejo es *lapin*; y visitar un museo de historia dedicado a las guerras napoleónicas, tanto en Francia como en Inglaterra, y verificar quien ganó ese triste día en Waterloo la guerra. ¿Y si los historiadores conspiraron contra nosotros y Napoleón es un mito? Entonces sumémonos en la ignorancia porque todo podría ser un mito. Si no creemos en las evidencias científicas que nos aporta la ciencia entonces nuestra existencia es una ficción sin sentido. Comprensible es dudar de la existencia de Jesús por ausencia absoluta de evidencias, más no de aquellos cuya existencia y trayectoria se encuentra demostrada. Hay que huir del escepticismo.

WRIGHT sostiene que, en todo caso, para que un predicado pueda ser considerado como verdadero, entonces, al menos, debería satisfacer los siguientes requisitos concurrentemente³⁵⁰:

- a) Afirmar un enunciado es presentarlo como verdadero.
- b) p es verdadero si y sólo si p .
- c) Los enunciados susceptibles de ser verdaderos tienen negaciones susceptibles de ser verdaderas.
- d) Ser verdadero no es lo mismo que estar justificado.
- e) Ser verdadero es corresponder con lo hechos.

³⁴⁹ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 147.

³⁵⁰ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. pág. 90.

Para WRIGHT esto construye el minimalismo, que es la búsqueda de la verdad mínima, que a diferencia de cualquier concepto coherencista (que veremos en el siguiente subcapítulo), escapa de toda creencia subjetiva, por cuanto se rige por los siguientes principios:

1. *Principio de estabilidad*: un enunciado verdadero es estable: no deja de ser verdadero si aumentan las razones para justificarlo³⁵¹.
2. *Principio de convergencia*: un enunciado verdadero es tal que las opiniones de quienes lo consideran verdadero convergen³⁵².
3. *Principio de independencia*: un enunciado verdadero debe poder ser explicado por hechos que sean independientes de los medios que tenemos para afirmarlos o de nuestras propias representaciones³⁵³.

En fin, la verdad-correspondencia nos plantea una solución –por no decir “la única solución”– para identificar lo verdadero, esto es, verificar si lo que percibimos –en nuestra mente– corresponde de forma completa y total con el mundo exterior. Si corresponde totalmente con el mundo exterior entonces es verdadero lo que percibimos, si corresponde de forma incompleta entonces lo internamente percibido es sólo una apariencia, y si completamente no corresponde, entonces, nuestra percepción es falsa. Esta, lo adelanto, es la solución y la fórmula de la verdad, todo el resto es fantasía, imaginación.

³⁵¹ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 91.

³⁵² ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 91.

³⁵³ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 92.

D) Verdad-coherencia

Recordemos que al iniciar al anterior subcapítulo decíamos que la teoría de la verdad como coherencia sostiene que una creencia es verdadera si, y sólo si, es integrante de un sistema de creencias que se acepte y sea coherente, consistente y comprensivo.

Los defensores de la verdad-coherencia parten de que ver una situación o una cosa como un “hecho” es irrefutablemente juzgar e interpretar y nuestros poderes conceptuales impregnan y condicionan nuestras experiencias³⁵⁴. En este sentido cabe preguntarnos: si la realidad, los hechos, no son independientes de nuestras creencias y de nuestros juicios ¿qué es lo que constituye la verdad de nuestras creencias y de nuestros juicios?³⁵⁵ Es importante formularnos esta pregunta por cuanto al estudiar la verdad-coherencia se concluye que para sus discípulos la verdad no es la correspondencia de nuestros juicios con la realidad, sino una concordancia de nuestros juicios y nuestras representaciones entre sí³⁵⁶.

Sin duda, esta rivalidad es irreconciliable por la oposición tan radical de los fundamentos de cada teoría. WITTGENSTEIN sostiene que se puede hacer acopio de ciertas ideas que no son controvertidas entre sí, como por ejemplo:

³⁵⁴ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. pág. 42.

³⁵⁵ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. pág. 42.

³⁵⁶ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. pág. 42.

1. Las creencias de las personas se basan en parte en la experiencia personal de la realidad de la que tratan sus creencias: percepción y memoria que contribuyen a la elaboración de su imagen del mundo³⁵⁷;
2. Una parte de las creencias de un sujeto no tienen como fuente las experiencias de primera mano, sino un desarrollo conceptual procedentes de los informes de terceros³⁵⁸;
3. Hay creencias generales y especiales, pero normalmente las generales se mantienen inmutables, mientras las especiales están sometidas al mundo cambiante de las experiencias³⁵⁹;
4. Las creencias han de poder ser incompatibles con otras creencias por cuanto los conceptos generales son por naturaleza discriminatorios³⁶⁰; y,
5. Tenemos la necesidad de que nuestras necesidades sean coherentes con nuestro sistema de creencias³⁶¹.

Se busca una coherencia y ya no una correspondencia. Por ejemplo, si una realidad objetiva que se percibe en el mundo no es coherente con mi sistema de

³⁵⁷ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 136.

³⁵⁸ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 136

³⁵⁹ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 136

³⁶⁰ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. págs. 136 y 137.

³⁶¹ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 137.

creencias, entonces es falso. HEGEL en este sentido decía que “*lo que es racional es real y lo que es real es racional*”³⁶².

Pongamos un ejemplo práctico: la teoría de la evolución ya no está en discusión, se ha comprobado científicamente que nuestro 185 millones de años tatarabuelo fue una especie de pez, que previo a ser *homo habilis* fuimos *homo erectus* y previo a ser *homo sapiens* fuimos *homo habilis*. Sin embargo, para una persona que profese la religión católica ortodoxamente, esto es falso e incluso absurdo, por que en su sistema de creencias sólo es coherente aquellos enunciados coincidentes con la “teoría de la creación”.

Para entender mejor la verdad-coherencia podemos usar la fórmula de la verdad perteneciente a la verdad-correspondencia y adaptarla a esta teoría:

Es verdad que *p* si, y sólo si, *p* es coherente con un conjunto de proposiciones, juicios o creencias³⁶³.

Sobre esta base, para verificar si un predicado es verdadero debemos hacer previamente un *test interno* de nuestras propias creencias³⁶⁴. En un sentido lógico mínimo deben tratarse de una coherencia lógica, esto es, de la no contradicción de las proposiciones (premisas) con el sistema de creencias propio de cada individuo³⁶⁵.

³⁶² HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Obras, Tomo VII, editada por MOLDENHAUER, Eva; MICHEL, Karl Markus, 1986, pág. 24, obra citada en, Michael, *La libertad institucionalizada, Estudio de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 16

³⁶³ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 42.

³⁶⁴ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. págs. 42 y 43.

³⁶⁵ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 44.

René DESCARTES, uno de los filósofos más afamados de la historia, sin duda debe ser ubicado en la verdad-coherencia, porque a pesar que con su *cogito ergo sum*³⁶⁶ y con su “hipótesis del Genio Maligno”³⁶⁷ nos demostró con facilidad que la primera verdad es que existimos por el sólo hecho de pensarlo, toda su filosofía está basada en la comprobación de la existencia de Dios y de que verdadero solo es aquello que es coherente con su divinidad³⁶⁸. DESCARTES será relevante en la filosofía únicamente por un destello de genialidad de:

Todo el que piensa existe

Yo pienso

Luego, existo.³⁶⁹

ENGEL, afortunadamente, trae noticias devastadoras para los *coherentistas*, y así se derruye a esta cuasi-idealista teoría: si la definición de verdad constituye una coherencia en el seno de un conjunto de proposiciones o creencias que se pueden juzgar, entonces se puede perfectamente hacer que cualquier contenido sea coherente con otros ya que cualquier conjunto de proposiciones que muestre una coherencia interna puede pasar el *test* de la no

³⁶⁶ Pienso, luego existo.

³⁶⁷ DESCARTES sostenía: “Pero ya estoy persuadido también de que no hay nada en el mundo: ni cielos, ni tierra, ni espíritu, ni cuerpos; ¿estaré, pues, persuadido también de que no soy yo? Ni mucho menos; si he llegado a persuadirme de algo o solamente si he pensado alguna cosa, es sin duda porque yo era. Pero hay cierto burlador muy poderoso y astuto que dedica su industria toda a engañarme siempre. No cabe, pues, duda alguna de que yo soy, puesto que me engaña y, por mucho que me engañe, nunca conseguirá hacer que yo no sea nada, mientras yo esté pensando que soy algo. De suerte que, habiéndolo pensado bien y habiendo examinado cuidadosamente todo, hay que concluir por último y tener por constante la proposición siguiente «yo soy, yo existo», es necesariamente verdadera, mientras la estoy pronunciando o concibiendo en mi espíritu”, (en DESCARTES, René, *Discurso del método y Meditaciones metafísicas*, Trad. GARCÍA MORENTE, Manuel, 1^{ra} edición, 1^{ra} reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 40.)

³⁶⁸ DESCARTES, René, *Discurso del método y Meditaciones metafísicas*, Trad. GARCÍA MORENTE, Manuel, 1^{ra} edición, 1^{ra} reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

³⁶⁹ VILLORO, Luis, *La idea y el ente en la filosofía de Descartes*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía, México D.F., 2009, pág. 69.

contradicción, así, cualquier número de enunciados ficticios pueden ser coherentes y tomados como verdaderos³⁷⁰. Veamos el ejemplo de la existencia de Adán y Eva. Sabemos que nunca existieron, sin embargo, correctamente conjugados con un conjunto de creencias, por coherentes se vuelven personajes reales y verdaderos, y ningún ilustrado en el siglo XXI se le ocurriría sostener que la existencia de estos dos personajes es verdadera.

E) Sentido común y experiencia

Existen quienes sostienen que se dan en nosotros dos momentos distintos en la formación de juicios perceptivos:

- 1) *La experiencia sensible*: es la sensación bajo diferentes modalidades, el producto de la influencia del entorno en los sentidos; y,
- 2) *El juicio*: el despliegue de conceptos en la formación de creencias acerca del mundo a partir de esa experiencia sensible³⁷¹.

STRAWSON no concuerda con esta postura porque dice que ambas fases se compenetran más estrechamente de lo que sugiere la imagen³⁷², sin embargo, es la mejor forma de explicar didácticamente las etapas de formación de juicios.

PARMÍNEDES, en el siglo V a.C., sostenía que el conocimiento se obtiene por medio del razonamiento y no de los sentidos. Un siglo antes PLATÓN

³⁷⁰ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 44.

³⁷¹ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 112.

³⁷² STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 112.

afirmaba que los sentidos lo único que hacen es recordarnos realidades sólo accesibles a la razón cuya memoria ya está presente en el alma cuando entra en el cuerpo³⁷³ (*pneuma*). PLATÓN creía que cuando nacemos lo hacemos sin alma, pero cuando respiramos por primera vez ingresa por la nariz el alma, y que dicha alma ya viene cargada de todo el conocimiento, por lo que, en el transcurso de la vida, no adquirimos nuevos conocimientos, sino que a través del empirismo, esto es, de las experiencias vividas, recordamos lo que ya sabíamos, por estar el conocimiento “almacenado en nuestras almas”. PLATÓN basaba esta afirmación en nuestra capacidad de realizar operaciones matemáticas *a priori* sin una experiencia previa en ellas³⁷⁴. ARISTÓTELES rechazó el “recuerdo platónico” y sostuvo que sí llegamos a saber algo, es decir, que efectivamente adquirimos conocimiento a través de las experiencias³⁷⁵. PLATÓN, no obstante, revolucionó la filosofía con su teoría de la “alegoría de la caverna”³⁷⁶, que resultó mucho más racional que su teoría del conocimiento en el alma³⁷⁷.

³⁷³ SHARPLES, R.W., *Estoicos, Epicúreos y Escépticos, Introducción a la filosofía helenística*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía, México D.F., 2009, pág. 25.

³⁷⁴ SHARPLES, R.W., *Estoicos, Epicúreos y Escépticos, Introducción a la filosofía helenística*, op. cit. pág. 25.

³⁷⁵ SHARPLES, R.W., *Estoicos, Epicúreos y Escépticos, Introducción a la filosofía helenística*, op. cit. págs. 25 y 26.

³⁷⁶ PLATÓN para explicar su teoría de la verdad y de las ideas nos expone, como siempre valiéndose de SÓCRATES, una alegoría basada en tres estadios o fases, que sin duda es uno de los aportes más brillantes a la filosofía. **Primer estadio:** hay un grupo de hombres en una caverna, cuya entrada está en la parte superior de la misma, por lo que la luz del día ingresa directamente desde la parte de arriba. Los hombres que están en esta caverna viven ahí desde su infancia, encadenados por las piernas y el cuello, por lo que no pueden girar la cabeza y únicamente pueden ver hacia el interior de la caverna, nunca hacia el exterior, es decir, hacia la entrada/salida. Por el exterior de la caverna, pasan personas cargando distintos objetos, estatuas, figuras, etc. Así, cuando alguien lleva una figura de un caballo, la luz proyecta esta sombra al interior de la caverna, y es precisamente esta sombra la que perciben los hombres de la caverna, por lo que aprenden con los años que dicha forma pertenece a un caballo y por lo mismo, si les preguntan qué es lo que está fuera de la caverna en ese instante, dirán “un caballo”, cuando realmente no saben si se trata de un caballo de verdad, de una estatua o de algo que con la luz aparenta ser un caballo. Es decir, la verdad a ellos les está oculta. Si reflexionamos esto nos enseña que es así como todos aprendemos a percibir las cosas, sabemos qué son pero no conocemos su esencia ni podemos profundizar en ellas; **Segundo estadio:** Los hombres de la caverna rompen sus cadenas y salen de ella, pero el resplandor de la luz del sol (que ni sabían que el sol existía ni saben aún qué es) que cura su insensatez duele, la luz produce deslumbramiento, conforme se adapta la vista a las imágenes borrosas de la realidad resultan traumatizantes, demasiado sorprendidas, por lo que el aterrizado hombre de las cavernas tiene dos opciones, regresar a la caverna y volverse a encadenar a la ignorancia o explorar la realidad.

Para EPICURO y para DEMÓCRITO (a quien se considera que fue el primer “atomista”) la visión de las cosas como forma de adquirir conocimiento tiene que ver con películas de átomos constantemente emanadas por la superficie de cada objeto y que viajan por el aire hacia nuestros ojos (técnicamente se adelantaron hacia lo que hoy se conoce como «fotones»). DEMÓCRITO consideraba que la corriente de átomos procedente del objeto se topaba con una corriente enviada por nuestros ojos y que combinadas producían una imagen en el aire (es decir, entre los ojos y el objeto). Como dato curioso: no era raro que en Grecia se creyera que los rayos de luz provenían de los ojos de la gente³⁷⁸. Estos absurdos se pueden defender solo desde la verdad-coherencia.

Para EPICURO todas las sensaciones son verdaderas, es decir, toda percepción a través de nuestros cinco sentidos. Como ejemplo, podemos decir que cuando vemos un remo vemos un remo porque el remo existe tal y como lo vemos. Pero cuando vemos un remo dentro del agua, vemos un remo doblado, no recto, es decir, vemos una imagen distorsionada del remo. ¿Pero, esa imagen es real? EPICURO diría que sí, por cuanto la imagen distorsionada es la que viaja

Esto básicamente nos demuestra que la verdad duele y que son sólo los valientes quienes se atreven a enfrentarla y comprenderla. Un ejemplo contemporáneo puede ser el de la religión. Cuando a un católico se le demuestra que, por ejemplo, Jesús no existió y las evidencias son abrumadoras, entonces éste tiene dos opciones: o sigue indagando y explora el mundo real o regresa a su caverna y se vuelve a escudar en la ignorancia. **Tercer estadio:** El hombre no regresa a la caverna, espera que el dolor que produce el resplandor cese, poco a poco adapta sus sentidos al exterior de la caverna y por fin consigue ver las cosas como en realidad son, y aprende, correctamente, a llamarlas por su nombre. A esto PLATÓN le llama la interacción con lo “no-oculto”.(HEIDEGGER, Martin, *De la esencia de la verdad, Sobre la parábola de la caverna y el Teeteto de Platón*, Lecciones del semestre de invierno de 1931/32 en la Universidad de Friburgo, Trad. CIRIA, Alberto, Herder Editorial, Barcelona, 2007, págs. 32 a 78).

³⁷⁷ Vale decir que únicamente utilizando la verdad-coherencia se puede defender la existencia del alma, por cuanto esta jamás ha sido comprobada, por lo que, desde la verdad-correspondencia, sin miedo podemos afirmar que el alma no existe.

³⁷⁸ SHARPLES, R.W., *Estoicos, Epicúreos y Escépticos, Introducción a la filosofía helenística*, op. cit. pág. 26.

hacia nuestros ojos³⁷⁹. Reflexionando, la imagen es real pero el remo no está doblado por lo tanto si no somos capaces de comprender como funcionan la física y los espectros de luz, entonces, veremos al remo tal cual como no es en realidad, por lo que EPICURO se equivoca. Un ejemplo moderno en defensa de EPICURO es la cámara fotográfica, que no puede mentir porque representa con precisión la imagen del objeto como lo ve, sin embargo, al contrario de lo que dice SHARPLES³⁸⁰, la cámara toma fotos de imágenes de objetos y no de objetos, por lo mismo, si tomamos una fotografía del remo en el agua, ésta estará distorsionada, y sólo mediante la física podremos demostrar cómo es el objeto real pero que la imagen del objeto es irreal.

Nuestra experiencia sensible se halla impregnada de los conceptos del mundo objetivo, esto es, de cómo son las cosas que determinan la verdad o falsedad de nuestros juicios.³⁸¹ Entonces, inicialmente SCHOPENHAUER tendría la razón: “«el mundo es mi representación»: ésta es la verdad válida para cada ser que vive y conoce [...]”³⁸².

Hay distintas maneras de comprender la estructura ordinaria de nuestro pensamiento, dependiendo de cual sea la variedad de empirismo que se tome en cuenta. Para una de ellas la estructura general de nuestras creencias sobre el mundo ha de entenderse como si fuese una teoría elaborada sobre la base que forma la sucesión de estados subjetivos, es decir, se demanda una “justificación racional”³⁸³; otra postura sostiene que la estructura general de nuestras creencias

³⁷⁹ SHARPLES, R.W., *Estoicos, Epicúreos y Escépticos, Introducción a la filosofía helenística*, op. cit. pág. 27.

³⁸⁰ SHARPLES, R.W., *Estoicos, Epicúreos y Escépticos, Introducción a la filosofía helenística*, op. cit. pág. 25, cita 3.

³⁸¹ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 115.

³⁸² SCHOPENHAUER, Arthur, *El mundo como voluntad y representación*, Trad. ARAMAYO, Roberto R., Vol. I, Fondo de Cultura Económica (cfe), Madrid, 2003, pág. 85.

³⁸³ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit. pág. 124.

no puede ser considerada como una teoría, sino como un modo de pensar con el cual estamos comprometidos de forma natural.

En opinión de POPPER, el mayor escándalo filosófico consiste en que mientras a nuestro alrededor el mundo natural se hunde, los filósofos continúan debatiendo –inteligentemente o no– si el mundo existe o no existe. Se ven envueltos en el escolasticismo y en enredos lingüísticos como por ejemplo en diferenciar «ser» y «existir»³⁸⁴.

“*Toda ciencia y toda filosofía son sentido común ilustrado*”³⁸⁵, dice POPPER; la principal tarea filosófica o científica debe ser la búsqueda de la verdad. Deberíamos intentar ver o descubrir los problemas más urgentes, tratando de resolverlos proponiendo teorías verdaderas o, en cualquier caso, proponiendo teorías que se acerquen más a la verdad que a la de nuestros predecesores³⁸⁶.

Fue Alfred TARSKI quien defendió y refinó la fórmula “es verdad que p si, y sólo si, p , es decir, defendía la verdad–correspondencia por ser esta puro sentido común, esto es: una teoría es verdadera si, y sólo si, corresponde a los hechos³⁸⁷.

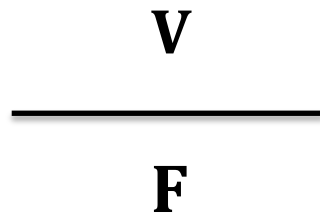
³⁸⁴ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pág. 50.

³⁸⁵ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 51.

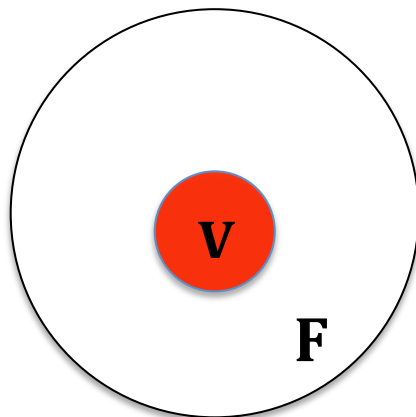
³⁸⁶ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 62.

³⁸⁷ TARSKI, Alfred, *Logic, Semantics, Metamathematics*, Clarendon Press, Oxford, págs. 152-278, obra citada en POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 63.

“Somos buscadores de la verdad pero no sus poseedores”³⁸⁸. TARSKI sostenía que para diferenciar entre algo falso y algo verdadero se debía hacer un análisis sobre su contenido, por lo que, dónde había más verisimilitud, había más verdad que falsedad³⁸⁹, es decir, “la verisimilitud de un enunciado se explica diciendo que aumenta con su contenido de verdad y disminuye con su contenido de falsedad³⁹⁰.” Para entender la verisimilitud y la búsqueda de la verdad podemos graficar -la búsqueda- de la siguiente forma, en la que V representa a la verdad y F a lo falso:



Si cambiamos la distribución para ser más didácticos, tendremos este gráfico:



³⁸⁸ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit., pág. 65.

³⁸⁹ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit., pág. 66.

³⁹⁰ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit., pág. 67.

El objetivo irrenunciable de la ciencia es, metafóricamente hablando, tal cual como si de un juego de dardos se tratara, de acertar lo más posible en la diana (*bullseye*) roja³⁹¹. En la búsqueda de la verdad es importante no interesarnos en trivialidades o tautologías que carezcan de interés intelectual.

Todo conocimiento, incluso las observaciones, está impregnado de teoría [...] Todo conocimiento adquirido, todo aprendizaje, consta de modificaciones (posiblemente de rechazos) de cierto tipo de conocimiento o disposición que ya se poseía previamente y, en última instancia, consta de disposiciones innatas [...] Todo aumento de conocimiento consiste en el perfeccionamiento del conocimiento existente que se modifica con vistas a una mayor aproximación a la verdad³⁹².

Esta es básicamente la postura de David HUME, quien dice que es inútil preguntarnos si hay o no cuerpos, puesto que no podemos dejar de creer que los haya³⁹³.

Existe una tercera postura sobre el discutido empirismo, según la cual todas las nociones constitutivas de nuestro pensamiento general son “construcciones lógicas” de los elementos básicos³⁹⁴.

³⁹¹ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit., pág. 74.

³⁹² POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit., 93 y 94.

³⁹³ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit., pág. 124.

³⁹⁴ STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, op. cit., pág. 124.

1. La inducción de David Hume y los tres mundos de Popper

Para POPPER el sentido común constituye la base de nuestro conocimiento, y critica al sistema de la inducción tan defendido por HUME, teoría que se resume en la frase “nada hay en el intelecto que no haya pasado antes por los sentidos”³⁹⁵.

HAUSKELLER sostiene que la mayoría de nuestras conclusiones son inductivas y no deductivas, así sabemos que los seres humanos son mortales porque ninguno, que conozcamos, ha vivido más de 150 años, por lo que si vemos que mueren y son seres humanos, entonces, sabemos que los seres humanos son mortales³⁹⁶.

La respuesta del sentido común consiste en decir que las creencias surgen en virtud de reiteradas observaciones hechas en el pasado³⁹⁷. Pero HUME rechaza la simplicidad de este enunciado, por cuanto dice que se debe a esto plantear una pregunta lógica (H_L) y una pregunta psicológica (H_{ps}):

H_L : ¿Cómo se justifica que, partiendo de casos reiterados de los que tenemos experiencia, lleguemos mediante el razonamiento a otros casos (conclusiones) de los que no tenemos experiencia?³⁹⁸

³⁹⁵ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 17.

³⁹⁶ HAUSKELLER, Michael, *Pienso, pero... ¿existo?, Viajes fantásticos a través de la Filosofía*, op. cit. pág. 29.

³⁹⁷ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 17.

³⁹⁸ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 18.

HUME niega que exista justificación alguna, por eso defiende la inducción como adquisición de conocimiento³⁹⁹. Pero lo que hace HUME es ignorar el intelecto humano. POPPER, para solucionar el error de HUME, sostiene que hay tres mundos:

Mundo 1: el de los objetos reales;

Mundo 2: el de nuestra percepción sensorial de dichos objetos; y,

Mundo 3: el de las teorías existentes⁴⁰⁰.

Esta teoría de POPPER quizá este basada en los tres criterios de la verdad de EPICUREO según nos narra DIÓGENES LAERCIO:

1. Sensación y sentimientos (placer y dolor);

2. Ideas preconcebidas (*prolêpseis*); y,

3. Aplicaciones a la impresión del intelecto (ésta ultima fue añadida por los seguidores de EPICÚREO, es decir, por los epicúreos)⁴⁰¹.

En definitiva, para responder correctamente a la pregunta lógica de HUME (H_L) debemos considerar estos tres mundos y decir que los casos reiterados son objetivamente el primer mundo, nuestra observación de ese primer mundo es el segundo mundo, y para razonar y predecir otros casos de los que no tenemos experiencia usamos el tercer mundo.

Ahora bien, aun nos queda ver cual es la pregunta psicológica de HUME:

³⁹⁹ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 18.

⁴⁰⁰ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. págs. 133 – 183.

⁴⁰¹ SHARPLES, R.W., *Estoicos, Epicúreos y Escépticos, Introducción a la filosofía helenística*, op. cit. pág. 34.

H_{ps}: ¿Por qué, a pesar de todo, las personas razonables esperan y creen que los casos de los que no tienen experiencia van a ser semejantes a aquellos de los que tienen experiencia? Es decir, ¿por qué confiamos tanto en las experiencias que tenemos?⁴⁰²

La respuesta de HUME es que esto responde a la costumbre o hábito ya que estamos condicionados por las “repeticiones” y por el mecanismo de “asociación de ideas”, mecanismo sin el cual –sostiene HUME– difícilmente sobreviviríamos. HUME nuevamente se equivoca y debemos otra vez aplicar la teoría de los tres mundos de POPPER. Estoy de acuerdo que la conclusión lógica a la que se llega puede incidir en nuestra supervivencia, sin embargo, es importante notar que no es en el fondo un verdadero ejercicio lógico, por cuanto los animales no reflexionan, sin embargo, también les es aplicable este tipo de preguntas, con ligeras variaciones:

H_{LA}: ¿Cómo se justifica que, partiendo de casos reiterados de los que los animales tienen experiencia, lleguen a predecir otros casos (conclusiones) de los que no tienen experiencia?

H_{psa}: ¿Por qué, a pesar de todo, los animales saben que los casos de los que no tienen experiencia van a ser semejantes a aquellos de los que tienen experiencia? Es decir, ¿por qué confían tanto en las experiencias que tienen?

A dónde voy, a que los animales también saben que el sol va a salir mañana porque todos los días de su vida, reiterada e ininterrumpidamente, éste ha salido cada mañana. Otra cosa es que no lo comprendan y que no puedan

⁴⁰² POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 19.

reflexionar, esto es, que no saben qué es el «sol» ni que entiendan que viven en la tierra, pero saben que el sol calienta, que da luz y que con él otros animales salen de la oscuridad. Saber no es entender, eso está claro. Cuando en la filosofía uno se refiere al percibir con los sentidos, la referencia es al percibir humano, el cual conlleva una comprensión y reflexión, no así el percibir animal⁴⁰³.

Ahora, debemos rápidamente detenernos en la teoría de la causalidad para entender la adquisición de conocimiento a través de la experiencia: HAUSKELLER nos plantea el siguiente ejemplo: imaginémosnos que un día nos despertamos a eso de las nueve de la mañana y cuando abrimos las cortinas verificamos que el sol no salió. ¿Es esto imposible? No, porque realmente el sol no salió, entonces, no sabemos por qué no salió pero sí sabemos algo con certeza: debe haber una explicación racional y lógica⁴⁰⁴.

Lo dicho significa que estamos conscientes de que todo tiene una causa, y que si algo sucediera sin causa *ergo* supondría que de manera repentina algo puede surgir de la nada, lo cual es imposible *–nihilum nihil fit–* por que la causalidad es una ley de la naturaleza⁴⁰⁵. HUME dirá que la causalidad es una ley psicológica más no natural, por cuanto no porque pensemos que todo siempre tiene una causa realmente tiene una causa; hay cosas cuya causa desconocemos y eventos que podrían ocurrir sin causa. Afortunadamente los avances de la ciencia, sobre todo del siglo XX, han desvirtuado por completo la posición de

⁴⁰³ HEIDEGGER, Martin, *De la esencia de la verdad, Sobre la parábola de la caverna y el Teeteto de Platón*, op. cit. pág. 161.

⁴⁰⁴ HAUSKELLER, Michael, *Pienso, pero... ¿existo?, Viajes fantásticos a través de la Filosofía*, Trad. VILANA TAIX, Vicente, Editorial Diálogo, Colección Tábano, Valencia, 2003, pág. 23.

⁴⁰⁵ HAUSKELLER, Michael, *Pienso, pero... ¿existo?, Viajes fantásticos a través de la Filosofía*, op. cit. pág. 23.

HUME⁴⁰⁶, y las consecuencias cuya causa desconocemos, sabemos que algún día determinaremos.

HUME dividía las percepciones mentales en dos clases o especies, distintas según sus grados de fuerza o vivacidad: 1) Pensamientos e ideas: las menos fuerte o intensas; y, 2) Impresiones: son más intensas⁴⁰⁷, como por ejemplo, el odio o el miedo.

No debemos olvidar que HUME era quien decía que una verdad es que “Un negro o un lapón no tienen noción alguna del gusto del vino”⁴⁰⁸, creía firmemente en los milagros⁴⁰⁹ y sostenía, sin fundamentos, que “No hay número mayor de razonamientos filosóficos desarrollados sobre cualquier tema que los que demuestran la existencia de una deidad y refutan los falsos argumentos de los ateos [...]”⁴¹⁰ Cuando en realidad no existe un solo argumento coherente y racional que demuestre la existencia de deidades.

Las preguntas (H_L y H_{ps}) aplicadas a humanos son más profundas en la reflexión, por cuanto las experiencias son procesadas conceptualmente para permitirnos hacer conclusiones.

Ahora, pueden haber sobre un sólo hecho varias teorías, entonces, ¿cuál elegir? POPPER sostiene que el teórico que realmente se interesa por la verdad

⁴⁰⁶ HAUSKELLER, Michael, *Pienso, pero... ¿existo?, Viajes fantásticos a través de la Filosofía*, op. cit. pág. 26.

⁴⁰⁷ HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, Trad. DE SALAS ORTUETA, Jaime, Alianza Editorial, 12^{ma} edición, 7^{ma} reimpresión, Madrid, 2012, pág. 42.

⁴⁰⁸ HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, op. cit. pág. 45.

⁴⁰⁹ HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, op. cit. págs. 147 a 173.

⁴¹⁰ HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, op. cit. pág. 192.

debe también interesarse por la falsedad, pues descubrir que un enunciado es falso equivale a que su negación es verdadera⁴¹¹.

2. El conocimiento humano

Sin duda será John LOCK quien con mayor clarividencia nos explique filosóficamente la teoría del conocimiento humano. LOCK escribió una magnífica obra, que debería estar en toda biblioteca personal como un clásico imperdible, llamado *Ensayo sobre el entendimiento humano*, dedicado a Thomas Earl de Pembroke y Montgomery.

A diferencia de lo que sostenía PLATÓN, LOCK sostuvo que no hay principios innatos en la mente, o principios primarios, por cuanto todo lo que sabemos lo adquirimos desde las experiencias vividas⁴¹². El autor inglés nos plantea que estos principios no están impresos en el alma porque los desconocen los niños, porque es inteligible que se imprima algo en la mente sin que hay una mente que lo perciba, además, dice, que un hombre puede vivir mucho y morir en la ignorancia de muchas verdades que su mente fue incapaz de conocer⁴¹³. Un niño no sabe que tres más cuatro es igual a siete hasta que aprende a contar hasta el siete y hasta que posee el nombre y la idea de la igualdad, y sólo así puede percibir dicha verdad⁴¹⁴.

⁴¹¹ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 30.

⁴¹² LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O'GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, México D.F., 2013, págs. 21 y 22.

⁴¹³ LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O'GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, op. cit. págs. 23 y 24.

⁴¹⁴ LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O'GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, op. cit. pág. 29.

Los pasos a través de los cuales la mente alcanza distintas verdades se podrían determinar como⁴¹⁵:

1. Uso de los sentidos
2. Aprendizaje de los nombres generales de aquello desconocido percibido por los sentidos.
3. Razonamiento.

Igual que como que sostiene POPPER, LOCK mantiene que todas las ideas vienen de la sensación y de la reflexión⁴¹⁶. Primero sentimos y percibimos, luego reflexionamos y entendemos.

SARTRE, en este sentido, nos explica que cuando vemos la imagen de Pedro, Pedro es la imagen en nuestra conciencia actual, y en tanto que dicha conciencia se mantenga inalterada, podremos hacer una descripción del objeto tal como aparece en la imagen, pero no de tal objeto *per se*. Para determinar las características de la imagen como imagen deberemos recurrir a la reflexión. Este acto reflexivo de la conciencia es el que permite formular el juicio sobre la imagen⁴¹⁷.

HESSEN plantea que cuando decimos “el sol calienta la piedra” lo hacemos porque vemos que el sol ilumina la piedra y tocamos la piedra y sentimos como se calienta paulatinamente, sin embargo, este juicio presenta un elemento que no está contenido en la experiencia: nuestro juicio no dice meramente que el sol

⁴¹⁵ LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O’GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, op. cit. págs. 28 y 29.

⁴¹⁶ LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O’GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, op. cit. pág. 83.

⁴¹⁷ SARTRE, Jean-Paul, *Lo imaginario, Psicología fenomenológica de la imagen*, Trad. LAMANA, Manuel, Editorial Losada, Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento, Buenos Aires, 2005, pág. 11.

ilumina la piedra y que ésta se calienta, sino que afirma que entre estos dos procesos existe una conexión causal. La experiencia nos revela que un proceso sigue a otro y nosotros, usando la experiencia, agregamos la reflexión, la cual nos permite aseverar que un proceso resulta del otro⁴¹⁸.

Las ideas que tenemos, como parte de nuestro conocimiento, puede ser:

- a. Reales o fantásticas⁴¹⁹.
- b. Adecuadas o inadecuadas⁴²⁰.
- c. Verdaderas o falsas⁴²¹.

El conocimiento está basado, entonces, en el racionalismo⁴²² y en el empirismo⁴²³. HESSEN incluso sostiene que el “intelectualismo” es una de sus bases, que no es más que una mediación entre el racionalismo y el empirismo⁴²⁴. El apriorismo⁴²⁵ debe ser rechazado, que no es más que el opuesto del intelectualismo, esto es, al puro estilo platónico, que el conocimiento se adquiere *a priori* de la experiencia.

LOCK sostiene que las ideas no son *per se* verdaderas o falsas, sino que son falsas cuando: 1. Se juzgan que están de acuerdo con la idea de otro hombre, sin estarlo; 2. Se juzga que están de acuerdo con la existencia real, sin estarlo

⁴¹⁸ HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, op. cit. pág. 56.

⁴¹⁹ LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O’GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, op. cit. págs. 356 – 359.

⁴²⁰ LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O’GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, op. cit. págs. 359 – 368.

⁴²¹ LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O’GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, op. cit. págs. 368 – 380.

⁴²² HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, op. cit. págs. 57 – 63.

⁴²³ HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, op. cit. págs. 63 – 68.

⁴²⁴ HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, op. cit. págs. 68 – 70.

⁴²⁵ HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, op. cit. págs. 71 y 72.

(verdad-correspondencia); 3. Se juzgan ser adecuadas, sin serlo (verdad-coherencia)⁴²⁶. Sin embargo, debemos cuidarnos de no crear una imagen irreal, es decir, debemos constatar que coincidan con el mundo exterior⁴²⁷.

Nuestro conocimiento se refiere a nuestras ideas, pero el conocimiento en realidad es la percepción del acuerdo o desacuerdo de dos ideas, dicho acuerdo podrá ser de cuatro clases⁴²⁸:

1. Identidad o diversidad
2. Relación
3. Coexistencia o conexión necesaria.
4. Existencia real.

Por último, LOCK diría que, para cometer un error frente al conocimiento o frente a lo que sea percibe como verdadero, se debe incurrir en al menos alguna de las siguiente causas⁴²⁹:

1. Falta de pruebas.
2. Falta de habilidad para emplear las pruebas.
3. Falta de voluntad para usar las pruebas.
4. Falsas medidas de la probabilidad.

⁴²⁶ LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O'GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, op. cit. pág. 378.

⁴²⁷ SARTRE, Jean-Paul, *Lo imaginario, Psicología fenomenológica de la imagen*, op. cit. págs. 175 – 247.

⁴²⁸ LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O'GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, op. cit. págs. 523 – 525.

⁴²⁹ LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O'GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, op. cit. pág. 713.

F) Realismo

El realismo es la corriente que sostiene que ciertas entidades como el mundo exterior, existen independientemente de nuestras representaciones. Esta es ciertamente una tesis ontológica que concierne a la naturaleza de los que “es” y de lo que “existe”⁴³⁰.

La primera pregunta que se formulan los realistas es: ¿El mundo exterior y sus objetos, existen independientemente de nuestras representaciones y además existen independientemente del conocimiento que de ellos tenemos?⁴³¹ La respuesta es que conocer la existencia de algo significa saber que la proposición que informa sobre la existencia es verdadera, y verdadera independientemente con respecto a lo que podamos creer de ella⁴³².

Con esto podemos definir fácilmente al realismo como: “la tesis conforme a la cual los enunciados son susceptibles de ser verdaderos o falsos y tienen condiciones de verdad que trascienden el conocimiento que de ellos podemos tener”⁴³³.

El realismo tiene como acérrimo rival al idealismo (o al anti-realismo), teoría que afirma que el mundo (en el que se encuentra usted que está leyendo

⁴³⁰ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. pág. 18.

⁴³¹ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. pág. 18.

⁴³² ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. págs. 18 y 19.

⁴³³ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. pág. 19.

este párrafo) no es más que una ilusión⁴³⁴. No importa lo que hagamos para que un idealista baje de la nebulosa y ponga los pies sobre la tierra; si creemos que pellizcarlo es la solución, nos equivocamos, pues le dolor que sienta se lo atribuirá al sueño mismo. EINSTEIN decía “no veo ningún peligro metafísico en aceptar las cosas, los objetos de la física, temporales que les corresponden”⁴³⁵.

El gran Winston CHURCHILL, que además de ser un extraordinario político, militar e historiador, pocos saben que fue un notable epistemólogo, por lo que en honor a esa también virtud de quien fuera Primer Ministro Inglés, vale la pena citar lo que acertadamente decía sobre las fantasías de los idealistas:

Uno de mis primos que tuvo la gran suerte de recibir una educación universitaria, solía darme lata con argumentos para demostrar que nada existe si no pensamos en ello. Siempre me tranquilizaba con el siguiente argumento que había ingeniado para mí mismo hace muchos años: ahí está el gran sol que, al parecer, no tiene más base que nuestros sentidos físicos. Pero afortunadamente, a parte de nuestros sentidos físicos, hay un método para comprobar la realidad del sol. Los astrónomos predicen con las matemáticas y la pura razón que una mancha negra lo atravesará un día determinado –se refiere a un eclipse lunar–. Ustedes miran y el sentido de la vista indica inmediatamente que sus cálculos están justificados. Tenemos lo que en cartografía militar se llama «un poste de referencia». Hemos logrado un testimonio independiente de la realidad del sol. Cuando mis amigos metafísicos me dicen que los datos que emplean los astrónomos para sus cálculos se obtienen necesaria y primariamente mediante la evidencia de los sentidos, yo respondo, «No». Teóricamente, podrían obtenerse en cualquier caso con calculadoras astronómicas puestas en marcha mediante la recepción de señales luminosas, sin intervención de alguien a ningún nivel de los sentidos humanos. Yo afirmo enfáticamente que el sol es real y que además está

⁴³⁴ POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 56.

⁴³⁵ EINSTEIN, Albert, *Remarks on Bertrand Russell's Theory of Knowledge*, en SCHILPP, P.A., *The Philosophy of Bertrand Russell*, The Library of Living Philosophers, Vol. V., 1944, págs. 29 y sigs., obra citada en POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 61.

caliente, de hecho tan caliente como el infierno y, si los metafísicos lo dudan, que vayan y lo vean⁴³⁶.

Entonces, sin necesidad de elaborar un subcapítulo autónomo para analizar el “anti-realismo”, tenemos a esta otra tesis como la corriente antónima del realismo. Podemos definir al anti-realismo como “la tesis según la cual los enunciados de ese campo tienen condiciones de verdad relativas a nuestro conocimiento o nuestras aserciones”⁴³⁷.

Hagamos una pregunta didáctica esclarecedora: ¿Antes de que sea descubierto el Monte Everest, de 8,800 metros de altura, cual era la montaña más alta del mundo? La respuesta es de hecho bastante sencilla: la montaña más alta del mundo antes de que sea descubierto el Monte Everest era pues, precisamente, el Monte Everest. ¿Por qué? Por que descubierto o no, siempre existió, por lo que siempre fue el más alto ¿O es acaso que los electrones, protones y neutrones no existían en Mesopotamia?

No obstante, cuando sacamos a colación los conocimientos científicos es cuando el realismo, tal y como lo conocemos, puede tambalear. Por ejemplo, si la discusión radica sobre si la mesa existe o no existe y realmente existe, entonces existe. La discusión podría versar también, sobre si existe o no existe aun cuando no la conocemos, y la conclusión será que si realmente existe, es decir, si entre la percepción y la realidad hay correspondencia, entonces existe. Ahora bien, la ciencia nos genera un problema: todos estaremos de acuerdo de que la mesa es un objeto sólido, es decir como materia sólida. ¿Por qué? Porque es dura, la

⁴³⁶ CHURCHILL, Winston, *My Early Life -A Roving Commission-*, Hamlyn Publishing Group de Odhams Press, Londres, 1947, págs. 115 y sigs., obra citada en POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pág. 61.

⁴³⁷ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 19.

podemos topar, difícilmente la podemos romper y en fin, cumple con las cualidades de ser sólida. Sin embargo, la ciencia ha determinado que una mesa (de madera común y corriente) es, en su mayor parte, espacio vacío: la distancia entre los átomos es inmensa⁴³⁸. Por esto Wilfrid SELLARS niega rotundamente que haya mesas tal y como normalmente las concebimos⁴³⁹.

G) Relativismo

El relativista no necesita sostener la tesis radical según la cual la palabra “verdadero” no significa nada ni tiene sentido alguno en el lenguaje común o en el científico⁴⁴⁰.

Lo que sucede es que el relativista afirma que la palabra «verdadero» tiene un sentido y una denotación, pero que su sentido es relativo en función de cada individuo, del contexto o de la práctica⁴⁴¹.

El relativista defiende que “verdadero” es un término que asociamos con el contenido de nuestros enunciados o con nuestras teorías personales, para

⁴³⁸ PUTMAN, Hilary, *Las mil caras del realismo*, Trad. VÁSQUEZ CAMPOS, Margarita y LIZ GUTIÉRREZ, Antonio Manuel, Editorial Paidós, Pensamiento Contemporáneo 31, Barcelona, 1994, pág. 41.

⁴³⁹ SELLARS, Wilfrid, *Science, Perception, and Reality*, Atlantic Highlands, Humanities Press, New Jersey, 1963, obra citada en PUTMAN, Hilary, *Las mil caras del realismo*, op. cit. pág. 41.

⁴⁴⁰ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. pág. 12.

⁴⁴¹ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. pág. 12.

expresar así un hecho que aprobamos. Por esto RORTY dice que «verdadero» no es más que un cumplido que dirigimos a nuestras propias aserciones⁴⁴².

Para el relativismo lo que importa no es el sentido profundo de la palabra «verdadero» porque para esta teoría «verdadero» tiene todo menos un significado profundo, sino más bien lo que importaría aquí serían las actitudes psicológicas, los valores y las prácticas que adoptan los individuos o los grupos que consideran como verdaderos ciertos discursos⁴⁴³.

Para el relativismo dos tesis se pueden contradecir y ser verdaderas al mismo tiempo. ¿Cómo es esto posible? El relativista responderá que ambas pueden ser verdaderas porque son relativas a distintas perspectivas. ENGEL dice que este relativismo no es más que otra manera de decir que unos creen una cosa y otros otra⁴⁴⁴, cuando, en realidad, sólo uno puede estar en lo correcto. Claramente la tesis de ARISTÓTELES se contrapone al relativismo cuando sostuvo –y correctamente– que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

En tal virtud, estamos frente a una corriente que considera que «verdadero» es un predicado estimativo, que designa el valor que personalmente le atribuimos a nuestros enunciados⁴⁴⁵. Por consiguiente, la verdad sería relativa, un epifenómeno, una especie de proyección ficticia de los valores y prácticas que

⁴⁴² RORTY, R., *Davidson, le pragmatisme et la vérité*, en *Science et solidarité*, Éd. de l'Éclat, 1991, obra citada en ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. págs. 12 y 13.

⁴⁴³ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 13.

⁴⁴⁴ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 120.

⁴⁴⁵ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 13.

uno mismo predica⁴⁴⁶. HUME por esto decía que el espíritu del hombre se expande sobre el mundo y se modela una objetividad que no es más que producto de nuestra propia y personalísima psicología⁴⁴⁷.

H) Escepticismo

Cogito ergo sum es sin duda una verdad innegable, pues si yo no existiera esta oración no estaría escrita, y si usted no existiera no estaría leyendo esta aseveración, por lo cual, al pensar en la existencia y en la inexistencia ya tenemos una primera certeza: existimos, aunque sea todo lo demás imaginario, nosotros no lo somos, sino no podríamos siquiera imaginar. LOCK sostuvo que el conocimiento que tenemos de nuestra propia existencia es intuitivo⁴⁴⁸.

Sin embargo, existen escépticos que consideran que incluso nuestra propia existencia es bastante dudable. George SANTAYANA tres siglos después de DESCARTES publicó su célebre obra: “*Scepticism and Animal Faith*” (Escepticismo y fe animal), a través de la cual pretendió llevar al escepticismo cuan lejos fuera lógicamente posible.

Para HAUSKELLER «existir» significa mantener relaciones externas espaciales y temporales, y estar sometido a cambios reales⁴⁴⁹, por lo que –según SANTAYANA– el «dato» de pensar y por lo tanto existir no es tal, por cuanto el

⁴⁴⁶ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 13.

⁴⁴⁷ BLACKBURN, S., *Spreading the Word*, Oxford University Press, 1985, obra citada en ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 13.

⁴⁴⁸ LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O’GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, op. cit. pág. 620.

⁴⁴⁹ HAUSKELLER, Michael, *Pienso, pero... ¿existo?, Viajes fantásticos a través de la Filosofía*, op. cit. pág. 19.

pensamiento no existe porque en el momento que es dado no ocupa ni espacio ni tiempo alguno, sino que sólo le puede ser adjudicado un tiempo cuando ya no es dado, es decir, cuando el pensamiento fue⁴⁵⁰.

Con lo dicho, desde el escepticismo el pensar no garantiza la existencia del pensador, por cuanto se podría pensar sin existir, esto es, podría haber pensamientos sin un pensador⁴⁵¹. ¿Cómo? Pues porque mi existencia no es más que un pensamiento y como vimos, el pensamiento no existiría porque no tiene actualmente ni un tiempo ni un espacio.

Para la teoría de “el mundo surgido hace cinco minutos” es perfectamente posible que el mundo hubiere sido creado hace cinco minutos. ¿Y los fósiles? Simple, también fueron creados hace cinco minutos. Por ello, explica Bertrand RUSSEL, la existencia de una idea en la memoria no nos garantiza de que en verdad hubiese existido aquello que creemos que existió⁴⁵².

I) Pragmatismo

El “sistema” pragmático consiste en encontrarle una utilidad y/o éxito a una creencia. Si es útil, es verdad. JAMES sostenía que lo verdadero es lo útil. No se debe ridiculizar por completo la teoría convirtiéndola en una corriente “mercantilista” como algunos han pretendido⁴⁵³.

⁴⁵⁰ HAUSKELLER, Michael, *Pienso, pero... ¿existo?, Viajes fantásticos a través de la Filosofía*, op. cit. pág. 19.

⁴⁵¹ HAUSKELLER, Michael, *Pienso, pero... ¿existo?, Viajes fantásticos a través de la Filosofía*, op. cit. pág. 22.

⁴⁵² HAUSKELLER, Michael, *Pienso, pero... ¿existo?, Viajes fantásticos a través de la Filosofía*, op. cit. p. 36.

⁴⁵³ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, op. cit. págs. 47 y 48.

Hay muchísimas cosas en las que resulta muy útil creer y que sin embargo son falsas, así como hay otras en las cuales es inútil creer y sin embargo son verdaderas. ENGEL dice que inclusive hay muchos casos en la vida en que la ignorancia, la credulidad e incluso la estupidez, resultan más útiles que el conocimiento y la inteligencia⁴⁵⁴, como podría ser la Religión.

Ahora bien, el problema de la teoría pragmatista de la verdad es la subjetividad en el análisis sobre qué es útil y qué no lo es. Esto dependerá, obviamente, de cada individuo, de cada cultura y de cada sociedad, y hay que ser claros en algo que la verdad-correspondencia nos ha enseñado: la verdad es una sola, sobre esta se puede tener distintos puntos de vista, pero objetivamente es única, por lo mismo, la utilidad subjetiva del pragmatismo rompe los esquemas y nos dice que sobre una cosa pueden haber mil verdades, según su utilidad, lo cual es, haciendo un ejercicio lógico, inaceptable.

RUSSELL es claro al establecer que el pragmatismo deforma totalmente el concepto de conocimiento⁴⁵⁵. Así, desde el pragmatismo nuestra fórmula de la verdad se desfigura en la siguiente ecuación (i)lógica:

P₁: Saber que *p* es saber que *p* es verdadero.

P₂: Pero si saber que *p* es verdadero es saber que es útil saber creer que *p*.

C: *p* es útil entonces es verdadero.

⁴⁵⁴ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 48.

⁴⁵⁵ RUSSELL, B., *Essais philisophiques*, Trad. *Philosophical Essays*, Allen & Unwin, Londres, 1984, pág. 173, obra citada en ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 48.

Con esas premisas modelo se generan ejemplos como este:

P₁: Saber que *Juan mató Ramón con tres puñaladas en el cuello* es saber que *Juan mató Ramón con tres puñaladas en el cuello* es verdadero.

P₂: Pero si saber que *Juan mató Ramón con tres puñaladas en el cuello* es verdadero es saber que es útil saber creer que *Juan mató Ramón con tres puñaladas en el cuello*.

C: *Juan mató Ramón con tres puñaladas en el cuello* es útil entonces es verdadero.

¿Y si Juan realmente no mató Ramón con tres puñaladas en el cuello? Sería falso, por cuanto no es útil creer que no lo mató. ¿Se puede construir un caso judicial así? Resulta impensable.

PIERCE defiende al pragmatismo y dice que con esta teoría se puede comprender el vínculo íntimo entre una creencia y la disposición para la actuación⁴⁵⁶. Así, usando la fórmula de la verdad: creer que *p* es verdadero es estar dispuesto a actuar de ciertas maneras y tener hábitos de acción⁴⁵⁷. A esto se le ha dado una denominación anglo, se lo llama *Behaviorismo* (viene de *behavior* que significa «comportamiento»).

Las objeciones al pragmatismo (por no decirle utilitarismo) la han convertido en caricaturesca, por eso intentando reinventarse se ha pretendido

⁴⁵⁶ PIERCE, C.S., *Comment rendre nos idées claires*, en *Textes anti-cartésiens*, traductor: CHENU, J., Aubier, París, 1984, obra citada en ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 49.

⁴⁵⁷ PIERCE, C.S., *Comment rendre nos idées claires*, en *Textes anti-cartésiens*, op. cit. obra citada en ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág. 49.

mejorar la ecuación y decir: una creencia es verdadera si y sólo si, en condiciones ideales, es producto de un método apropiado de investigación, y si es coherente con la totalidad de los datos disponibles en esas condiciones ideales⁴⁵⁸. Sin duda, esta es una aproximación no a una solución al pragmatismo, sino a la elaboración de modelos digna de la Física Cuántica.

Ahora, la sola presencia de la verdad-correspondencia pone en la encrucijada al pragmatismo: si nuestras creencias para ser útiles deben ser revisadas a la luz de la experiencias, entonces esto significa que la realidad de la experiencia es independiente de esta experiencia de un conjunto de experiencias⁴⁵⁹, por lo tanto, sea o no útil o exista o no un método confiable de investigación, la realidad es la realidad *per se*.

Nuestras creencias no son verdaderas porque funcionan, sino que funcionan porque son verdaderas⁴⁶⁰. Por esto para un correspondentista como yo, el pragmatismo y el coherentismo son falsos y circulares. Debe quedar claro: valorar la verdad y darle tal magna categoría no es buscar aquello que es útil de creer, sino valorizar una norma que sea capaz de trascender esos intereses, y que sea, sobre todo, anterior a estos.

50. ⁴⁵⁸ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág.

51. ⁴⁵⁹ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág.

52. ⁴⁶⁰ ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre alguno truismos*, op. cit. pág.

IV. Física y ciencia

Sin duda la filosofía, tan aburrida para muchos pero tan útil para aquellos capaces de reconocerle nuestros cimientos de la razón, nos permite reflexionar y profundizar en abundancia sobre conceptos y corrientes de la verdad, sin embargo, como veremos, el Derecho si bien debe ser dogmática normativizada adaptable, debe apoyarse en otras ciencias, para así ser eficiente y cumplir sus fines. La ciencia, que nace desde cierto punto de la filosofía pero que es una disciplina autónoma de la que depende la supervivencia humana y de nuestro intelecto, es una de esas ciencias que aporta al Derecho de todo el sustento que necesita para que la teoría y la práctica puedan fusionarse en casos concretos.

La ciencia propone una nueva mirada sobre los fenómenos, una actitud cuidadosa, en la misión de investigar el mundo en su realidad objetiva, apoyada en los sentidos, pero también en la razón y su capacidad de explicación⁴⁶¹.

Por eso es importante verificar qué nos dice la ciencia sobre lo que es y no la verdad. Richard DAWKINS -zoólogo y científico de la Universidad de Oxford y sin duda una de las mentes más brillantes del último milenio- explica que los humanos, principalmente, usamos nuestros cinco sentidos para convencernos de qué es real y verdadero, pero que esto nos crea un margen de error, o quizá un vacío perceptivo, por cuanto estaríamos llamando verdadero o real sólo a aquello que podemos detectar directamente con nuestros cinco sentidos⁴⁶².

⁴⁶¹ MUCHINIK, Eva, *Acerca de la verdad*, op. cit. pág. 59.

⁴⁶² DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what's really true*, Black Swan Book, Transworld Publishers, Croydon, 2012, págs. 12 y 13.

¿Qué hay en cuanto a la verdad de la existencia de galaxias a las que no podemos ver usando únicamente nuestra vista? ¿Qué hay en cuanto a las bacterias que son demasiado pequeñas para poder verlas? ¿Podemos decir que no existen porque no las vemos a simple vista? Para esto la ciencia ha creado instrumentos que actúan como extensión de nuestros sentidos –por ejemplo telescopios y microscopios– y al comprender cómo funcionan, podemos tener la certeza de que objetos lejanos, como Plutón, o que organismos diminutos, como las células, existen. Lo mismo sucede con ondas de radio que nuestros ojos no pueden ver, pero existen los instrumentos científicos que nos permiten verlas, estudiarlas y comprenderlas⁴⁶³. Esta es la diferencia entre constatación directa y constatación indirecta, de la cual incluso se sirve en materia penal, la criminalística.

Ahora bien, está claro que nuestros sentidos, sea de forma directa o indirecta (usando instrumentos científicos), nos permiten saber qué existe y por lo tanto qué es real, no obstante, ¿cómo saber si es real que algo existió en el pasado, como los dinosaurios? Simple: a través del uso de nuestros sentidos usando fósiles.

¿Es posible ver el pasado? Por supuesto que sí, y si no lo fuera entonces el Derecho Penal sería puro humo, por cuanto éste, a través de su proceso, busca determinar sucesos pasados para juzgarlos en el presente y sancionar así para el futuro.

Si volvemos al ejemplo de las galaxias descubriremos que el telescopio no es nada más ni nada menos que una máquina del tiempo. ¿Cómo? Simple: las imágenes de lejanas galaxias, como por ejemplo la de las cinco galaxias llamadas

⁴⁶³ DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what's really true*, op. cit. págs. 12 y 13.

Stephan's Quintet, nos llegan a los ojos a través de la luz, y la luz debe viajar desde esas galaxias hasta nosotros para ingresar a por nuestro nervio óptico hasta el cerebro. ¿Cuánto tarda en llegar la imagen de las *Stephan's Quintet* a través de la luz hasta nuestros ojos? Pues tan solo 280 millones de años⁴⁶⁴; es decir, cuando a través de un telescopio vemos a estas galaxias (de hecho podemos verlas a través de un telescopio en este mismo momento), lo que vemos es lo que eran esas galaxias hace 280 millones de años, y tendremos que esperar 280 millones de años para saber cómo lucen el día de hoy. Quizá ya no existan, pero tenemos una certeza: hace 280 millones de años existieron.

La realidad no consiste únicamente en las cosas sobre las que conocemos, sino que la realidad también incluye como “realidad” las cosas que existen o existieron pero que no sabemos que existen o existieron⁴⁶⁵. Por consiguiente, podemos saber que algo es real de tres formas:

1. Detectándolas directamente a través de nuestros cinco sentidos (constatación directa);
2. Usando nuestros cinco sentidos a través de instrumentos especiales (constatación indirecta); y,
3. Creando modelos de lo que podría ser real, probándolos y si a través de ellos podemos crear predicciones comprobadas de aquello que no podemos percibir directamente ni indirectamente, entonces sabemos qué es verdad y qué es falso (constatación por modelos predictores)⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what's really true*, op. cit. pág. 14.

⁴⁶⁵ DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what's really true*, op. cit. pág. 15.

⁴⁶⁶ DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what's really true*, op. cit. pág. 18.

Richard FEYMAN -uno de los más importantes expositores de la física cuántica- sostiene que un sistema no tiene una sola historia, sino todas las historias posibles⁴⁶⁷, por esto los científicos toman en cuenta, para resolver esta paradoja, adoptar un sistema que ha sido denominado como *model-dependent realism*, el cual está basado en la idea de que nuestros cerebros interpretan la entrada de nuestros órganos sensibles haciendo un modelo del mundo⁴⁶⁸.

Cuando este modelo es exitoso explicando eventos, lo confirmamos y se lo atribuimos a los elementos y conceptos que lo constituyen, por lo que a éste le otorgamos la cualidad de “real” o de “verdad absoluta”⁴⁶⁹. Este es justamente el objetivo de la ciencia: crear modelos que puedan predecir el futuro, y si el futuro se ajusta al modelo, entonces el modelo es verdadero.

Así, nadie jamás ha podido ver *quarks*, que se supone que son las partículas de las que están compuestos los protones, sin embargo, se crean modelos de cómo se comportaría un *quark* de ser cierta su existencia, por lo que, como se consiguió hacer modelos predictivos perfectos, entonces se confirma que los *quarks* existen, aunque no sepamos su forma, pero sí su funcionamiento.

Hoy en día la mayoría de científicos coinciden con que una ley de la naturaleza es una regla basada en una regularidad observada que provee la capacidad de predicción. Por ejemplo, observamos que todas las mañanas de nuestras vidas sale el sol, lo que nos permite decir “el sol siempre sale por el

⁴⁶⁷ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, Bantam Books, Transworld Publishers, Germany, pág. 15.

⁴⁶⁸ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit. pág. 16.

⁴⁶⁹ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit. pág. 16.

este⁴⁷⁰, esto es más o menos el sistema del sentido común de POPPER. Ahora bien, esto sólo se aplica a leyes de la naturaleza ya que si la computadora de mi oficina es marca *Apple*, no quiere decir que las computadoras de todas las oficinas son marca *Apple*, por lo que no puedo predecir cuando ingrese a una nueva oficina que tendrá una computadora de tal o cual marca.

Usamos el *model-dependent realism* no sólo para elaborar teorías científicas, sino para a través del consciente y subconsciente entender e interactuar en nuestro diario vivir. Este modelo está basado en cómo percibimos los objetos; en la visión, nuestro cerebro recibe una serie de señales desde el nervio óptico; esas señales no son aquellas imágenes que aceptaríamos de forma gráfica tal cual lo emite una televisión.

Científicamente se ha demostrado que tenemos un “punto ciego” justamente dónde el nervio óptico se une a la retina, por lo que las imágenes que llegan a nuestro cerebro realmente llegan “pixeladas” e incompletas, pero nuestro cerebro, que tiene almacenado ya el modelo del mundo dependiente de la realidad (incluso con capacidad predictora), llena esos espacios vacíos y arregla las imágenes, haciéndonos ver aquello que vemos⁴⁷¹, como por ejemplo, las letras que componen esto que se encuentra leyendo en este preciso momento.

Nuestro cerebro es tan increíble a la hora de crear modelos, que si usáramos lentes especiales que nos hagan ver las cosas al revés, como por ejemplo el techo abajo y el piso arriba, el cerebro, después de un tiempo y para no contradecir el modelo global del mundo que tenemos ya almacenado,

⁴⁷⁰ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit. pág. 39.

⁴⁷¹ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit., págs. 62 y 63.

corregiría esas imágenes y nos haría percibir las nuevamente en posición correcta, esto es, ubicando al techo arriba y al suelo abajo⁴⁷².

Anecdóticamente, hace varios años el Concejo de Monza, en Italia, prohibió a los dueños de mascotas tener peces en peceras redondas porque según éstos, este era un acto de crueldad, ya que los peces, al ver al exterior, por ser el prisma de la pecera curvo, tendrían una visión distorsionada de la realidad. Obviando lo descabellado del ejemplo (pero de la vida real), debemos considerar que incluso la distorsión visual de los peces, en caso de ser pensantes al nivel *homo sapiens*, les permitiría elaborar leyes naturales concordantes y eficientes, esto es, su visión de la realidad no sería ni más ni menos real que la nuestra, ya que desde la observación podrían elaborar predicciones que confirmen sus modelos⁴⁷³.

HAWKING –el gran científico inglés– sostiene que no hay tal cosa como un modelo independiente de la realidad, sino únicamente uno dependiente de la realidad, por lo que la teoría *model-dependent realism* justamente vincula a la realidad con la imagen.

La ciencia clásica está basada en que existe un mundo externo real cuyas propiedades están definidas y son independientes de quien las observa o percibe, como por ejemplo, la existencia de objetos con masa. Lo observado y el observador forman parte de una realidad y verdad objetiva⁴⁷⁴; en otras palabras, si usted ve un grupo de jirafas pastando en su jardín, es porque en realidad hay

⁴⁷² HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit., pág. 63.

⁴⁷³ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit. pág. 53.

⁴⁷⁴ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit. págs. 58 y 59.

un grupo de jirafas pastando en su jardín (siempre y cuando usted no sea clínicamente psicótico). Esto se llama realismo y la filosofía, como se expuso, lo ha estudiado desde hace siglos atrás.

Quienes no son realistas, como hemos estudiado, son “anti-realistas”, que no son más que aquellos que crean una brecha entre el conocimiento empírico y el conocimiento teórico. Por otro lado, consideran que sólo es real lo que se puede ver, por lo que para ellos todo lo observable gracias a un microscopio sería falso. George BERKLEY (1685-1753) incluso llegó a sostener que lo único que existe es la mente y sus ideas, y que todo lo demás es irreal⁴⁷⁵.

Si veo una silla se que existe. Y si salgo del cuarto donde vi la silla, ¿cómo se que sigue existiendo? ¿Y si nunca la he visto, existía? Esto está claro y como se ha demostrado ha sido resuelto por la filosofía y la ciencia, sin perjuicio de que haya quienes quieran defender posiciones ya superadas hace muchos años.

¿Pero, existe una sola teoría matemática, un modelo o un sistema que de forma independiente y autónoma pueda explicar absolutamente todo aspecto del universo? Definitivamente no. Por esto existe la Teoría-M, que es un circuito de todos los modelos existentes, concordantes y coherentes entre sí, que permiten explicar casi todo⁴⁷⁶, pero predecirlo todo.

Ahora bien, existen enunciados certeros que son leyes de la naturaleza, por lo que no admiten argumento en contrario y se consideran una verdad absoluta, y

⁴⁷⁵ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Desgin, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit. pág. 60.

⁴⁷⁶ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Desgin, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit. pág. 77.

otros argumentos que son ciertos e incontrovertibles, pero que tienen un margen de error que hace que no puedan ser llamados ley natural. Al primer caso lo llamaremos “enunciado verdadero e irrefutable” (E_{VI}) al segundo lo llamaremos “enunciado certero” (E_C). Veamos dos ejemplos perfectos sobre esto, ideados concretamente por John W. CARROLL:

E_C : Todas las esferas de oro son en tamaño menores a una milla de diámetro⁴⁷⁷.

E_{VI} : Toda esfera de uranio-235 es en tamaño menor a una milla de diámetro⁴⁷⁸.

Tenemos dos enunciados, ahora bien el E_C es un enunciado certero y parece ser que verdadero, por cuanto usualmente cuando se busca oro, cuando es en excavación de piedra, por cada tonelada de piedra se encuentran 14 gramos de oro, y cuando es fluvial, lo normal es que las esferas de oro tengan un diámetro de 4 milímetros, es decir, un diámetro de 20 centímetros ya sería algo increíble e irreplicable y dudo que alguna vez se hubiere encontrado una esfera con un diámetro mayor a 20 centímetros. Entonces, es cierto E_C , esto es: todas las esferas de oro son en tamaño menores a una milla de diámetro, porque jamás se ha encontrado una esfera de oro que ni siquiera se acerque al 2% de 1.6 kilómetros (1 milla), entonces, aseverar que todas las esferas de oro son en tamaño menores a una milla de diámetro es una afirmación certera, a la que por lo menos nadie se atrevería a refutar. ¿Pero, realmente es verdad este enunciado? No, no es verdad, es simplemente certero, y podemos estar muy seguros de que no existen esferas de oro con un diámetro mayor a una milla, pero igual sabemos que podrían existir, ya que no se ha descubierto ninguna pero físicamente no

⁴⁷⁷ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit. pág. 40.

⁴⁷⁸ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit. pág. 40.

existe impedimento químico ni físico que lo haga imposible, por lo tanto no puede ser E_C considerado una ley de la naturaleza.

Por otro lado tenemos E_{VI} , esto es: «toda esfera de uranio-235 es en tamaño menor a una milla de diámetro». Esta es una aseveración absolutamente verdadera, irrefutable, incontrovertible, es verdad absoluta, por lo tanto es una ley natural. ¿Pero, por qué? Simple: porque la física nuclear nos enseña con certeza absoluta que una vez que una esfera de uranio-235 crece en diámetro más de seis pulgadas (15.24 cm) se autodestruye en una explosión nuclear⁴⁷⁹ (ahora se entiende, más o menos, la utilidad del uranio para construir bombas nucleares o atómicas). Es decir, estamos seguros que toda esfera de uranio-235 es en tamaño menor a una milla de diámetro porque físicamente es imposible que sea mayor que 6 pulgadas, porque si lo intentaría ser, simplemente se autodestruiría y dejaría de existir. Por eso la ciencia representa la luz del conocimiento, porque nos puede dar respuestas reales, verdaderas, cuya verisimilitud es irrefutable y no admite teoría contraria, y como veremos, es justamente a través de la ciencia que se resuelven los problemas penales. Es precisamente de esta ciencia de la que nos debemos agarrar para, cuando es posible, crear teorías del caso y así resolver controversias penales.

Todo puede ser constatado científicamente. Alegar que algo es sobrenatural, o que es un milagro, no sólo significa no explicarlo y no poder explicarlo, sino significa no querer explicarlo⁴⁸⁰, lo cual es imperdonable. Bien decía ARISTÓTELES: “[...] es indigno del hombre no ir en busca de una ciencia a que puede aspirar⁴⁸¹”.

⁴⁷⁹ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, Bantam Books, Transworld Publishers, Germany, pág. 40.

⁴⁸⁰ DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what's really true*, op. cit. págs. 21 y 22.

⁴⁸¹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, op. cit. pág. 47.

La ciencia tiene exactamente el objetivo contrario a los negacionistas del progreso, es decir, no se rinde, crea modelos, hace preguntas, indaga en respuestas. Lo que aparentemente es un “milagro” para quienes no creen en la ciencia sino en la fe como excusa milenaria del retraso y la ignorancia justificada, para la ciencia es un reto, y por tomarse en serio ese reto es que, principalmente, en los últimos 400 años de historia, hemos avanzado tanto en conocimiento objetivo⁴⁸². Por eso Pepe RODRÍGUEZ proclama: “¡Qué cómoda es la fe de esa gente! ¡Les evita leer montañas de libros [...] al tiempo que les hace sentirse seguros y orgullosos poseyendo como capital máspreciado todo lo que ignoran!”⁴⁸³.

¿Que pensarían de un agente investigador de la policía que desconcertado por un asesinato en lugar de intentar resolverlo, por tan difícil que resultare, decidiera decir que es un misterio sobrenatural? Toda la historia de la humanidad y del mundo nos demuestra que aquello que en el pasado se creía sobrenatural - causado por el buen o mal humor de los dioses- o aquello ejecutado por brujas, demonios, espíritus, etc., realmente tiene una explicación lógica, científica y “natural”. No hay razón para creer que aquellos fenómenos o situaciones de las cuales hoy en día la ciencia aún no tiene una explicación sean de origen sobrenatural. Creer eso sería darles la razón a quienes hace 3,000 años desconocían el funcionamiento (incluso la existencia) de las placas tectónicas y por lo mismo atribuían al mal humor de los dioses los terremotos, los tsunamis y erupciones volcánicas⁴⁸⁴.

⁴⁸² DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what's really true*, op. cit. pág. 22.

⁴⁸³ RODRÍGUEZ, Pepe, *Los Pésimos Ejemplos de Dios, Según la Biblia*. Ediciones Temas de Hoy S.A. Madrid. 2008, prólogo.

⁴⁸⁴ DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what's really true*, op. cit. págs. 22 y 23.

V. Toma de postura

Sin perjuicio de que resulte evidente la inclinación filosófica y científica que ha quedado plasmada al alabar ciertas posturas y criticar otras, es importante, para comprensión de cómo se desarrollará el resto de esta investigación, la postura o corriente de la verdad que le dará sustento.

Sin duda, esta ha sido una batalla milenaria por cuanto la guerra se ha fraguado entre distintos bandos que no buscaron que una verdad objetiva prevalezca, sino que sus verdades subjetivas reinen en el mundo. Estas verdades subjetivas han sido patrocinadas por dioses mitológicos, como los dioses griegos o los dioses sobrevivientes, como Alá o Yahveh. Son precisamente los gurús de las creencias religiosas los que han implantado verdades subjetivas absolutas que no permitían argumento en contrario.

Afortunadamente, existieron pensadores que no se conformaron con la simplicidad de la realidad que les era presentada y, tal como lo hizo ARISTÓTELES, optaron por reflexionar y profundizar, sobre todo cuando verificaron que entre sus representaciones internas y el mundo exterior existían diferencias abismales.

No se equivocan aquellos que plantean a esto como inicialmente un problema de semántica conceptual, por cuanto es normal verificar que los seres humanos nacemos, aprendemos y morimos con ideas fijas sobre nuestro vocabulario, éstas son: ponerle a las cosas un nombre sin reflexionar el verdadero significado de aquello que identificamos.

Por esto son pocos los filósofos que rebeldemente quebraron los dogmas de fe y se aventuraron a pensar y descubrir el mundo tal cual como es y no tal cual como se presenta. La batalla entonces, en su punto más crítico se redujo a una lucha entre la verdad-coherencia y la verdad-correspondencia.

Quienes se alinean con la verdad-coherencia tienen como verdades aquello que les resulta coherente de forma global con su propio conjunto de creencias, sin embargo, de forma consciente y/o inconsciente, niegan la realidad objetiva. En tal virtud, quienes creen en la verdad como coherencia niegan la verdad como correspondencia, lo cual conlleva a que guíen sus vidas basados en mentiras, en verdades a medias, o en verdades a suerte. La verdad objetiva y constatable no siempre es coherente y es decisión del ser humano si tiene la valentía de quitarse su propio piso y enfrentar la verdad, renunciando a sus creencias cuando éstas se muestran manifiestamente falsas. Otro camino es optar por vivir sumidos en la ignorancia eterna.

Quienes hemos decidido dar un paso más allá de nuestras propias creencias y adquirir sin miedo verdades objetivas, somos quienes creemos en la verdad-correspondencia: sólo aquello que corresponde con la realidad es verdadero. Es decir, se debe caminar sobre un piso de tierra, no sobre uno de humo. Y esto es precisamente lo que la ciencia y el método científico ha determinado: la verdad objetiva sí puede ser determinada.

Que nunca alcanzaremos a conocer toda la verdad es cierto, pero no intentar conocer toda la verdad es imperdonable. Como siempre repite VACA

ANDRADE citando a ESCRIVÁ DE BALAGUER: “Al que pueda ser sabio, no le personamos que no lo sea”⁴⁸⁵.

Ahora bien, ¿cómo traducimos esta tendencia filosófica al proceso penal? Verificando si al aplicar el Derecho Penal los jueces son capaces de determinar, motivadamente, la diferencia entre la apariencia y la realidad. Al contrario de lo que parece esto no debe resultar tan complicado, por cuanto la dificultad radica en la búsqueda de una verdad histórica, y en Derecho, la verdad histórica es sólo una quimera pretendida por la Justicia, y no es más que la verdad procesal la que debe reinar al dictarse una sentencia. Esto veremos a continuación.

⁴⁸⁵ ESCRIVÁ DE BALAGUER, en VACA ANDRADE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 4ta edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009. También en prólogo de RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La Bipolaridad de Derecho Penal, Derecho Penal del Enemigo y otras clarividencias*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2014.

CAPÍTULO III

LA DECONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD EN LA SIMULACIÓN DELICTIVA

I. Deconstrucción

Después de haber analizado a la verdad como un concepto filosófico que gracias a la ciencia y a sus recursos nos ha permitido acogernos a la corriente que considero la única digna de la racionalidad humana, la verdad-correspondencia, entramos a un conflicto con la verdad, por cuanto, cuando se lleva a la verdad al proceso, la deconstruimos.

El inusual término «deconstrucción» hace referencia al desmontaje de un concepto o de una construcción intelectual por medio de su análisis⁴⁸⁶. En este lineamiento, ya configuramos la noción de verdad y mentira para poder entender cuándo saber si una persona (simulador) hace pasar, a sabiendas, como verdaderos hechos que no lo son, pero cuando llevamos al simulador y su acto al proceso, al igual que con cualquier otro tipo penal del catálogo delictivo, deconstruiremos su misma esencia, porque como se explicará, no importa si hubo o no simulación en la realidad, sino únicamente importa si la simulación se puede o no demostrar, lo que genera que la verdad de los hechos sea una verdad extrajudicial.

En tal virtud, es posible que alguien hubiese dicho la verdad en la realidad, pero que en el proceso se “demuestre” que simuló; o que alguien que en la realidad simuló ser, por ejemplo: víctima, no sea procesado porque se “demostró” que sí lo fue.

⁴⁸⁶ Se usa la palabra «deconstrucción» desde su concepto genérico, el del filósofo posestructuralista, Jacques DERRIDA, y no como el normalmente usado deconstruismo nihilista, al que hace referencia normalmente TARUFFO al hablar de las «teorías irracionales» de la verdad. Ver: TARUFFO, Michele, *La prueba*, Trad. MANRÍQUEZ, Laura; FERRER BELTRÁN, Jordi Marcial Pons, Filosofía y Derecho, Barcelona, 2008, pág. 25.

Nótese que estoy contraponiendo los términos «realidad» y «proceso» como si fuesen opuestos; como constataremos, si bien el proceso judicial se pone en marcha dentro de la «realidad», éste puede o bien rendirle tributo o bien oponerse a la misma, lo que, como conclusión anticipada, nos enfrenta ante un desolador panorama: la Administración de Justicia no es garantía de certeza, mucho menos de verdad.

II. Verdad histórica *versus* verdad procesal

Hagamos un sencillo ejercicio práctico: imaginemos que la “víctima” de un delito de lesa humanidad “cometido” hace varios años asevera haber sido torturada y agredida sexualmente por integrantes del ejército y la policía de un país. Ésta, si en Derecho presumimos la buena fe de quien nos lo narra, será una verdad histórica. No pongamos en tela de duda la credibilidad de la víctima y creámosle; ahora bien, esta víctima fue torturada hace nueve años y tras recientes investigaciones se ha iniciado el proceso penal. En este caso no existen exámenes médico legales y el lugar dónde fue “torturada” ya no existe. Estos delitos son delitos de resultado y deben ser probados: entonces, si creemos a la “víctima” tenemos una verdad histórica que nos plantearía torturas y agresión sexual; sin embargo, no existen pruebas materiales y documentales que procesalmente prueben la verdad histórica, sino tan sólo un testimonio que por si solo no prueba nada. Por consiguiente, la verdad procesal nos dice que no es verdad que hubieren habido torturas y agresión sexual por cuanto no se ha desvirtuado en Derecho la presunción de inocencia que recae sobre los supuestos victimarios.

En este ejemplo tenemos claramente dos verdades: una histórica y una procesal. ¿Cuál debe importarle al juzgador? Esta claro: la verdad procesal.

Podemos incluso llegar a tener un individuo que diga: “sí, yo lo mate, ahora pruébenlo”. Así, inclusive, tendremos seguridad sobre cuál es la verdad histórica pero no podremos condenar al asesino si no podemos tener certeza con una verdad procesal, como por ejemplo si nunca aparece el cadáver, el arma asesina y no hay rastros de sangre; tendremos sólo un desaparecido más con una incógnita ineludible.

RODRÍGUEZ RAMOS define a la verdad procesal como aquella que “[...] se plasma en los relatos fácticos de las resoluciones judiciales dictadas en los procesos penales, que se caracteriza por numerosas notas que le confieren una clara diferencia específica de las restantes, aun cuando por pertenecer al género «verdad» mantenga coincidencias con aquéllos⁴⁸⁷.”

La verdad procesal debe reconstruirse mediante una investigación consistente en recabar medios de prueba, con un total sometimiento a las normas procesales previstas en el ordenamiento jurídico de cada país⁴⁸⁸.

Una de las razones por las cuales se hace la distinción de verdades es que para hallar la verdad histórica se pueden usar todos los recursos disponibles - excepto en casos prohibidos-, mientras que en el proceso penal sólo se permiten usar las pruebas que son adquiridas conforme a la Constitución y al debido proceso. Pero si se sigue el proceso obligatorio descubriremos que básicamente tanto para la verdad judicial como para la extrajudicial, se usan los mismos

⁴⁸⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La verdad y las verdades en el proceso penal. ¿Hacia una Justicia «dependiente» de los medios de comunicación?*, Diario La Ley, No 5585, Sección Doctrina, 11 Jul. 2002, Año XXIII, Ref. D-183, pág. 1506, tomo 5, Editorial LA LEY 2277/2002, PDF, págs. 5 y 6.

⁴⁸⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La verdad y las verdades en el proceso penal. ¿Hacia una Justicia «dependiente» de los medios de comunicación?*, op. cit. pág. 6.

medios de prueba a través del uso de los sentidos: 1. Testimoniales; 2. Documentales; 3. Informáticas; 4. Científicas; etc.

Sin miedo a equivocarnos, resumiendo el párrafo anterior, podemos sostener con certeza que no hay diferencia epistémica sustancial entre la verdad histórica y la verdad procesal⁴⁸⁹.

Así, si queremos saber si un político se encuentra planificando un regicidio y sospechamos que la planificación lo hace a través del teléfono de su oficina, lo más adecuado será usar la tecnología para intervenir sus comunicaciones y si lo hacemos y lo descubrimos, habremos hallado la verdad histórica, empero el procedimiento nos dice que sólo se puede intervenir comunicaciones con orden de Juez, por lo mismo, aunque hallamos la verdad, el Juez tiene la obligación de desechar esa prueba y “fingir” que nada se ha probado.

¿Entonces el debido proceso limita el conocimiento de la verdad? Por supuesto y es su principal detractor, lo cual no es negativo *per se*, por cuanto no se puede buscar la verdad a cualquier precio, no obstante, una cosa es atropellar los derechos humanos fundamentales de una persona como su derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, y otra muy distinta es pasar por encima de ciertos derechos revestidos de protección constitucional pero que al final no son más que meras garantías secundarias, que sí, ponen en jaque la búsqueda de la verdad y consiguen que la verdad procesal sea, a fin de cuentas, limitada, lo que genera que la Justicia sea, irrefutablemente, una ilusión sistemática controlada por reglas y principios.

⁴⁸⁹ TARUFFO, Michele, *La prueba*, Trad. MANRÍQUEZ, Laura; FERRER BELTRÁN, Jordi Marcial Pons, Filosofía y Derecho, Barcelona, 2008, pág. 25.

Hay que recordar que los jueces no resuelven sobre los hechos verdaderos, sino sobre las alegaciones que se defienden como verdaderas por parte de los litigantes; en este orden de cosas, decidir sobre los hechos en materia judicial en realidad significa resolver la incertidumbre y determinar, a partir de los medios de prueba utilizados, si se ha probado la verdad o falsedad de los enunciados⁴⁹⁰, y no de las entidades.

Aplicando la lógica formal judicial: un enunciado es verdadero cuando todas las aserciones relativas a los hechos son verdaderas, mientras que es falsa cuando al menos una de esas aserciones no está probada y, por lo mismo, no corresponde a la realidad de los sucesos descritos. Falso significa total o parcialmente falso⁴⁹¹.

Para el caso español que nos ocupa, la verdad procesal no puede investigarse y confeccionarse en cualquier caso y por cualquier medio. En primer lugar, los hechos que se investigan deberán ser delictivos. En segundo lugar, el Juez instructor primero y el juzgador después, deberán ser los competentes conforme a las siguientes reglas básicas: los hechos tienen que haber acontecido en España o, excepcionalmente, tener su encaje en alguno de los restantes supuestos previstos en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; además, “el órgano jurisdiccional actuante tendrá que ser el territorialmente competente (para los hechos acaecidos en el extranjero lo es la Sala de lo penal de la Audiencia nacional y los juzgados centrales), y en virtud de la gravedad del delito y de su naturaleza, y de la fase procesal en que se encuentre, también la ley determina dicha competencia territorial y funcional. Además los jueces y fiscales habrán de ser imparciales subjetiva y objetivamente, es decir, no incurrir en

⁴⁹⁰ TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. pág. 131.

⁴⁹¹ TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. pág. 222.

causa de recusación o abstención. Los abogados también deben estar al margen de incompatibilidades recogidas en el Estatuto de la abogacía⁴⁹².”

A) La verdad procesal como correspondencia

Es función de los Fiscales y Jueces buscar que la verdad procesal sea lo más cercana posible a la verdad histórica exterior, es ésta precisamente la misión de la Justicia. Julio MAIER, con su característica genialidad, explica que el Derecho Procesal Penal, ante la afirmación de la existencia en el mundo real de una acción u omisión típica, nos muestra el camino para averiguar el contenido de verdad en esa afirmación y en caso de comprobarse (verdad-correspondencia) disponer la reacción represiva determinada⁴⁹³. Entonces, como sostiene GUASP, el Derecho Procesal no tiene el fin de ser un instrumento de satisfacción de pretensiones, sino de ser un camino para acercarnos lo más posible a la verdad⁴⁹⁴.

El contenido de la decisión judicial es verdadera si se corresponde con los sucesos o hechos que realmente ocurrieron en la situación empírica que se expone en la controversia judicial. La función de la prueba es precisamente ofrecer al juzgador conocimientos fundados empíricamente acerca de los hechos jurídicamente relevantes⁴⁹⁵.

De este modo podemos evitar que se genere un error judicial que no es más que un Juez se equivoque en el proceso de conocimiento y llegue a

⁴⁹² RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La verdad y las verdades en el proceso penal. ¿Hacia una Justicia «dependiente» de los medios de comunicación?* op. cit. pág. 6.

⁴⁹³ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, I. Fundamentos, 2da edición, 3ra reimpresión, op. cit. pág. 84.

⁴⁹⁴ GUASP en VÉSCOVI Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 106.

⁴⁹⁵ TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. pág. 28 y 30.

conclusiones erróneas en la comprobación del hipótesis⁴⁹⁶. La equivocación probatoria es la principal fuente del error judicial⁴⁹⁷, sin embargo, también se debe considerar que es indispensable analizar la naturaleza del «conocimiento» judicial como fuente determinante de dicho error.

Cuando estudiamos dentro de la ciencia los métodos de constatación, encontramos que existen: 1) Constatación directa; 2) Constatación indirecta; y 3) Constatación por modelos predictores⁴⁹⁸. Ahora bien, definitivamente el Juez no realiza una constatación directa (pues si lo hiciera se volvería incompetente de conocer la causa), sino una indirecta e incluso una de modelos predictores, por cuanto la actividad cognoscitiva que el Juez realiza es un proceso basado esencialmente en la reconstrucción de hechos pasados de los cuales no tuvo conocimiento directo⁴⁹⁹. El proceso penal está exclusivamente para crear certeza de verdad en el juzgador⁵⁰⁰ y para eso le otorga determinadas herramientas.

FLORIAN nos ilustra cuando establece que el proceso penal agita y patentiza en el esfuerzo que lo estimula e impulsa desde su comienzo hasta la decisión final: comprobar la «verdad real» respecto a determinado hecho⁵⁰¹.

La verdad procesal es, al modo de fórmula, igual a constatación. Esto debe quedar claro, la verdad procesal se aproximará lo más posible a la verdad

⁴⁹⁶ ARENAS SALAZAR, Jorge, *Pruebas Penales*, 1ra edición, 1ra reimpresión, Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, 1996, pág. 37.

⁴⁹⁷ ARENAS SALAZAR, Jorge, *Pruebas Penales*, 1ra edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 39.

⁴⁹⁸ DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what's really true*, op. cit. pág. 18.

⁴⁹⁹ ARENAS SALAZAR, Jorge, *Pruebas Penales*, 1ra edición, 1ra reimpresión, op. cit. pág. 39.

⁵⁰⁰ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El proceso penal*, Tomo I., Edino Jurídico, Bogotá, 1989, págs. 6 - 8.

⁵⁰¹ FLORIAN, Eugenio, *De Las Pruebas Penales*, Tomo I, De la prueba en general, Editorial Temis, Bogotá, 1968, pág. 1.

histórica siempre y cuando ésta corresponda con el mundo exterior, es decir, la verdad-correspondencia como corriente de la verdad es la única garantía que protege a la Justicia.

La verdad también puede cuestionarse en la aplicación de las normas jurídicas a los *hechos verdaderos*, para realizar un correcto y no erróneo juicio de subsunción, al emitir el fallo. La decisión judicial debe basarse en la formulación de una pretensión nacida de oficio o a instancia de parte, que tras una serie de silogismos intermedios, se acaba aceptando o rechazando según lo que se demuestre con la prueba⁵⁰².

B) La verdad procesal como coherencia

Que la verdad procesal esté basada en la verdad-coherencia es pretender el fin mismo de la sociedad, por cuanto no podemos permitir que prime el conjunto subjetivo de creencias de determinado juzgador, sino su buen ojo y cabeza fría para evaluar la verdad incluso cuando ésta difiere radicalmente de su mundo moral e ideológico.

RODRÍGUEZ RAMOS dice que los «hechos probados» son, al menos en el orden lógico, prioritarios a los fundamentos de Derecho y, más exactamente, a la determinación de la norma sustantiva aplicable al caso concreto y posterior juicio de subsunción, positivo o negativo. Sin embargo, también existe un orden psicológico que no es más que aquel que hace que los jueces en ocasiones intuyan el fallo justo –o el más ajustado a sus pasiones– antes de construir el

⁵⁰² RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La verdad y las verdades en el proceso penal. ¿Hacia una Justicia «dependiente» de los medios de comunicación?*, op. cit., págs. 10 y 11.

silogismo de la sentencia. Esto último es precisamente el peligro de la verdad-coherencia⁵⁰³.

¿Qué sucede si un Juez cree que es justo condenar al presunto asesino por cuanto la víctima era una madre de familia que dejó tres huérfanos y el procesado tiene un largo historial de robos, violencia intrafamiliar y consumo de drogas, pero no existen pruebas contundentes en su contra? En este caso existe duda y el Juez debe absolver, le guste o no, por que al Derecho no le debe importar si una sentencia absolutoria es coherente con las creencias del Juez, sino que motivadamente corresponda con lo que fue efectivamente probado. Si las sentencias se elaborarían desde la verdad-coherencia entonces en el caso propuesto el Juez debería condenar.

Nótese que la verdad-coherencia es normalmente la verdad que el abogado litigante, con la misión amoral de ganar, pretende que se implante en el proceso. La verdad-coherencia es la verdad que usan los abogados falaces en su retórica, en la que «persuadir» es el único objetivo.

C) La verdad pública de la Ley

Las normas jurídicas establecen su grado de verdad, es decir, comunican a la sociedad aquello que está bien y está mal. Es común verificar que se confunde la moral con el Derecho Penal. La sociedad cree que si algo no es delito es porque el legislador no lo ha encontrado reprochable, por lo tanto es moral. Este error es muy común.

⁵⁰³ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La verdad y las verdades en el proceso penal. ¿Hacia una Justicia «dependiente» de los medios de comunicación?* op. cit. pág. 1.

Pensar que las disyuntivas morales terminan cuando son codificadas es otro error. Ni la moral debe marcar la tendencia del Derecho Penal ni el Derecho Penal convertirse en un referente de moral codificada.

Las normas proporcionan las vías a través de las cuales transitan útilmente los particulares. En este sentido, la observancia de las reglas establecidas como portadoras de certeza otorga validez y eficacia a los actos de los ciudadanos y su inobservancia determina para ellos una sanción⁵⁰⁴.

Son estas reglas legales y sus consecuencias las que determinan verdades públicas, como por ejemplo el uso de documentos realizados en una notaría o los certificados de propiedad de los ayuntamientos. El hecho de que un notario o que un ayuntamiento otorgue escrituras de propiedad hace que todos veamos como verdadera la propiedad atribuible como derecho real de determinada persona.

D) La verdad judicial

Hemos verificado que la verdad procesal -a las que todo Juez debe pretender llegar- es distinta la verdad histórica. La verdad histórica suele tener una clara complicación: los términos y plazos legales limitan la efectividad de la búsqueda de la verdad histórica, por lo que sólo nos queda la verdad procesal.

Lo que debemos definir entonces es cuál es el fin del proceso judicial. Existen dos corrientes principales:

⁵⁰⁴ LUNA SERRANO, Agustín, *Certeza y Verdad en el Derecho*, Lectio doctoralis, Almería, 2012, PDF, pág. 6.

1. *Fin de establecer la verdad de los hechos*: una decisión de acuerdo con la verdad es el resultado de un acto de conocimiento del juzgador, que tiene que estar fundada en premisas fácticas fiables, y esas premisas deben ser suministradas por los medios de prueba adecuadamente presentados ante el juzgador⁵⁰⁵.
2. *Fin de resolver un conflicto judicial*: la verdad puede ser útil, pero no es más que efecto colateral del proceso cuyo objetivo es resolver la controversia entre dos partes⁵⁰⁶.

Claramente podemos dividir estas dos corrientes en materias jurídicas. Así, la primera es la que debe primar en el Derecho Penal y la segunda en cualquier otra rama del Derecho, por cuanto el Derecho Penal tiene un fin social, o, dicho correctamente, tiene un fin autorreferente comunicativo.

En consecuencia, un proceso en el cual los juzgadores ni siquiera intentan llegar a la verdad es un procedimiento injusto, porque sobre la base del procedimiento yace el objetivo último de llegar a la verdad⁵⁰⁷.

Ahora bien, la verdad procesal debe acercarse lo más posible a la verdad histórica, sin embargo, probablemente nunca la alcance por completo, por este motivo encontraremos que las sentencias están siempre basadas exclusivamente en la verdad procesal, lo que generará un efecto social innegable: lo que en sentencia se resuelva será una verdad judicial.

⁵⁰⁵ TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit., pág. 20.

⁵⁰⁶ TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit., pág. 20.

⁵⁰⁷ TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit., pág. 20.

Si la sentencia dice que Juan mató a Pedro entonces será una verdad pública que Juan mató a Pedro por cuanto procesalmente así se ha demostrado, cuando, en realidad, podría ser que Juan no mató a Pedro y en realidad simuló haberlo hecho. ¿Entonces no representa una garantía de veracidad el contenido de una sentencia? Al parecer debería, pero no necesariamente, sobre todo no mientras los juzgadores sean incapaces de hacer esta reflexión: diferenciar la apariencia de la realidad.

En palabras de TARUFFO todo se resume en los siguientes puntos⁵⁰⁸:

- a. El mundo externo existe en su materialidad empírica.
- b. Un enunciado en el cual se dice que un evento del mundo externo se ha verificado de tal o cual manera es verdadero si aquel evento se ha verificado de tal y cual manera, y es falso -obviamente- en caso contrario.
- c. Un enunciado referido a un evento del mundo externo se considera verdadero si existen razones suficientes como justificación de eso que el enunciado dice en relación con dicho evento.
- d. *Existe* la posibilidad de descubrir, con métodos adecuados y atendibles, la verdad referida a eventos del mundo externo.
- e. El proceso es justo si está sistemáticamente orientado hacia lo producción de decisiones justas.

⁵⁰⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. págs. 230 a 243.

- f. Una decisión es justa si se funda sobre una determinación verídica de los hechos relevantes.

El punto de partida de este problema es que ninguna verdad absoluta es alcanzable –en el proceso– por lo que se toman las decisiones –como veremos posteriormente– sobre una verdad relativa, con lo que se distingue entre prueba y probabilidad⁵⁰⁹, por lo mismo entre verdad y certeza⁵¹⁰.

La sentencia condenatoria o absolutoria suele ser garantía de certeza sobre lo que realmente sucedió, y así se lo percibe socialmente. Es también innegable que la sentencia puede estar equivocada, sin embargo, es precisamente a través la Administración de Justicia cuando se comunica a la población que una verdad ha sido descubierta.

E) La verdad simulada

Las verdades simuladas son verdades putativas cuya credibilidad radica en la verosimilitud de mezclar la exteriorización de lo falso con la ocultación de lo verdadero⁵¹¹.

La verdad simulada es la que tiene lugar cuando se celebra un contrato y en realidad se quiere celebrar otro, por ejemplo, cuando Juan vendió su casa a Pedro en 250,000 euros pero en el contrato hacen aparecer como que se la vendió en 150,000 euros.

⁵⁰⁹ TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit., pág. 20.

⁵¹⁰ En los Estados Unidos de América se desarrolló el “Teorema de Bayes”, que maneja la prueba desde la probabilidad matemática y el resultado se lo determina entre 0 y 1. Véase TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit., págs. 31 y 32.

⁵¹¹ LUNA SERRANO, Agustín, *Certeza y Verdad en el Derecho*, op. cit., PDF, pág. 19.

También podría ocurrir que se simule celebrar un contrato en su totalidad, como hacer aparecer como compra-venta una transacción que en realidad es una donación. Esto sucede todos los días en España como en cualquier otro lugar del mundo.

Esto también puede suceder en el ámbito procesal cuando por connivencia entre las partes una se allana a las pretensiones de la otra. Si recordamos, esto es lo que en Roma se llamaba *prevaricatio*.

F) Verdad versus certeza

Ya vimos en su debido momento la diferencia entre una verdad y una certeza; vimos así el ejemplo de que podemos decir que un enunciado del que podemos tener certeza es que “Todas las esferas de oro son en tamaño menores a una milla de diámetro⁵¹²”, mientras que un enunciado al que podemos calificar de verdadero es que “Toda esfera de uranio-235 es en tamaño menor a una milla de diámetro”⁵¹³.

TARUFFO nos explica que la verdad es objetiva y depende de la realidad de los hechos de los que se habla⁵¹⁴ -es decir, de que se confirme una verdad-correspondencia-. Por otro lado, la certeza es un estado subjetivo, percibida

⁵¹² HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Desgin, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit., pág. 40.

⁵¹³ HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Desgin, new answers to the ultimate questions of life*, op. cit., pág. 40.

⁵¹⁴ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos*, Trad. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 102.

desde la psicología de quien habla o la percibe, y corresponde a un grado elevado de intensidad del convencimiento del sujeto⁵¹⁵.

Una afirmación es verdadera independientemente del grado de certeza del sujeto que la enuncia, por ejemplo, alguien que leyó a Galileo allá en el siglo XVII podría decir “el mundo es redondo y gira alrededor del sol” sin convencimiento, porque sus dogmas religiosos hacen que crea que la tierra es el centro del universo. La afirmación es verdadera sin perjuicio de que quien la enuncia lo haga sin certeza alguna.

Una persona puede tener certeza de algo verdadero, sin embargo, lo verdadero es verdadero –ni más ni menos– sin importar la certeza de quien ciertamente cree en tal verdad⁵¹⁶. Es verdadero sólo si corresponde con la realidad (sigue imperando la verdad–correspondencia).

Lo antes dicho resulta fundamental para verificar esta contienda entre la verdad histórica y la verdad procesal, pues podemos llegar a una conclusión lógica inicial:

P₁: Los jueces administran Justicia basados exclusivamente en la verdad procesal

P₂: La verdad procesal aporta únicamente certeza

C: Entonces, las sentencias están hechas en base a la certeza y no necesariamente de verdad.

⁵¹⁵ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos*, op. cit., pág. 102.

⁵¹⁶ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos*, op. cit. pág. 102.

Este ejercicio lógico es determinante por cuanto nos permite concluir que las sentencias son elaboradas en base a la certeza del Juez, certeza que indistintamente puede estar basada en verdades o en mentiras, por consiguiente, la verdad no es una garantía.

TARUFFO es claro al sostener que “[...] el juez debe valorar las pruebas y, por consiguiente, formar su decisión acerca de los hechos, extrayendo certezas de su íntima convicción, esto es, de una especie de persuasión interior[...]”⁵¹⁷.

El Juez al elaborar su sentencia debe hacerlo en una secuencia lógica⁵¹⁸, esto es:

1. Enunciar hechos principales
2. Enunciar hechos secundarios
3. Enunciar las pruebas
4. Analizar las pruebas
5. Resolver

Ahora, al momento de resolver debe hacerlo en base a lo que en el *Common Law* se conoce como *Warrant*, lo que en español significa «confirmación». El *Warrant* se refiere a la conexión instaurada entre una afirmación hipotética y las pruebas que confirman o no su veracidad⁵¹⁹. Así:

⁵¹⁷ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos*, op. cit. pág. 104.

⁵¹⁸ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos*, op. cit. págs. 233 y 234.

⁵¹⁹ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos*, op. cit. pág. 235.

$$W = P \rightarrow H$$

Ahora, esta operación permite al Juez tener certeza, pero no ser dueño de la verdad. En todo caso, es con lo único que cuenta un Juez, pues es Juez y no historiador, y hasta incluso el historiador alcanza muchas veces grados de certeza que no coinciden con la verdad.

III. La supremacía de la certeza

Este largo capítulo de absoluta necesidad práctica nos ha permitido conocer el método que se debe utilizar -me refiero a la verdad-correspondencia- para alcanzar el conocimiento de qué es verdad y qué no lo es. Es decir, podemos por fin diferenciar claramente a la apariencia de la realidad.

Resulta un poco desalentador verificar que cuando al fin se alcanzó el conocimiento de la «verdad» resultó que ésta es un objetivo quimérico del proceso, por cuanto la verdad le pertenece -en estricto Derecho- a la verdad histórica, mientras que a la Justicia -lamentablemente- sólo compete sustentarse en la verdad procesal.

Podemos concluir, entonces, que quien ejecuta un delito simulado lo hace al oponerse a la verdad, pero que el Juez podrá sancionarlo sólo cuando tenga la certeza de que así lo hizo.

IV. Entonces, ¿qué es simular?

Simular es, entonces, ejecutar un acto voluntario con conciencia de que se reproduce una falsedad, conociendo cual es la verdad y haciendo pasar una apariencia como si de una realidad se tratara, esto, entendiendo y a sabiendas de que aquello que se aparenta no corresponde con la verdad (verdad-correspondencia) pero que sin embargo se simula con la intención de que terceros lo perciban como verdad-correspondencia, induciéndolos a error.

SECCIÓN SEGUNDA
POLÍTICA CRIMINAL Y CONFIGURACIÓN NORMATIVA
DEL DELITO SIMULADO

CAPÍTULO IV
CRIMINOLOGÍA, POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL
LEGISLATIVO

I. Aspectos criminológicos

Previo a estudiar a fondo el delito simulado tipificado en el Art. 457 del Código Penal español, y antes de poder ver su aplicación práctica cuando existen delitos afines que provocan distintos concursos de delitos, es indispensable analizar detenidamente los aspectos criminológicos que sustentan la política penal y criminal que son la base de la tipificación de este delito.

Así, antes de conocer lo que en realidad es el delito simulado, podemos pasar a estudiar tres aspectos principales: por qué se decidió que esta conducta debía ser típica, por qué se le impuso la pena que se le impuso y por qué hay gente que simula delitos, es decir, también verificaremos los móviles del simulador y su perfil criminológico.

En ese sentido, por orden formal explicativo, iniciaremos verificando si el delito simulado se ajusta a la criminología o si su *ratio legis* es una decisión legislativa sin ciencia que la sustente.

Antes de intentar encajar al delito simulado en un cuadro criminológico, debemos orientarnos en un concepto criminológico, por lo que podemos definir a la criminología desde el célebre criminólogo SUTHERLAND, quien decía que la criminología “es el cuerpo de conocimientos sobre el delito como fenómeno social. Incluye dentro de su ámbito los procesos de elaboración de las leyes, de

infracción de las leyes y de reacción a la infracción de las leyes⁵²⁰»; “a la vez, también se ocupa de la extensión del fenómeno delictivo”⁵²¹. En este sentido, SERRANO GÓMEZ concluye que la criminología es la ciencia que se encarga del delito y del delincuente como fenómeno individual y social⁵²².

La criminología tradicional parte de la diversidad del delincuente, considerando el delincuente un ciudadano distinto que responde a un determinado prototipo, siendo un sujeto asocial, que pertenece a una minoría⁵²³.

Por consiguiente, su principal actividad se centra en el estudio de las causas del delito (de explicarlo)⁵²⁴; en las formas de responder al fenómeno delictivo⁵²⁵; y, en la medición estadística del delito⁵²⁶.

⁵²⁰ SUTHERLAND, Edwin Hardin, *Principles of Criminology*, 2da edición, J.B. Lippincott, Filadelfia y Chicago, 1934, pág. 3, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 33.

⁵²¹ SUTHERLAND, Edwin Hardin, *Criminology*, J.B. Lippincott, Filadelfia y Londres, 1924, pág. 11, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 33.

⁵²² SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Introducción a la ciencia del Derecho penal*, UNED, Madrid, 1981, pág. 15, así también en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 33.

⁵²³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Hacia una revisión de los postulados de la criminología tradicional*, Diario La Ley, 1983, pág. 1220, tomo 1, Editorial LA LEY, LA LEY 17905/2001.

⁵²⁴ AKERS, Ronald L., *Criminological theories. Introduction, evaluation, and application*, 3ra edición, Roxbury Publishing Company, Los Angeles, 2000, pág. 12, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 33; también en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 33.

⁵²⁵ DURKHEIM, *La división del trabajo social*, Trad. POSADA, C. G., Akal, Los Berrocales del Jarama, Madrid, 1893, pág. 41, así también en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 35.

⁵²⁶ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 35.

La Criminología científica se inicia en España a finales del siglo XIX con la escuela de Criminología de SALILLAS. Al igual que él, BERNARDO DE QUIRÓS fue uno de los precursores de las teorías de la criminalidad⁵²⁷.

Justamente, en cuanto a la medición del delito en España, se suele recurrir a las estadísticas oficiales del Ministerio del Interior y de la Fiscalía General del Estado⁵²⁸.

En este lineamiento, el delito simulado debería encontrarse dentro de la criminología o ser susceptible de estudio desde la criminología como fenómeno social. Para esto debemos ver, sumariamente, las más destacadas teorías criminológicas y verificar si el delito simulado encaja en alguna de ellas. Por supuesto que deberán ser omitidas las teorías biológicas, por cuanto el simulador, como veremos, es un infractor oportunista biológicamente estable y normal, libre de características patológicas.

A) La Escuela de Chicago

La escuela de Chicago es de principal relevancia en el desarrollo de la criminología, por cuanto fue la que promovió, de manera decisiva, el método científico en cuanto al estudio del comportamiento humano y social⁵²⁹.

⁵²⁷ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 143.

⁵²⁸ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 35.

⁵²⁹ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 119.

Esta escuela parte de la premisa de que la sociedad tiene especial relevancia en los individuos, ya que éstos se mueven en grupos más o menos pequeños e íntimos y se comunican, interactúan y se interrelacionan a través del lenguaje. Es precisamente esta interacción la que influiría en la personalidad de cada individuo y en su conducta⁵³⁰.

1. Ecología humana

En este contexto, la Escuela de Chicago desarrolló la idea de la ecología humana, la cual sería una analogía de ciencia natural que se encarga de las relaciones entre seres humanos en su hábitat⁵³¹. En la ciudad –sostiene la teoría– operan una serie de fuerzas naturales que crean un orden típico en la población, creando sectorizaciones sociales según conductas⁵³².

Ahora bien, iremos notando en el transcurso de este capítulo que las teorías criminológicas se desarrollaron, en general, para estudiar la delincuencia violenta o de común ejecución, por lo que incluso los delitos de cuello blanco, en el transcurso del desarrollo histórico de la Criminología, han quedado excluidos de todo análisis.

⁵³⁰ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit., pág. 120. También así en FARIS, E., *The nature of human nature*, en *The urban community, Selected papers from proceedings of the American Sociological Society*, 1925, Editor BURGESS, E. W., The University of Chicago Press, Chicago, 1926, págs. 26 – 31.

⁵³¹ MCKENZIE, R. D., *The ecological approach to the study of human community*, 1925, págs. 62 – 64, en PARK, R. E., *The city, Suggestions for the investigation of human behavior in the urban environment*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1926, págs. 3 y 4, en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 122.

⁵³² BURGESS, E. W., *The growth of the city. An introduction to a research project*, 1925, pág. 47, en PARK, R. E., *The city, Suggestions for the investigation of human behavior in the urban environment*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1926, págs. 3 y 4, en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 122.

Sobre esta base, será difícil ubicar al delito simulado en la ecología humana, por cuanto, como veremos, el delito simulado depende de la coyuntura que otorgue la oportunidad de simular al falaz denunciador, mas no de un comportamiento social. Además, el ser simulador no es necesariamente un tipo de personalidad que permita la unificación grupal de simuladores, sino por el contrario, éste normalmente actúa solo, por lo que simplemente podemos concluir que en esta primera categoría de la Escuela de Chicago no encaja el delito simulado.

2. *Teoría de la desorganización social*

Dentro de la escuela de Chicago, SHAW Y MCKAY desarrollaron la idea la desorganización social, en la cual sostuvieron que los delincuentes no se distribuyen de manera uniforme por las ciudades, sino que se concentran en determinadas zonas de las mismas⁵³³, analizando las áreas según a) estatus socio-económico bajo; b) alta movilidad de la población; y, c) grupos pertenecientes a minorías.

Esta tesis de la desorganización social está basada en la mezcolanza de grupos nacionales, raciales y culturales en una misma zona urbana, lo cual crea desorganización social en cuanto a las conductas⁵³⁴ y no permite al Estado ejercer un control adecuado.

⁵³³ SHAW, C. R. y MCKAY, H. D., *Report on the causes of crime, II, Social factors in juvenile delinquency*, Government Printing Office, Washington D.C., 1931, pág. 26, en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 125.

⁵³⁴ KORNHAUSER, R. R., *Social sources of delinquency. An appraisal of analytic models*, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1978, pág. 68, en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 127.

Nuevamente, no resulta ubicable el delito simulado, por cuanto el simulador carece de una característica nacional, cultural o racial que lo defina, sino que puede ser cualquier persona que vea la necesidad y oportunidad de denunciar falsamente según los aspectos situacionales que lo definan ante un panorama determinado.

B) Teoría de la asociación diferencial

Esta tesis –que formula SUTHERLAND– se enmarca dentro de criterios similares a la de la Escuela de Chicago, que como vimos, considera que las causas de la criminalidad no se encuentran en características personales de los sujetos, ya sean biológicas o psicológicas⁵³⁵, sino que tienen un origen social⁵³⁶.

De acuerdo con esta teoría el delito es una conducta que, como cualquier otro, se aprende mediante procesos de interacción, de comunicación con otras personas. El punto principal de esta teoría es que una persona se convierte en delincuente debido a un exceso de definiciones favorables a la infracción de la ley frente a definiciones desfavorables a la infracción a la ley⁵³⁷.

En este orden de cosas, SUTHERLAND sostiene que en la sociedad no existe una homogeneidad total sobre si todas las normas deben respetarse o no⁵³⁸,

⁵³⁵ SCHUESSLER, K. F. y CRESSEY, D. R., *Personality characteristics of criminals*, AJS, 1950, pág. 483, en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 131.

⁵³⁶ SUTHERLAND, Edwin Hardin, *Principles of Criminology*, 3ra edición, J. B. Lippincott, Chicago, 1939, pág. 5, en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 131.

⁵³⁷ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 133.

⁵³⁸ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 133.

por lo que, desde el funcionalismo normativo se podría fácilmente sostener que hay delitos que no se han reafirmado como vigentes, por lo que dan confianza de impunidad.

Parcialmente, podemos ubicar al simulador de delitos en esta categoría, por cuanto normalmente ser simulador no es un modo de vida o una conducta habitual tras un proceso de aprendizaje, sino una conducta oportunista en un contexto específico y temporal, empero, podemos tomar la segunda parte de la asociación diferencial, esto es, que el simulador se convierte en tal cuando en coyunturalmente es favorable ejecutar la infracción, frente a la escena de desfavorabilidad.

A pesar de lo mencionado, al no encajar perfectamente es esta teoría, tampoco podemos explicar desde la asociación diferencial al simulador de delitos.

C) Teoría del control social

HIRSCHI desarrolló la teoría del control social⁵³⁹, para la cual la delincuencia no es producida por ninguna causa como la frustración o el aprendizaje, sino que representa una tendencia natural del ser humano, por lo que sería errado preguntar “¿por qué delinquen?”, sino “¿por qué no delinquimos?”⁵⁴⁰»

⁵³⁹ HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, Transaction Publishers, New Brunswick y Londres, 2001, págs. ix – xi, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 139.

⁵⁴⁰ HIRSCHI, T., *Infraction as action: a study of the antecedents of illegal acts*. Ann Arbor, UMI, 1968, págs. 9 y 10, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. págs. 139 y 140.

La respuesta será entonces: no delinquimos cuando existen vínculos significativos entre el sujeto y la sociedad, los cuales controlan la tendencia delictiva⁵⁴¹.

HIRSCHI explica que el vínculo entre el sujeto y la sociedad esta compuesto por cuatro elementos principales⁵⁴²:

1. Apego (*attachment*): un sujeto no respeta las reglas cuando no le importan las expectativas que las personas tienen puestas en él porque carece de apego hacia ellas⁵⁴³.
2. Entrega (*commitment*): el temor que el individuo tienen de las consecuencias que el hecho delictivo puede acarrearle⁵⁴⁴.
3. Participación (*involvement*): mientras mas envuelto y participativo con la sociedad sea el individuo, más difícil será que delinca⁵⁴⁵.
4. Creencia (*believe*): se delinque cuando no se cree en la norma⁵⁴⁶.
Quien cree en la norma respeta el sistema.

⁵⁴¹ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit., pág. 140.

⁵⁴² HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, Berkely, University of Chicago Press, 1969, pág. 18, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 139.

⁵⁴³ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit., pág. 141.

⁵⁴⁴ HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, Berkely, University of Chicago Press, 1969, pág. 18, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. págs. 20 y 162.

⁵⁴⁵ HIRSCHI, T., *Infraction as action: a study of the antecedents of illegal acts*. Ann Arbor, UMI, 1968, págs. 212 – 222, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 142.

⁵⁴⁶ HIRSCHI, T., *Infraction as action: a study of the antecedents of illegal acts*. Ann Arbor, UMI, 1968, págs. 223 – 225, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 142.

Considero, en este sentido, que los seres humanos somos únicamente por necesidad sociales. El contrato social, si bien es un instrumento filosófico, es la existencia real de un nexo entre seres humanos que nos obligó a unirnos, especializarnos y trabajar juntos, no sólo para ser más productivos, sino para sobrevivir de nuestro predador más peligroso: nuestra misma especie⁵⁴⁷.

Gracias a la existencia del Derecho los Estados pueden manifestarse como una entelequia constatable que funciona. Aquello de ceder parte de nuestra libertad para que un sistema de gobierno la administre y nos de certeza, más conocida como seguridad jurídica, es el éxito de que nuestra convivencia sea en la medida de lo posible armónica⁵⁴⁸.

Nuestra naturaleza animal -que algunos creen erróneamente olvidada- nos impulsa a obtener arbitrariamente lo que deseamos, pero el sistema nos cohibe⁵⁴⁹. En este lineamiento cabría preguntarnos: ¿por qué no simulamos delitos?

La respuesta a la pregunta, desde la teoría del control social, sería: porque nuestros vínculos con la sociedad y el sistema nos reprimen y nos hacen respetar el orden constituido. Entonces, ¿el simulador no tiene apego, creencia, entrega y participación? Falso. El simulador fácilmente puede ser una persona con vínculos sociales, pero que en un momento y lugar preciso, se ve en la necesidad de delinquir para obtener algo a cambio. Es decir, el simulador es por naturaleza un

⁵⁴⁷ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La Expansión del Derecho Penal Simbólico*, op. cit. pág. 124.

⁵⁴⁸ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La Expansión del Derecho Penal Simbólico*, op. cit. pág. 124.

⁵⁴⁹ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La Expansión del Derecho Penal Simbólico*, op. cit. pág. 125.

sujeto con vínculos sociales, pero que la oportunidad le hace, temporalmente, ignorar ese vínculo.

Esta teoría fue desarrollada por HIRSCHI justamente para los delincuentes habituales, que delinquen como *modus vivendi* por cuanto nada los ata a respetar el sistema, lo cual no es tampoco el caso de quien simula delitos, así que nuevamente tenemos una teoría criminológica descartada.

D) Enfoques psicológicos

Las teorías psicológicas no pueden ser obviadas al momento de analizar la criminología. Por ejemplo, Freud sostenía que la vida psíquica se encuentra compuesta por tres niveles: el *ello*, en el que se encuentran los instintos primarios, cuya tendencia es la supervivencia; el *yo*, que representa la identidad del sujeto; y, el *súper yo*, donde se instalan los controles de la naturaleza cultural y social así como el desarrollo del consciente⁵⁵⁰.

Las teorías psicológicas han perdido discípulos, pero a pesar de eso, existen importantes psicólogos que siguen defendiendo esta corriente, la cual bajo ningún concepto puede ser evadida. Por ejemplo, FARRINGTON se refiere a la inteligencia, a la hiperactividad, a la impulsividad, al temperamento, a la personalidad, a la moralidad, a la psicopatía y a las habilidades sociales⁵⁵¹, como determinantes al momento de analizar al delincuente.

⁵⁵⁰ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 266.

⁵⁵¹ FARRINGTON, D. P., *Individual differences and offending*, en *The handbook of crime and punishment*, editor: TONRY, M., Oxford University Press, Nueva York y Oxford, 1998, págs. 249 – 258, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 267.

Para WALTERS, el estilo de vida criminal es consecuencia de la influencia de las tres «C's»: condiciones, elecciones (*choices*) y cognición; para el autor las personas nacen y crecen dentro de ciertas condiciones biológicas y en un determinado ambiente, lo cual influye en su comportamiento, pero no hasta el punto de determinarlo, entonces el sujeto es capaz de tomar elecciones, por lo que, dependiendo de las condiciones y las elecciones, se desarrolla en las personas un determinado estilo de pensamiento, esto es, la cognición⁵⁵².

Sería a través de este sistema que se desarrolla un estilo de vida criminal, el cual, desde la línea psicológica, deriva en un estilo de pensamiento característico, el cual está basado -según WALTERS- en⁵⁵³:

1. *Aplacamiento*: culpar a alguna fuente externa de los actos irresponsables ejecutados por uno mismo, como a la policía, al gobierno, a los abogados, a la Justicia.
2. *Corte*: auto-convencerse de que delinquir no tiene efectos negativos, cortando así los efectos preventivos.
3. *Permiso*: sentimiento de tener el permiso o derecho de delinquir por ser justo y necesario.
4. *Orientación hacia el poder*: adoptar la perspectiva de que en la vida se puede únicamente ser fuerte o débil, por lo que si uno no se domina al resto, éste será dominado.

⁵⁵² WALTERS, G. D., *The criminal lifestyle. Patterns of serious criminal conduct*, Sage, Newbury Park, 1990, págs. 8 – 16, 79 – 81, 83 – 90, 97, 100 – 114, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 269.

⁵⁵³ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 270.

5. *Sentimentalismo*: centrarse únicamente en los aspectos positivos de uno mismo, obviando absolutamente los negativos. Por ejemplo matar a alguien y pensar “no importa porque soy una persona caritativa”. Aquí hay un error de apreciación en el análisis de pros y contras.
6. *Super-optimismo*: ser excesivamente optimista sobre el propio futuro, lo cual suele reforzarse cuando se delinque y no es descubierto o procesado.
7. *Indiferencia cognitiva*: ser vago, perezoso, no trabajar ni superarse, por lo que se hipotetiza que sólo delinquiendo la vida deja de ser aburrida.
8. *Discontinuidad*: carecer de carácter para terminar lo que se comienza.

Esta teoría añade un factor muy importante, «la oportunidad»⁵⁵⁴, sin la cual no se delinque.

Si intentamos, hasta este punto, ubicar al simulador de delitos, podemos sostener que claramente es un ser racional que creció en condiciones más o menos normales, y que sin perjuicio de cuales sean estas, puede tomar decisiones (*choices*) según sus aspectos cognitivos, lo cual dependerá de la oportunidad que tenga para hacerlo, basado sobre un móvil impulsador, no obstante, no cumple en un cien por ciento con los todos los elementos señalados por WALTERS.

⁵⁵⁴ WALTERS, G. D., *The criminal lifestyle. Patterns of serious criminal conduct*, Sage, Newbury Park, 1990, págs. 89 y 90, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 269.

E) Enfoque de las actividades rutinarias (el enfoque situacional)

Para la criminología el delincuente es un ser racional, un ser libre para tomar decisiones sobre la base de los costos y beneficios que cada conducta proporciona. Un individuo podrá decidir delinquir cuando los beneficios de infringir la ley supere los perjuicios que hipotéticamente podría ocasionar dicha infracción⁵⁵⁵.

No se debe descuidar que esa percepción de beneficios y costos es una percepción subjetiva de cada sujeto⁵⁵⁶. Obviamente, siempre uno de los costos será la sanción penal⁵⁵⁷ o su mero riesgo.

Los delincuentes toman decisiones racionales, pero no lo hacen dentro de un marco ideal, sino que lo hacen en un contexto de tiempo y conocimiento limitado, con sus propias habilidades cognitivas, por lo mismo, no se puede sostener que las personas somos computadoras que fríamente calculamos todo, sino que nuestra racionalidad es limitada por nuestro innato grado de imperfección⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit., pág. 306.

⁵⁵⁶ CORNISH, D. B. y CLARKE, R. V., *The reasoning criminal: rational choice approaches. Advances 5, Routine activity and rational choice* (editores: CLARKE, R. V. y CORNISH, D. B., 1986, págs. 1 y 2, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 306.

⁵⁵⁷ PATERNOSTER, R. y SIMPSON, S., *Sanction threats and appeals to morality: testing a rational choice model of corporate crime*, L&SR, 30, 1996, págs. 554, 555 y 556, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 306.

⁵⁵⁸ BENNET, T., *Burglars' choice of targets*, en *The geography of crime*, editores: EVANS, D. J. Y HELBERT, D. T., Routledge, Londres y Nueva York, 1989, pág. 177, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 306.

Una vez comprendido que el delincuente es un ser racional, podemos explicar lo que son para la Criminología las «actividades rutinarias»: este enfoque explica que no se puede ejecutar una conducta delictiva si no se tiene la oportunidad para hacerlo. No basta, por lo mismo, estar dispuesto a delinquir, sino que se precisa tener la oportunidad perfecta (a veces algo imperfecta) para hacerlo⁵⁵⁹.

Entonces, el acto delincuencial es fruto de la elección racional del delincuente, quien está decidido a delinquir, pero que sólo pasa a delinquir cuando el objetivo es posible y se presenta, en su conjunto, de forma beneficiosa y rentable⁵⁶⁰

Por ejemplo, a inicios del siglo XX era muy difícil cometer el delito de robo de vehículos automotores, por cuanto casi no habían coches y, además, hacerlo resultaba demasiado notorio. Hoy, a inicios del siglo XXI, es uno de los delitos más comunes⁵⁶¹.

Curiosamente, la Criminología ha tendido a ignorar el factor «oportunidad», empero, este es, para un ser racional que toma decisiones racionales, el factor *sine qua non* para entrar en la fase de ejecución del *iter criminis*, ya que sin oportunidad, las ideas de la fase interna, lo pretendido de las

⁵⁵⁹ EHRLICH, I., *Participation in illegitimate activities: an economic analysis*, en *Essays in the economics of crime and punishment*, editores: BECKER, G. S. y LANDES, W. M., National Bureau of Economic Research, Nueva York, 1974, págs. 77, 104 y 111, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 310.

⁵⁶⁰ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, Estudios de Criminología y Política Criminal, Tomo 27, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 87.

⁵⁶¹ MAYHEW, P., *Opportunity and vehicle crime*, en *Policy and theory in criminal Justice. Contributions in honour of Leslie T. Wilkins*, editores: GOTTFREDSON, D. M. Y CLARKE, R. V., Aldershot, Avebury, 1990, págs. 29 – 31, 35 – 39 y 46, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 310.

resoluciones manifestadas y lo panificado en los actos preparatorios, queda en meras ideas.

En este sentido, SUTHERLAND, afirmó que “los factores inmediatos del comportamiento criminal descansan en el complejo persona-situación”. Por consiguiente, un ladrón puede robar la mercancía de un puesto de fruta cuando su dueño no esté a la vista, y abstenerse de hacerlo cuando lo esté⁵⁶². En este orden de cosas, sí, puede también robar cuando está a la vista, pero el costo sería mayor que el beneficio, por lo mismo, deberá esperar la oportunidad adecuada para que ejecutar el delito sea motivante.

Por ejemplo, un individuo en un situación normal no tiene la más mínima intención de simular un delito, sino que tiene que tener un móvil y los recursos adecuados para hacerlo. Es decir, para el simulador la oportunidad es la situación vivencial que está viviendo, valga la redundancia, que lo guía a simular ser responsable, víctima o denunciar un delito inexistente, por cuanto dicha acción le generará beneficios personalísimos.

Además, como oportunidad, también se debe analizar que, cuando uno verifica que las repercusiones penales son muy poco probables y que en el peor de los casos se archivará o inadmitirá la causa, la oportunidad se vuelve más atractiva.

Para EKBLUM y TILLEY, no basta la oportunidad, sino que el delincuente tenga los recursos, ya sean materiales o personales, necesarios para aprovechar

⁵⁶² SUTHERLAND, Edwin Hardin, *Principles of Criminology*, 4ta edición, J. B. Lippincott, Chicago, 1947, pág. 5, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 310.

dicha oportunidad⁵⁶³. En este sentido, para el simulador el recurso es la posibilidad (y derecho) legal de presentar denuncias o de presentarse en un proceso en calidad de responsable o víctima. Es decir, el ordenamiento jurídico prevé un procedimiento que es del que hace uso el simulador para poder ejecutar su simulación.

Queda claro que el delincuente es un ser racional que se aprovecha de las oportunidades conforme se le presenta, así, los delincuentes son tentados y controlados por factores tangibles en marcos inmediatos⁵⁶⁴ e incluso mediatos. En este contexto, encaja en el enfoque de las actividades rutinarias el simulador de delitos, a quien finalmente le hemos hallado una categoría, que si bien es *sui generis* porque no explica al delincuente, sino la conducta oportunista del sujeto que delinque, al final nos permite aproximarnos científicamente a la naturaleza relativamente criminal del simulador.

Justamente, la vocación correctiva de las teorías de la oportunidad y de las actividades rutinarias es: identificar la oportunidad y reducirla⁵⁶⁵ como una estrategia de prevención situacional⁵⁶⁶. Esto será justamente de lo que debe encargarse la política penal, como veremos en este mismo capítulo.

⁵⁶³ EKBLÖM, P. y TILLEY, N., *Going equipped. Criminology, situational crime prevention and the resourceful offender*, BJC, 40, 2000, págs. 381 – 385, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 314.

⁵⁶⁴ FELSON, M., *Crime and everyday life*, 2da edición, Pine Forge Press, Thousand Oakes, 1998, pág. 24, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 313.

⁵⁶⁵ BENNET, T., *Burglars' choice of targets*, en *The geography of crime*, op. cit. pág. 117, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 315.

⁵⁶⁶ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 315.

Dentro de las actividades rutinarias y la teoría de la oportunidad, se encuentra un enfoque que añade un nuevo ingrediente: una situación concreta en la que alguien se encuentra motivado a delinquir⁵⁶⁷.

Para BIRKBECK y LAFREE, la situación es “el campo perceptivo del individuo en un momento temporal dado” que produce una interacción entre la situación y el sujeto, sin omitir la posibilidad de elección que tiene⁵⁶⁸.

Puede ocurrir que un sujeto se encuentre en la apremiante situación de tener que simular el robo de su vehículo para poder cobrar el seguro del mismo. Es decir, no basta con que el simulador tenga la oportunidad de simular, esto es, tener los medios adecuados para interponer una denuncia o introducir información falsa en un proceso existente, sino que, además, debe coexistir una situación vivencial personal que lo motive a aprovechar esa oportunidad, más aún cuando cualquiera de nosotros puede ejecutar el delito tipificado en el Art. 457 CP en cualquier momento.

F) Teoría general de la frustración

AGNEW es uno de sus principales impulsores. Se trata de una teoría elaborada a nivel micro que busca explicar ciertas conductas torticeras de los individuos basadas en relaciones negativas con otros, es decir, relaciones en que

⁵⁶⁷ TITTLE, C. R. y PATERNOSTER, R., *Social deviance and crime. An organizational and theoretical approach*, Roxbury Publishing Company, Los Angeles, 2000, pág. 437, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 322.

⁵⁶⁸ LAFREE, G. y BIRKBECK, C., *The neglected situation: a cross-national study of the situational characteristics of crime*, *Criminology*, 29, 1991, pág. 75, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 322.

el sujeto no es tratado como quisiera, que produce ira y angustia, lo que a menudo resulta en relaciones sociales negativas⁵⁶⁹.

Esta teoría general reconoce tres fuentes principales de la frustración: 1. No lograr cumplir metas valoradas positivamente; 2. Cuando a uno le quitan o amenazan con quitarle estímulos valorados positivamente; 3. Exposición o amenaza de exposición a estímulos valorados negativamente⁵⁷⁰.

No será regla general, pero podría tratarse en el caso del simulador de que estemos frente a un sujeto frustrado, que mediante la simulación pretenda llamar la atención con la finalidad de ser valorado. Este será un caso posible aunque especial, por lo que no podemos descartar que detrás de un simulador se encuentre generalmente un sujeto frustrado en conflicto con la sociedad y el sistema.

G) Criminología Clínica (estado de peligrosidad criminal)

Por último, debemos tratar la criminología clínica, la cual no puede dejar de ser mencionada por su relevancia en el estudio de la criminología general y por que sus posturas suelen desdecir gran parte de lo que hemos revisado hasta el momento.

⁵⁶⁹ AGNEW, R., *Foundation of a general strain theory of crime and delinquency*, *Criminology*, 30, 1992, págs. 48 y 49, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 374.

⁵⁷⁰ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. págs. 374 y 375.

La criminología proyectada sobre un delincuente en concreto se llama «clínica» porque se deriva de la palabra griega *linikós* que significa “lo concerniente al lecho” por cuando el médico se inclina al lecho (*klínei*) para estudiar al paciente⁵⁷¹.

Existen diversas definiciones de criminología clínica, entre las cuales, las más destacables y las que usaremos para este subcapítulo son las siguientes: a) “El estudio, científico, sobre las causas determinantes del delito en el delincuente individualizado, sobre actos en que se manifiesta, los caracteres fisiopsíquicos del autor, al mismo tiempo que la propuesta correlativa de las medidas individuales y sociales de profilaxis o de represión por la infracción⁵⁷²”; y b) “La ciencia de los comportamientos antisociales y delictivos, informada en la observancia y en el examen profundo de supuestos individuales, sean normales, anormales o patológicos”⁵⁷³.

Podemos decir que la criminología clínica, al igual que la Criminología general, tiene como objeto el estudio del comportamiento delictivo, pero mientras la Criminología criminal estudia la delincuencia y sus causas, la criminología clínica estudia a cada delincuente en particular⁵⁷⁴.

Dentro de este campo de estudio, podemos, sin problema, volver a mencionar que el simulador entra en la criminología desde el enfoque de las

⁵⁷¹ HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte General y Especial*, 3ra edición, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 47 y 48, en HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, Estudios de Criminología y Política Criminal, Tomo 27, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 38 y 39.

⁵⁷² INGENIEROS, José, *Criminología*, Edit. JORRO, D., Madrid, 1913, en HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 39.

⁵⁷³ DI TULLIO, B., *Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense*, Trad. TERUEL CORRALERO, D., Aguilar, Madrid, 1966, así también en HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 39.

⁵⁷⁴ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. págs. 43 y 44.

actividades rutinarias, considerando los factores oportunidad y situación, no obstante, si así lo consideramos y ahí lo ubicamos, desde la criminología clínica aparecerá una objeción y la siguiente interrogante:

¿Por qué, ante la misma atracción y rentabilidad de los objetivos, unas personas deciden delinquir y otras no? ¿No será por la presencia, en ellas, de distintas motivaciones, factores impulsantes o causas? ¿Tanto endógenas como exógenas?⁵⁷⁵

La respuesta clásica de la criminología clínica será que esto dependerá de la «peligrosidad criminal» de cada individuo, siendo, técnicamente, «peligrosidad criminal» la tendencia de una persona a cometer un delito evidenciada generalmente por su conducta antisocial⁵⁷⁶.

DE GREEFF define a la peligrosidad criminal como:

Una predisposición prefijada a reaccionar antisocialmente a un cierto estímulo, en concordancia con experiencias pasadas consistentes en la presencia de un fuerte sentimiento de injusticia padecida por el individuo que así reacciona, e infligida, sobre todo, por la sociedad en cuanto tal o por las instituciones [...] o por una alteración del modo de estar vinculado al medio-ambiente⁵⁷⁷.

Para DI TULLIO la personalidad criminal es el estado de predisposición o tendencia delinquir, derivada de anomalías constitucionales o congénitas con intensidad mayor potenciada por defectos o deficiencias educativas o de

⁵⁷⁵ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 99.

⁵⁷⁶ ESBEC RODRÍGUEZ, E., *Valoración de la peligrosidad (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica*, en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol 3, 2, 2003, pág. 46, así también en HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 120.

⁵⁷⁷ DE GREEFF, E., en HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 168.

socialización⁵⁷⁸. No obstante, no necesariamente la personalidad peligrosa se basa en anomalías congénitas o constitucionales. En este sentido la doctrina en general conceptualiza a la peligrosidad criminal como la estructura específica de la personalidad del delincuente que se superpone y permite el paso al acto delictivo⁵⁷⁹.

Los indicios legales normalmente utilizados para determinar la gravedad y persistencia del estadio peligroso son: 1. La habitualidad del delito; 2. La profesionalidad en el mismo; y, 3. La tendencia a delinquir⁵⁸⁰.

¿Podremos considerar al simulador de delitos como un sujeto con peligrosidad criminal? Para responder esta pregunta veamos las clases de estado peligrosos reconocidos por la criminología clínica:

1. Por razón de su etiología

- a. *Estado peligroso criminológico*: es aquel en que los factores que determinan su condición no tienen origen patológico, por lo que el sujeto tiene el señorío del acto a realizar⁵⁸¹. En este sentido, según los factores situacionales y de oportunidad, podemos ubicar coyunturalmente al simulador de delitos.

- b. *Estado peligroso de naturaleza psiquiátrica o psicopatológica*: cuando los factores determinantes de la peligrosidad tienen un

⁵⁷⁸ DI TULLIO, Benigno, *La costituzione delinquenziale nella etiologia e terapia de delitto*, Roma, 1962, obra citada en HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. págs. 170 y 171.

⁵⁷⁹ FRÉCHETTE, M. y LE BLANC, M., *Délinquances et délinquents*, Gaétan Morin, Chicoutini, 1987, obra citada en HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 173.

⁵⁸⁰ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. págs. 139 y 140.

⁵⁸¹ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 142.

origen psicológico o una patología alienante⁵⁸². En este caso, podríamos hasta cierto punto considerar que pueden existir simuladores que simulen por que son clínicamente mitómanos, o que sufren de algún trastorno psicológico que los encamina a tal simulación, no obstante, a este tipo de simuladores no son a los que estudiamos en esta investigación, por cuanto los sujetos peligrosos criminalmente por naturaleza psiquiátrica o psicopatológica son inimputables⁵⁸³.

2. Por razón de su conexión operativa con la infracción penal

- a. *Estado peligroso predelictivo*: el estado peligroso en el que se encuentra aquel que está en la fase interna del *iter criminis*, éste es, aquel que no ha actuado al exterior con eficacia y, ni siquiera, ha iniciado el proceso operativo⁵⁸⁴. En esta categoría también podemos ubicar al simulador de delitos, cuando aún esta en la fase interna ideando la simulación. No obstante, de ser así, toda la humanidad tiene un estado peligroso predelictivo, por cuanto, todos, con certeza, hemos ideado cometer un delito, no obstante, no todos lo han hecho.
- b. *Estado peligroso actualmente operativo*: el que actúa, con su impulso, desde el principio hasta el final de la fase de ejecución del *iter criminis*⁵⁸⁵. Definitivamente el simulador al presentar su denuncia falsa o al simular ser responsable o víctima de un delito, está siendo peligroso actualmente operativo, pero esta

⁵⁸² HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 142.

⁵⁸³ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., en HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 142.

⁵⁸⁴ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 142.

⁵⁸⁵ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 143.

peligrosidad cesará en el momento en que le simulador deje de jugar dicho rol.

c. *Estado peligroso post-delictivo*: el estado peligroso que permanece como tal una vez ejecutado el delito⁵⁸⁶. Puede considerarse dentro de esta categoría al que prolonga el desvalor jurídico en el tiempo (delitos permanentes y delitos continuados) o a aquel que pretende reincidir y volver a estar en un estado peligroso predelictivo. El simulador puede perfectamente encajar en esta categoría.

3. Por razón de la gravedad o intensidad del estado peligroso: puede ir desde muy leve hasta muy grave⁵⁸⁷. Por el tipo de pena que el Art. 457 CP establece, sin duda el simulador será en que encaje en peligrosidad muy leve.

4. Por razón de los resultados del diagnóstico etiológico en la valoración de la intensidad y continuidad del estado peligroso.

a. *Estado peligroso crónico*: el enraizado en el individuo⁵⁸⁸, es decir, que en todo momento es peligroso. Este definitivamente no es el estado peligroso del simulador de delitos, puesto que como vimos, éste responde a factores coyunturales y de oportunidad.

b. *Estado peligroso marginal*: el que es crónico marginalmente, es decir, que es propenso a delinquir según la influencia

⁵⁸⁶ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 143.

⁵⁸⁷ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 143.

⁵⁸⁸ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 143.

psicosocial del momento ⁵⁸⁹ . Esta peligrosidad tampoco responde a la del simulador de delitos.

c. *Estado peligroso episódico*: el que ocasionalmente delinque según la ligera influencia de factores psicobiológicos y psicosociales ⁵⁹⁰ . Aquí tampoco entra el simulador de delitos. Debemos entender que el simulador de delitos no es un delincuente episódico, sino oportunista, que probablemente ejecute la simulación una vez en su vida.

5. Por razón de la orientación antisocial o delictiva del estado peligroso

a. *Estado peligroso general o indefinido*: el estado peligroso orientado a cualquier acto criminal o antisocial. Se trata del delincuente nato de cuya peligrosidad nadie duda ⁵⁹¹ . Definitivamente en esta categoría no encaja el simulador de delitos.

b. *Estado peligroso de orientación mixta o múltiple*: se trata del orientado hacia dos o más categorías típicas, como por ejemplo el propenso a ejecutar conductas típicas contra el patrimonio y contra la salud pública ⁵⁹² . Tampoco encaja aquí nuestro simulador.

c. *Estado peligroso orientado específicamente*: El orientado monográficamente a una sola categoría típica ⁵⁹³ . Aquí tampoco

⁵⁸⁹ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 143.

⁵⁹⁰ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 143.

⁵⁹¹ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 143.

⁵⁹² HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 143.

⁵⁹³ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 143.

encaja el simulador por cuanto esta categoría sigue siendo la de la peligrosidad general o indefinida.

6. Por razón de las formas de manifestarse:

- a. *Estado peligroso estable*: El que invariablemente es operativo⁵⁹⁴, es decir, no sólo es peligroso en general, sino que, además, normalmente está delinquiriendo. Sin duda, se descarta de esta categoría al simulador de delitos.
- b. *Estado peligroso agudo o inminente*: es el que sólo con activarlo o darle la oportunidad pasará al acto operativo⁵⁹⁵, al estilo de cuando nos da una fiebre⁵⁹⁶. No obstante, no se trata de la misma oportunidad que caracteriza al simulador de delitos, por cuanto en este segundo caso el simulador no sólo necesita de una oportunidad, sino de un factor situacional motivante.

Sin duda, el estado de peligrosidad no ha sido únicamente considerado científicamente por la criminología, sino que además ha sido el considerado por el legislador al momento de poner una pena, o por lo menos como un elemento de la prevención especial negativa.

En este sentido, el simulador no es un sujeto cuya peligrosidad criminal sea alarmante o digna de estudio, y aunque como vimos, sí encaja en algunas categorías de peligrosidad criminal, por ser un delincuente que responde a

⁵⁹⁴ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 144.

⁵⁹⁵ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 144.

⁵⁹⁶ PINATEL, L., *Tratado de Derecho Penal y Criminología*, Trad. RODRÍGUEZ CANESTRI, X., 2da edición, Tomo III, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974, pág. 580, obra citada en HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. pág. 144.

patrones coyunturales, no debemos considerar su peligrosidad como relevante (todos tenemos algún grado de peligrosidad).

Concluyendo, el simulador sí puede ser estudiado por la criminología, pero no es un sujeto de relevancia científica, por cuanto, como veremos, en realidad es un delincuente definido por el delito desde su concepción legislativa, mas no, desde el delito desde una concepción criminológica.

II. Móvil del simulador

Sin lugar a dudas, el principal móvil del simulador es el de obtener un beneficio ulterior por medio de la simulación, así, la simulación se presenta como el medio idóneo para llegar a un fin determinado, por lo que dependerá de que el sujeto en cuestión esté frente a una situación que amerite ejecutar la conducta típica de simular delitos.

Como hemos visto en el transcurso de esta investigación, lo más normal es que el simulador se convierta en tal con la finalidad de cobrar el seguro, inventando un siniestro.

También puede suceder que el sujeto necesite, como vimos, auto encubrirse, como por ejemplo quemando su contabilidad, denunciándola y así evitando que la Hacienda Pública pueda tener acceso a ésta.

Por otro lado, puede ocurrir que el simulador sea un sujeto que por frustración requiera de fama, así su único objetivo sea salir en la prensa⁵⁹⁷, o que necesite atención, o que quiera ocultar la verdad, como por ejemplo la mujer que denuncia una violación para no aceptar que quedó embarazada por relaciones sexuales consentidas⁵⁹⁸.

III. Política Penal y Política Criminal

Sin política criminal y política penal no puede existir el Derecho Penal; la política criminal, que usa a la criminología como base de su estructura científica, es el conjunto de acciones, procedimientos preventivos y represivos, académicamente sustentados, para el combate efectivo y neutralización del crimen, considerado este último como el fenómeno que pone, a fin de cuentas, en entredicho la misma existencia del Estado.

Es el propio Estado el que utiliza estos mecanismos, mediante un discurso motivadamente orientado, basando el *ius puniendi*, para contrarrestar la criminalidad, y por lo mismo toda manifestación humana contraria al Contrato Social, siempre y cuando estas actitudes anti-comunitarias no puedan ser antes solucionadas por otras ramas del Derecho menos represivas y violentas.

El *ius puniendi* es de entrada utilitarista, ya que pretende legitimar el recurso del Derecho Penal con la idea del «mal menor»⁵⁹⁹. No obstante, el

⁵⁹⁷ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 488.

⁵⁹⁸ QUINTERO en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 205.

⁵⁹⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *La Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho Penal*, en ROBLES PLANAS,

Derecho Penal no se legitima desde el *ius puniendi* sólo desde un sentido utilitarista, sino también desde principios y requisitos «garantísticos»⁶⁰⁰.

La política criminal reconoce que el Derecho es la *última ratio* del ordenamiento jurídico, pero la primera *ratio* ante aquellas manifestaciones humanas que sólo tienen una solución: la coacción como único medio resolutivo.

Se ha señalado que es importante destacar que la política criminal se ocupa de estudiar medidas para la prevención y control del delito, por lo que es una ciencia autónoma, por lo que sostiene que no es una parte de la criminología. En la política criminal influyen no sólo aspectos empíricos sobre la prevención y control del delito, sino también sobre todo aspectos jurídicos, éticos, constitucionales, económicos y políticos. La decisión última de si debe o no tipificar determinada conducta no depende, entonces, de la criminología⁶⁰¹; por ejemplo, la criminología ha determinado que la pena de muerte no tiene efectos preventivos, no obstante, desde la política criminal se puede decidir implementarla⁶⁰².

La política criminal obscura subsiste sin la criminología, ya que únicamente se consigue una política criminal idónea cuando ésta está basada en la criminología.

Ricardo (coordinador) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010, pág. 28.

⁶⁰⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *La Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho Penal*, en ROBLES PLANAS, Ricardo (coordinador) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, op. cit. pág. 30.

⁶⁰¹ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 35.

⁶⁰² SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit., pág. 35.

En otras palabras, podemos definir a la política criminal como la ciencia que basada en un método debidamente fundamentado por la dogmática y criminalidad constatable, pero también en influencias político-coyunturales, decide qué actos humanos deben ser neutralizados y, principalmente, qué actos humanos deben ser reprimidos y perseguidos por el Derecho Penal, basándose en los principios de oportunidad, necesidad, lesividad, proporcionalidad y, hoy, de mínima intervención.

Más tarde y únicamente cuando la política criminal ha puesto en marcha su engranaje, se puede entrar al campo de la política penal, que es la ciencia que estudia cómo sancionar y cómo prevenir, mientras que la política criminal estudió el “qué prevenir” y “qué sancionar”.

Se ha entendido que la política criminal es una disciplina jurídica que se desarrolla a la par con el Derecho Penal, pero que sin duda no se confunde con éste⁶⁰³. Para el Juez español podemos entenderla de dos maneras:

- a) La solución del problema criminológico del delito;
- b) La búsqueda de la solución penal más adecuada al fenómeno jurídico de la infracción penal⁶⁰⁴.

Así, la política criminal no debería servir como criterio de búsqueda de sentido de la ley penal, pero al hacer esta reflexión se refiere específicamente a que la política criminal no puede servir al Juez como un modo de interpretar la

⁶⁰³ REDONDO HERMIDA, Álvaro, *La función de la Política Criminal en la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, La Ley Penal, N° 40, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Julio 2007, Editorial LA LEY, LA LEY 2246/2007.

⁶⁰⁴ REDONDO HERMIDA, Álvaro, *La función de la Política Criminal en la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit.

ley penal, sino que únicamente debió servir al Legislador como un sustento para elaborar la ley penal⁶⁰⁵.

La política penal, así, podrá “tipificar” conductas, es decir, establecer qué actos (a veces omisiones) humanos son susceptibles de ser reprimidos penalmente, y por lo tanto, detallar la conducta y establecer legislativamente dicha sanción. Pero cabe inicialmente señalar que la política criminal es simple dogmática inaplicable sin la política penal, y la política penal es abuso, no Derecho, sin su fundamento, es decir, sin la política criminal.

Un delito única y exclusivamente puede ser el derivado de la conducta que emana del ser humano porque solo a éste se le puede reprochar una conducta o abstención conforme a los cánones de la ética y de las exigencias de la ley. El delito es la consecuencia de la inteligencia humana de autogobernarse, y por lo tanto, de entender la ilicitud de sus propias conductas⁶⁰⁶.

KLEINSCHROD define a la política criminal como “conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho natural de sus súbditos”⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ REDONDO HERMIDA, Álvaro, *La función de la Política Criminal en la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit.

⁶⁰⁶ FERREIRA DELGADO, Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1988, pág. 13.

⁶⁰⁷ KLEINSCHROD, Gallus Aloys, *Von den italiänischen Schriftellern über das peinliche Recht und die Criminalpolitik*, en *Archiv der Criminalrechts*, Vol I, 1799, pág. 164. Obra citada en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*, 2da edición, Tomo I, op. cit. pág. 168.

FERREIRA DELGADO explica que las malas acciones de los semejantes deben ser reprochados y son susceptibles de castigo cuando atentan contra el bienestar social, y que para esto deben ser actos inteligentes y desfavorables o dolorosos para los demás⁶⁰⁸.

LABATUT GLENA es exacto al explicar que el Derecho Penal, que es la emanación de la política criminal, es una rama del Derecho plenamente autónoma, que consagra normas destinadas a regular las conductas que pueden ocasionar un daño social u originar un peligro a la comunidad, bajo la amenaza de una sanción⁶⁰⁹. El autor chileno explica que la política criminal es el arte de legislar, según las necesidades y posibilidades del momento⁶¹⁰. Así también, dice que la política criminal tiene una doble función, de crítica a las instituciones caducas y de modernización de normas penales⁶¹¹. En este sentido, los delitos no se tipifican de manera caprichosa, sino en razón de que infringen normas sociales básicas⁶¹².

WELZEL, con la claridad de siempre, sostiene que la misión del Derecho Penal, como ciencia, es la de desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna, estableciendo las bases para una Administración de Justicia igualitaria y justa.

⁶⁰⁸ FERREIRA DELGADO, Francisco, *Teoría General del Delito*, op. cit. págs. 19 y 20.

⁶⁰⁹ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*, 6ta edición, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1972, pág. 17.

⁶¹⁰ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*, 6ta edición, op. cit. pág. 33.

⁶¹¹ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*, 6ta edición, op. cit. págs. 33 y 34.

⁶¹² SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit., pág. 35.

El autor alemán explica que la ciencia penal es ante todo una ciencia práctica⁶¹³, cuya misión es determinar las características esenciales del delito y de su autor, comunes a todos los hechos punibles. Explica que toda acción u omisión penalmente relevante es una unidad constituida por momentos objetivos y subjetivos⁶¹⁴.

JAKOBS, el gran maestro del Derecho Penal contemporáneo, dice que son funciones las prestaciones que mantienen un sistema y que la prestación del Derecho Penal es principalmente la confirmación de la identidad social⁶¹⁵. Esto a pesar de que autores como ZAFFARONI incluso ponen en tela de duda la legitimidad del poder punitivo del Estado⁶¹⁶.

Es indiscutible que este poder está legitimado en la voluntad de sus integrantes, quienes en realidad cedieron parte de su libertad para que la *vindicta* dejare de ser privada y pase a ser pública, como único camino posible para la seguridad de todos y la cual es la única garantía que tenemos de no colapsar como sistema social.

Para el maestro chileno Juan BUSTOS RAMÍREZ, esta explicación radica en la fundamentación que le demos a la determinación de qué son bienes jurídicos, sus presupuestos explicativos y la necesidad de crear normativa que los proteja⁶¹⁷. Por otro lado, es la política criminal la que hace posible la existencia

⁶¹³ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, pág. 11.

⁶¹⁴ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, op. cit. pág. 50.

⁶¹⁵ JAKOBS, Günther, *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, 2da edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2006, pág. 4.

⁶¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2da edición, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2006, págs. 3 – 17.

⁶¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal, Parte General, Obras Completas, Volumen I*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2008, págs. 79 – 96.

de un verdadero Derecho Penal, rama del Derecho que el indiscutible maestro del siglo XX Luis JIMÉNEZ DE ASÚA define como:

Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o medida aseguradora⁶¹⁸.

Podemos concluir que la política criminal es la ciencia del Derecho Penal que da vida y sustenta al Derecho Penal legislativo, justificando dogmáticamente la tipificación de conductas, según empíricamente las requiera tal o cual sociedad, constituyendo por último como la razón de ser del Derecho Penal normativo.

Para resumir: la criminología estudia el “por qué”; la política criminal el “qué”; y, la política penal el “cómo”. Cesare BECCARIA es el primer autor en hablar de política criminal, por lo tanto a él podemos atribuirle este término y no a HENKE, FEUERBACH o KLEINSCHROD como se ha pretendido⁶¹⁹.

Ahora bien, una vez desarrolladas estas instituciones, cabe preguntarnos si el delito simulado es o no la emanación sustentada de política criminal y política penal.

⁶¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*, op. cit. pág. 33.

⁶¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*, 2da Edición, Tomo I, Editorial Losada S.A. Buenos Aires, 1956, pág. 168.

Como ya se expuso, principalmente en el primer capítulo, el delito simulado está inspirado en el Código Rocco, por la falta de alcance del delito de acusaciones y denuncias falsas para perseguir supuestos en los que no existía atribución personal concreta o en los que mediaba “autocalumnia”; de modo que en gran parte su fundamentación político-criminal inicial se debió a una función complementaria del tipo de acusación falsa.

En decir, ese «qué» no es más que completar un tipo penal que en criterio del Legislador dejaba cabos sueltos, y el «cómo» fue creando un tipo penal autónomo que sancione, con pena de multa, el simular ser responsable, ser víctima, o denunciar un delito inexistente sin imputárselo a un tercero.

Nuevamente la *ratio legis* aparece y explica la motivación legislativa, la cual no tiene ciencia alguna que la respalde, sino únicamente un objetivo estatal. De ahí que el art. 457 sea un tipo penal duramente criticado por la doctrina.

Adicionalmente, es importante analizar qué es un delito para la criminología y para la política criminal, para ahondar un poco más en este aspecto en el que se ha comprobado que el delito simulado se encuentra vacío de ciencia.

A) El delito

Con lo explicado podemos llegar a la relativamente fácil conclusión de que el delito es la derivación de la política criminal (que idealmente debería estar sustentada en la criminología) y de la política penal; no obstante, este es el concepto general de los juristas, el cual es rechazado por lo criminólogos, ya que

podremos hallar distintas concepciones de delito dependiendo desde que ciencia auxiliar del Derecho Penal uno se posiciona⁶²⁰.

GARÓFALO es del criterio de que dejar la definición de «delito» en manos de los juristas es un error, ya que no se trata de una palabra técnica, sino de un concepto sociológico y criminológico que existe independientemente de si la persona conoce o no conoce la norma. En este sentido, sostiene el autor, el Legislador no ha creado esta palabra, sino que la ha tomado del lenguaje popular⁶²¹.

En este lineamiento GARÓFALO pregunta: “¿*Qué es la criminalidad para el jurista?*?” y responde:

Nada. Casi no conoce esta palabra. [...] El criminal para el jurista [...] es un hombre como otro cualquiera, que ha ejecutado una acción prohibida y punible. Y es que el jurista no estudia el delito más que según su forma exterior, sin hacer ningún análisis de él según la psicología experimental y sin averiguar su procedencia⁶²².

HERRERO HERRERO coincide con GARÓFALO en cuanto a que el delito en su concepción puramente legislativa hace referencia a las conductas que el legislador considera que deben ser penadas, para satisfacer pretensiones Estatales. No obstante, considera que quien se convierte en delincuente por transgredir un artículo de un código penal no es necesariamente un delincuente para la criminología, por cuanto ésta no puede considerar delincuente a los

⁶²⁰ SOLIS QUIROGA, *Sociología Criminal*, 2da edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1977, págs. 35 – 46.

⁶²¹ GARÓFALO, Raffaele, *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, Colección Memoria Criminológica, Trad. FORADO MONTERO, Pedro, Dir. ELBERT, Carlos Alberto, Coord. BELLOQUI, Laura, B de F, Buenos Aires, 2005, pág. 4.

⁶²² GARÓFALO, Raffaele, *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, op. cit. pág. 45.

infractores de la Ley, por cuanto si lo hiciera sería una criminología servilista del Derecho Penal⁶²³.

Sin duda, como se verifica con toda facilidad, el simulador de delitos no es un delincuente criminológicamente relevante o definible, sino que se define a través del delito desde su concepción jurídica.

No se puede dejar de mencionar el principio de normalidad del delito⁶²⁴, el cual, criminológicamente, establece que el delito es un fenómeno normal de una sociedad. DURKHEIM sostenía que incluso en una sociedad de santos habría delitos⁶²⁵.

Inclusive el delito tendría una rol funcional para la sociedad⁶²⁶, en el sentido que contribuye con el funcionamiento de la sociedad⁶²⁷, permitiéndonos reafirmar que el sistema reglado está vigente y pudiendo así orientar correctamente nuestras conductas.

En este contexto es normal que existan delincuentes, por lo mismo no es anormal que existan simuladores, pero para mantener una cohesión social idónea,

⁶²³ HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, op. cit. págs. 218 y 219.

⁶²⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, 3ra edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 101 a 1197, así también en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 64.

⁶²⁵ DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, Trad. FERRER y ROBERT, Los Berrocales del Jaramá, Madrid, 1895, pág. 88, así también en en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 65.

⁶²⁶ DURKHEIM, *La división del trabajo social*, Trad. POSADA, C. G., Akal, Los Berrocales del Jarama, Madrid, 1893, págs. 101 – 129, así también en en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 65.

⁶²⁷ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito*, 3ra edición, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 56, así también en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 65.

debe estar tipificado este tipo de delitos, empero, como ya vimos, el delito simulado genera más despilfarro de recursos que los que busca evitar, por lo mismo, su tipificación carece de lógica y podría su intención preventiva y represiva ser trasladada a una multa impuesta por simulación, al concluir así el juzgador en el proceso generado por la simulación comprobada.

B) Aumento de la punitividad

Desde aproximadamente dos décadas ha aumentado el índice de punitividad en España, para resolver problemas reales o imaginarios, aumentando sin precedentes el aumento de personas privadas de la libertad⁶²⁸.

En este contexto, GARLAND propugno la teoría de la «cultura del control», que trata sobre una respuesta tardía represiva contra el delito⁶²⁹. Esto sucede en España sin que se cuente con la suficiente evidencia empírica que lo justifique⁶³⁰.

Para TAMARIT SUMALLA la política criminal española carece de adecuados niveles de racionalidad “por su dinámica punitivista, la ausencia de una adecuada cultura de evaluación, el menosprecio a la criminología, la escasa consideración de los responsables políticos hacia las opiniones expertas de la dogmática, y la constante indiferencia de ésta hacia la realidad que debe

⁶²⁸ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit., pág. 175.

⁶²⁹ GARLAND, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, The University of Chicago Press, Chicago y Oxford, 2001, pág. vii, obra citada en SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. pág. 180.

⁶³⁰ SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, op. cit. págs. 191 y 192.

enfrentar”⁶³¹. Se configura así una política criminal carente de una sólida base empírica⁶³².

El delito simulado entonces, y para concluir, no sólo que no es relevante criminológicamente hablando, sino que responde, carente de ciencia, a un cultura de control, que en este caso presenta España.

IV. Derecho Penal legislativo

Como se ha verificado, para que se tipifique un delito como tal debe tener un *background* de política criminal y política penal, lo cual, en teoría, debió suceder con el delito simulado. En este sentido, será importante analizar cada una de las fases del quehacer legislativo para verificar cómo sí debe tipificarse un delito y saber, en este contexto, si el delito simulado cumple los requisitos constitutivos de un tipo penal adecuadamente creado.

A) Fase pre-legislativa

Previo a entrar a la etapa de elaboración legislativa de un tipo penal (y como parte de la política criminal y la política penal), de debe pasar por una

⁶³¹ TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, *Política criminal con bases empíricas en España*, Política Criminal No 3, 2007. A8, p. 1-16. DIALNET.

⁶³² TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, *Política criminal con bases empíricas en España*, op. cit.

extensa fase pre-legislativa, que se divide en un proceso sociológico bastante complejo, según adecuadamente detalla SCHNEIDER⁶³³ y son las siguientes:

1. *Acreditar una disfunción social*: un agente social debe hacer creíble una disfunción social cuyo solución sería, al menos, la intervención penal. Esta disfunción social sería una determinada situación que no recibe o no ha podido recibir solución por parte del ordenamiento jurídico⁶³⁴.

La disfunción social -que es aquello que la política criminal ha decidido que debe ser reprimido- puede ser real o aparente en sus presupuestos fácticos⁶³⁵. Por ejemplo, el problema de las drogas es un problema sanitario, que lo convirtieron en un problema penal, que no está motivado porque responde a intereses económicos de hegemonía en su producción y tráfico y no en proteger a la sociedad^{636 637}.

Los agente sociales referidos pueden ser muy variados. Pueden ser fuerzas políticas, sociales, económicas (institucionalizadas), como el mismo gobierno, partidos políticos, sindicatos, asociaciones de empresarios, grupos religiosos, etc.; también pueden ser organizaciones sociales no institucionalizadas, como asociaciones medioambientales, feministas,

⁶³³ SCHNEIDER, K., *Kriminologie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1987, págs. 792 y 793, obra citada en Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pág. 20.

⁶³⁴ Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pág. 20.

⁶³⁵ Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., pág. 21.

⁶³⁶ Ver Rodríguez Moreno, Felipe, *La Expansión del Derecho Penal Simbólico*, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2013.

⁶³⁷ En los años 30 no existían los analgésicos, por eso existían las droguerías, que buscaban precisamente solucionar sanitariamente dolencias en la salud. Europa no tenía ningún problema con el consumo de drogas (como se lo entiende hoy), y recién las persigue a partir de la década de los setenta por presión de los intereses mercantilistas de los Estados Unidos de América. Este es un ejemplo de una disfunción social aparente que se consiguió que pase a formar parte del Derecho Penal (Díez Ripollés, José Luis, *Apuntes Máster en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla*, Materia: Política Legislativa Penal. 23 y 24 de octubre de 2012.).

pacifistas, culturales, científicas, de víctimas de delitos; y, con un papel protagónico: medios de comunicación⁶³⁸.

En cierto tiempo un agente social consigue determinar e influir en una situación determinada que resulta perturbadora para el colectivo, y la respuesta jurídico-penal no es la adecuada ante tal disfunción social, por lo que ciertos agentes sociales deben ser capaces de hacer creer tal cosa. Tendrán como herramientas estadísticas, doctrina, etc., hasta colocarlo el asunto en la "agenda social", como ya veremos.

La disfunción social debe despertar la atención social y la búsqueda de su represión debe resultar útil⁶³⁹. Las disfunciones sociales deben tener una sensibilización cognitiva real y comprobable. Debe producirse una involucración con lo emocional.

Aquí, por ejemplo, el proceso normal hubiese sido que un agente social, por ejemplo, el Poder Judicial, hubiese determinado que se estaban simulando infracciones penales (simulando ser responsable, simulando ser víctima o denunciando, a sabiendas, una infracción inexistente) y que éstas no eran perseguibles por cuanto escapaban del contenido y marco típico del art. 456 (acusación y denuncia falsas) y, por lo mismo, se estaba vulnerando impunemente el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. En tal virtud, es despilfarro de los recursos del Estado era “tan” alto que debía sancionarse a los simuladores ya que el ordenamiento jurídico, en su conjunto, no solucionaba esta disfunción.

Para ahondar en este tema: hubo casos, indudablemente, en que, por ejemplo, X denunciaba un delito sin imputárselo a un tercero y se

⁶³⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., pág. 21.

⁶³⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., pág. 22.

determinaba que dicha denuncia era falsa y que fue presentada con dolo, lo que ponía en marcha el aparato judicial infamemente; en este caso particular, el juzgador, al tener que tomar una decisión, se remitía al delito de acusación y denuncia falsas y descubría que no podía imputarle este delito a X porque éste no imputaba a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, tan como lo exige el tipo penal de acusación y denuncia falsas, por lo mismo y por no haber un imputado, el falso denunciante quedaba en la impunidad por ser su acto atípico. En este sentido, estaríamos ante este problema social que debía ser socializado para poder ser “solucionado”.

2. *Malestar social*: Se refiere a la preocupación o miedo al delito. La preocupación por el delito es un miedo general sobre el delito en determinado lugar. Pero el miedo al delito es un miedo a que uno mismo sea víctima de un delito. Esta distinción es fundamental.

Quienes más miedo tienen al delito son quienes en la práctica menos delitos han sufrido. Los varones entre 18 y 35 años son los más propensos a ser víctimas no victimarios, sin embargo son los que menos miedo le tienen al delito⁶⁴⁰. En España los nichos del miedo al delito son: mujeres sin educación que han ascendido económicamente en la escala social⁶⁴¹; en todo caso, quienes han sufrido un delito toman precauciones para no volverlos a vivir pero tienen menos miedo en comparación de aquellos que no han sufrido alguno.

⁶⁴⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Apuntes Máster De Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, op. cit.

⁶⁴¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Apuntes Máster De Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, op. cit.

Se debe cumplir un doble requisito: a) Estabilidad cognitiva (que no sea propenso de desaparecer de la agenda social); y, b) Involucración emocional. Esto genera actitudes punitivas⁶⁴².

Este miedo o preocupación no debe necesariamente recaer sobre toda la población, sino que bastaría con que recaiga en el agente social que impulsa el proyecto punitivo. Así, en el caso del delito simulado, lo normal sería en esta fase que el Poder Judicial tenga miedo al delito, pero un miedo real, por cuanto sin que la simulación sea una conducta típica, son vulnerados en su loable objetivo justiciero o puedan serlo.

3. *Opinión pública*⁶⁴³: participación de los medios de comunicación como expansores de la disfunción social. Esto suele darse cuando el amarillismo consigue la difusión de impacto de hechos o situaciones concretas que requieren de “solución” legislativa.

Usualmente la prensa escribe o se pronuncia en temas jurídicos a través de periodistas, sin conocimientos jurídicos y sin asesoría jurídica, por lo cual crean tendencias erróneas sobre la Justicia, y más aún cuando tratan temas pertenecientes al Derecho Penal.

Ahora, no son medios de comunicación social los que contemplan su concepto clásico, sino que ahora no se requiere de periodismo para catalogar algo como medio de comunicación. La aparición de redes sociales como Facebook o Twitter son también medios de comunicación, y de hecho medios de comunicación que sin duda pueden difundir un

⁶⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., págs. 23 y 24.

⁶⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., págs. 23 – 30.

enunciado (objetivo o subjetivo) y prolongarlo en el debate por mucho más tiempo, facilidad, magnificación y eficacia que los canales de televisión o prensa escrita tradicionales.

En todo caso, hay algo que tiene que quedar muy claro: la opinión pública no es la opinión de la sociedad, es la opinión de quienes manejan la opinión pública.

En el caso de la simulación de delitos estamos ante un tipo penal que prescinde de esta sub-etapa de la fase pre-legislativa, por cuanto la simulación punible de infracciones no es un tema que genere un malestar social (2da sub-etapa) general, sino que incide en una preocupación o miedo a un grupo especial y cerrado como es el que controla la función judicial del Estado, así que los medios de comunicación no cumplen rol alguno en el proceso de tipificación del delito simulado.

4. *Programa de acción*: Es la transformación de la disfunción social y el malestar socializado, en una propuesta concreta para neutralizarla⁶⁴⁴.

Estos programas de acción deben ser impulsados ya no llanamente por un agente social *per se*, sino por un grupo de expertos, que defienden diversos intereses, tales como intereses ideológicos, científicos, socioeconómicos, judiciales⁶⁴⁵, etc.

Los grupos de presión expertos siempre están presentes, y se caracterizan porque reclaman para si un conocimiento especializado del tema y consideran que son los únicos que pueden hacer propuestas adecuadas

⁶⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., pág. 30.

⁶⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., pág. 31.

para ello. La característica de estos grupos de presión expertos es que se presentan como los gran “solucionadores”. Estos usualmente reclaman una respuesta científico social, es decir, son grupos que de una manera u otra tienen capacidad para incidir sobre quienes influyen a activar el proceso legislativo.

La actividad de estos grupos de expertos está regida por la meta de resolver la disfunción social identificada de acuerdo a sus propios intereses⁶⁴⁶, que en el caso del delito simulado, sería el Poder Judicial proponiendo la tipificación autónoma de esta modalidad de violación al deber de veracidad e irrespeto a la actividad judicial, para poder perseguir a quienes impidan el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

Cabe aclarar que estos grupos “expertos” en realidad serían expertos en sus ramas o ámbitos de acción, más no en Derecho Penal. El Derecho Penal es el Derecho con el que más se involucra la sociedad civil, opinan, critican, proponen, lo cual no es adecuado, porque únicamente éste debe pertenecer a los expertos en Derecho Penal (lo cual abarca la política criminal y la política penal como contenido material del Derecho Penal legislativo).

El Derecho Penal contemporáneo ya no es un Derecho de expertos en Derecho Penal. Hemos alcanzado una figura de conciertos extraordinaria, de representantes políticos manifestando la voluntad del pueblo llano, lo cual usualmente descalifica la opinión de los expertos. Lo penoso es que el pueblo⁶⁴⁷ cree que puede, a través de sus representantes, deslegitimar a

⁶⁴⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., pág. 31.

⁶⁴⁷ A esto DÍEZ RIPOLLÉS lo denominó “protagonismo de la plebe”. Ver: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., págs. 36 – 41. Además y sobre el tema: Al parecer las opiniones de los realmente expertos están desacreditadas, se desconfía de los jueces y de las autoridades públicas, y es el “pueblo

los verdaderos expertos. Así: ¿qué experto en Derecho Penal pudo determinar que la tipificación del delito simulado era necesaria, pero sobretodo adecuada y pertinente?

Es importante que existan grupos de presión burocráticos del gobierno. Es realmente en el Poder Ejecutivo donde las leyes van a adoptar fuerza, por lo menos una fuerza técnicamente real. Pero es un error que cada Ministerio autónomamente elabore un proyecto que únicamente beneficia a su sector. Debe haber un proceso unificado, o por lo menos coordinado. Para esto puede haber una comisión reguladora interministerial⁶⁴⁸.

En realidad, todo el esquema presentado responde a un forma didáctica de explicar la fase pre-legislativa, empero, hablando apropiadamente, en realidad lo que sucede en esta primera etapa es que el legislador selecciona expectativas sociales con la finalidad de darle un carácter normativo y oficial al convertirlas en una norma jurídica⁶⁴⁹.

Esto último sucede porque debemos entender que la sociedad es un acuerdo normativo, que no se origina por la suma de los individuos que la

llano”, carente de conocimientos jurídicos, el nuevo protagonista de lo técnico y académico. Los agentes sociales, instaurados como fuerzas políticas, establecen una relación inmediata entre las demandas populares y la configuración del Derecho Penal, al puro estilo de una democracia directa. ¿Cuál es el resultado de esta aberración? “*El manejo excluyente por la plebe y los políticos –en perjuicio de los expertos- del debate político-criminal, ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos.*” En DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, Estudios y Debates en Derecho Penal, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, págs. 81 y 82.

⁶⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Apuntes Máster De Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, op. cit.

⁶⁴⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo, Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia Penal*, “Fundamentos y función del Derecho Penal”, Tomo 1, Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, México D.F., 2004, págs. 98 y 99.

integran, sino por una triangulación «norma-persona-sociedad», en que sólo la persona fiel al Derecho es el interlocutor válido de las comunicación social⁶⁵⁰.

Entonces, la norma tiene la necesidad ineludible de institucionalizar expectativas sociales, lo que significa que una de las funciones de la norma es la de ser un espejo de la sociedad, lo que significa que la norma debe siempre reflejar, al verla, a la sociedad en la que existe y para la que existe, es decir, que si vemos que la norma dice “no simular delitos”, entonces se refleja que en dicha sociedad esa conducta no está aceptada, y por lo mismo, su ejecución es sancionada⁶⁵¹.

Por otro lado, esta institucionalización de expectativas sociales debe ser prevista como foco o faro, es decir, debe predecirse que su inclusión en el ordenamiento jurídico será orientadora de conductas.

B) Fase legislativa

Una vez que se ha culminado la fase pre-legislativa en la que nació la idea de encontrar una «solución penal» a un problema no resuelto por el ordenamiento jurídico y lesionador de bienes jurídicos protegidos, el proyecto de ley se propone y discute en el seno del Poder Legislativo. Es decir, la expectativa social que se pretende normativizar pasa al segmento institucionalizado que permite que efectivamente sea normativizada.

⁶⁵⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo, Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia Penal*, “Fundamentos y función del Derecho Penal”, Tomo 1, op. cit. págs. 66 y 67.

⁶⁵¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo, Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia Penal*, “Fundamentos y función del Derecho Penal”, Tomo 1, op. cit. págs. 94 – 100.

El delito simulado fue impulsado, obviamente, por el Poder Judicial, es decir, que es un proyecto cuyo patrocinio tiene el predominio gubernamental. El proyecto se desarrolla desde una ponencia, se debate y se aprueba (no cabe analizar todo el proceso de aprobación de leyes porque nos desviaría demasiado del tema principal).

En la etapa legislativa es en la que precisamente se debe analizar a profundidad la política criminal para determinar si la conducta que se pretende tipificar debe o no debe ser delito, considerando su necesidad y relevancia, bajo la luz de los principios de lesividad, interés público, proporcionalidad, subsidiariedad, correspondencia con la realidad y además, razonabilidad⁶⁵².

Una vez que en base a la criminología y al conocimientos científico se ha decidido se ha decidido tipificar un delito, se debe pasar a la política penal y decidir cómo sancionar, lo cual debe ser analizado bajo la luz de los principios de proporcionalidad, de lesividad, de interés público, de fragmentariedad, de humanidad de las penas, etc.

Cada expectativa social seleccionada es institucionalizada en una norma jurídica, haciendo que la norma sea el vehículo de institucionalización de la expectativa social de oficialización de la expectativa y así el legislador oficialmente presenta la expectativa en sociedad⁶⁵³.

⁶⁵² SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, *Derecho penal constitucional, el principalismo penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, págs. 231 – 235.

⁶⁵³ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo, Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia Penal*, “Fundamentos y función del Derecho Penal”, Tomo 1, op. cit. pág. 99.

Lo propuesto e impulsado por los agentes sociales y grupos de expertos no es más que un proyecto. Pero el proyecto debe cumplir todos los presupuestos que revisten de racionalidad a las leyes penales, y ese deber, el de ser un filtro y depurador, es exclusivo del Legislador.

En este proceso debe haber una iniciativa legislativa, una deliberación tras la presentación de enmiendas tras las publicación de la iniciativa en el Boletín Oficial de las Cortes, su remisión a la comisión legislativa correspondiente, el debate en el pleno, la designación e informe de la ponencia, el dictamen de la comisión, y finalmente su debate y votación plenaria⁶⁵⁴.

En el caso del delito simulado, sin duda hubo una preocupación por parte del Poder Judicial por que su atipicidad significaba impunidad para los vulneradores del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y, por ser un proyecto gubernamental, tuvo más peso legislativo. El órgano legislativo resolvió la cuestión sin considerar ningún criterio de política criminal y política penal, porque no se verificó que la persecución del delito simulado es igual de lesiva para la Administración de Justicia que la misma simulación. Entonces: el delito simulado se tipifica por un antojo burocrático y, como veremos a profundidad, los antojos se pagan caro.

C) Fase post-legislativa

Esta es la fase utópica del Derecho Penal legislativo, por cuanto nos plantea, más que un simple «deber ser», un «deber ser ideal». Esta fase es la que

⁶⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., pág. 53.

debería estar compuesta por un conjunto de actividades de evaluación del tipo penal después de su entrada en vigor hasta su verdadera adecuación social⁶⁵⁵.

Para que una ley sea susceptible de ser evaluable en la fase post-legislativa –dice DÍEZ RIPOLLÉS– está debe cumplir algunos requisitos: a) ha de ser una ley evaluable (por ejemplo los tipos penales simbólicos no lo son); b) ha de tener en sí misma virtualidad para suscitar interés evaluativo; c) ha de estar pendiente de ser evaluada⁶⁵⁶.

En esta fase la expectativa social institucionalizada se debe reflejar en el espejo de la norma. Este reflejo lo deberá ser de forma material y no formal, es decir, la expectativa no aparecerá en el espejo porque simplemente «pasaba por ahí», sino que se ve reflejada en la norma porque integra y con-constituye la estructura normativa de la sociedad⁶⁵⁷. Es precisamente aquí cuando se analiza si la norma se reafirma o no como vigente.

Es importante en este punto considerar que la forma de evaluar un tipo penal es cuando éste ha sido aplicado, ya que si no lo ha sido y es meramente simbólico, entonces, no cabe evaluación alguna.

Cuando se evalúa el tipo penal aplicado es evidente que se analizan casos en que se aplicó una pena, y cuando se aplicó una pena se debe, entonces, analizar si se cumplieron los fines de la pena, que en realidad, son «funciones»,

⁶⁵⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., pág. 58.

⁶⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición op. cit., págs. 59 y 60.

⁶⁵⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo, Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia Penal*, “Fundamentos y función del Derecho Penal”, Tomo 1, op. cit. pág. 99.

que finalmente será una sola: la confirmación de la vigencia de la norma, *ergo*, la forma de evaluar una norma es analizar si se reafirmó o no la identidad normativa de la sociedad.

En el caso del delito simulado se verifica que sí existen casos juzgados y que es un delito de común procesamiento. Empero, si evaluamos su aplicación y sanción llegaremos a una innegable conclusión: a pesar de que sí se reafirma la vigencia de la norma, es más lesiva su persecución que la simple inacción.

V. Inspiración de su tipificación

Para SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, el delito simulado, incorporado en 1944 a la legislación penal española, está inspirado principalmente en el art. 392 del Código Penal italiano, y fue incorporado con la finalidad de remediar las carencias del alcance del delito de acusación y denuncias falsas⁶⁵⁸.

Dicho precepto del Código Penal italiano, citado por SERRANO GONZÁLEZ GÓMEZ DE MURILLO, actualmente está vigente en el art. 367 del Código Penal italiano. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, en uno de los primeros textos existentes en España sobre la simulación del delito, dice que el art. 338 (en 1966) carece de antecedentes inmediatos y que, pese a estar inspirado en el art. 367 del Código Rocco, entre ellos median algunas diferencias técnicas, pero que su inclusión es sistemáticamente acertada⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido?* Diario La Ley, Nº 6209, Sección Doctrina, 14 Mar. 2005, Ref. D-61, Editorial LA LEY, LA LEY 865/2005.

⁶⁵⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Año CXV, No. 6, diciembre de 1966, Segunda época, Tomo LIII (221 de la colección), pág. 795.

En la *Relazione* del proyecto definitivo del Código Rocco se distinguió entre simulación objetiva y simulación subjetiva. Si simulación objetiva comprendía: “a) la hipótesis formal de la falsa denuncia; b) la hipótesis material de la simulación de huellas.” Por otro lado, la simulación subjetiva se refería a la *Relazione* a la falsa acusación de uno mismo o autocalumnia⁶⁶⁰.

Para PALOMO DEL ARCO, el delito simulado está inspirado en el Código Rocco, por la falta de alcance del delito de acusaciones y denuncias falsas para perseguir supuestos en los que no existía atribución personal concreta o en los que mediaba “autocalumnia”⁶⁶¹.

Como ya se analizó, inicialmente sólo se tipificó simular ser autor o víctima de un delito, real o inexistente, es decir, únicamente una simulación parcial. Posteriormente, también se sancionaría el hecho de simular el delito en sí, sin importar si se simula ser víctima o autor.

RODRÍGUEZ MOURULLO nos ilustra y explica el fundamento de la base político-criminal que primó en la tipificación de este delito: el normal nacimiento del proceso penal y su normal desarrollo no se encontraban suficientemente protegidos por la figura delictiva de acusación y denuncia falsas⁶⁶².

⁶⁶⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., págs. 802 y 803.

⁶⁶¹ PALOMO DEL ARCO, Andrés, *Realización arbitraria del propio derecho, Acusación, denuncia falsa y simulación de delito*, PDF.

⁶⁶² RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 796.

Esta misma inquietud surgió en Alemania, por lo que se consideró insuficiente el alcance el parágrafo 146 y en 1962 se incluyó en este país la simulación de delitos⁶⁶³, siendo la fundamentación la misma que en España:

La Administración de Justicia [...] no debe ser protegida tan sólo frente a las acusaciones falsas que se dirigen contra una determinada persona inocente, sino también frente a las conductas de quienes simulan la realización de un hecho punible ante las autoridades competentes, sin referirlo a un determinado autor. Frecuentemente [...] las simulaciones obedecen a la finalidad de desviar la atención de los órganos del proceso penal del hecho punible realmente cometido: pero, a veces, también a la manía del simulador, que pretende causar sensación o jactarse⁶⁶⁴.

En fin, ha quedado demostrada la existencia y proceso histórico para la tipificación del delito simulado, y una vez determinados sus orígenes y tipificación actual, podemos proceder a estudiar, de forma exclusiva y exhaustiva, al art. 457 del Código Penal.

⁶⁶³ MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 3ra edición, Karlsruhe, 1959, pág. 618, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 796.

⁶⁶⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., págs. 796 y 797.

CAPÍTULO V

DELIMITACIÓN DEL DELITO SIMULADO FRENTE A SUS FIGURAS AFINES

I. Definición *ex negativo*: lo que no es el delito simulado

Resulta inevitable estudiar autónomamente cada tipo penal afín al delito simulado que contempla el Código Penal español, por cuanto verificaremos que en la mayoría de ocasiones podemos estar frente a un concurso de delitos, por lo que, si no se estudia cada una de estas conductas típicas, no podríamos pasar a analizar, en el siguiente capítulo, el tratamiento que se le debe dar al delito simulado en materia concursal.

Lógicamente no se abarcará a cada uno de estos tipos penales con la profundidad y extensión que se lo hará con el delito simulado, empero, se los desarrollará de forma integral, para poder comprender la encrucijada en la que se ha ubicado al delito simulado cuando es sacado de la teoría y llevado a la práctica.

Una vez anticipado esto, empecemos a ver cada una de estas figuras afines al delito simulado, para *ex negativo* saber qué no es la simulación de una infracción.

II. Acusación y denuncias falsas

A) Tenor literal

Dogmáticamente la acusación y denuncias falsas es la actuación realizada ante autoridad judicial o policial por la que se imputa a una persona un acto típico, a sabiendas de su falsedad⁶⁶⁵.

En el Título XX y del Código Penal, dentro de los Delitos contra la Administración de Justicia, el Capítulo V menciona en su epígrafe: “de la acusación y denuncia falsa y de la simulación de delito”.

Como vimos en el primer capítulo, históricamente el delito simulado compartió capítulo con la realización arbitraria del propio derecho desde su nacimiento en el Código Penal de 1944, mientras en dicho Código las acusaciones y denuncias falsas tendrían un espacio autónomo (art. 325)⁶⁶⁶.

Este delito se sanciona prácticamente en todos los ordenamiento jurídicos y, como vimos en el primer capítulo, proviene incluso desde el Código de

⁶⁶⁵ OLIVER EGEA, Francisco Manuel, *Acusación y Denuncia falsas*, Enciclopedia Jurídica, La Ley 1334/2008, pág. 1.

⁶⁶⁶ Código Penal español de 1944, Publicado en el BOE de 13 de enero de 1945, Iustel, PDF.

Hammurabi; incluso el *Digesto* lo contemplaba al castigar al mendaz acusador con la pena que correspondía al denunciado de ser ciertos los hechos⁶⁶⁷.

No sería hasta la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que se generaría una separación y el delito simulado ya no compartiría, hasta el día de hoy, espacio típico con el la acusación y denuncias falsas.

El tipo penal de acusación y denuncias falsas se encuentra actualmente tipificado en el Art. 456 del Código Penal:

Artículo 456:

1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados:

1.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave.

2.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave.

3.º Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara una falta.

2. No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Estos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten

⁶⁶⁷ PALOMO DEL ARCO, Andrés. *Realización Arbitraria del Propio Derecho. Acusación, Denuncia Falsa y Simulación de Delito*, Iustel.

indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido.

No escapa a la vista que este delito se ha construido a partir de la descripción típica de la calumnia, ya que se basa en los sujetos intervinientes, esto es, que exista un acusador y uno (o más) falsamente acusado(s), empero, el delito de acusaciones y denuncias falsas no se fundamenta típicamente en la generalidad de personas, sino en la condición de funcionario público (judicial o administrativo) que por razón de su cargo debe proceder a la averiguación de los hechos⁶⁶⁸.

En realidad, el delito de acusación y denuncia falsas aparece en sus orígenes como un tipo penal cuyo bien jurídico protegido era únicamente el honor del falsamente acusado⁶⁶⁹ (por afirmaciones contrarias a la verdad que dan ocasión a juicios erróneos sobre él⁶⁷⁰) pero posteriormente, al ser incorporado en el Código Penal en el capítulo de “Delitos contra la Administración de Justicia”, se convirtió legislativamente en un delito pluriofensivo⁶⁷¹.

Queda claro, entonces, que este delito tiene estrecha relación con el delito de calumnias, por cuanto este último consiste en imputar falsamente

⁶⁶⁸ QUINTERO OLIVARES G., *Delitos contra la Administración de Justicia. De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos*, en QUINTERO OLIVARES G. (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, págs. 1952 y 1953, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 175.

⁶⁶⁹ FERRER SAMA, *El delito de acusación y denuncia falsas, Homenaje a Pérez Serrano, 1959*, pág. 339, así también en ROPERÓ CARRASCO, Julia, *Abusar de la Justicia, Dimensión Actual del delito de acusación y denuncia falsas*, Dilex, Madrid, 2011, pág. 164.

⁶⁷⁰ RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *La difamación*, Ediciones Rialp, Madrid, 2015, pág. 87. Vale aclarar que este texto no es jurídico como su autor lo pretende, sino un texto religioso con tintes de derecho científico.

⁶⁷¹ ROPERÓ CARRASCO, Julia, *Abusar de la Justicia, Dimensión Actual del delito de acusación y denuncia falsas*, Dilex, Madrid, 2011, pág. 164.

(públicamente) el cometimiento de un delito a otra persona. Por otro lado, la acusación o denuncia falsa es técnicamente lo mismo, pero a diferencia de la calumnia la falsa imputación se hace formalmente en una denuncia o acusación presentada ante autoridad judicial o administrativa⁶⁷².

En tal virtud, la diferencia con la calumnia radica en el destinatario de la ejecución típica; en este lineamiento, el delito de acusación y denuncia falsas ha llegado, incluso, a ser denominada por la jurisprudencia como “calumnia judicial”⁶⁷³.

Así la STS de 22 de mayo de 1993⁶⁷⁴:

[...] existe una estrecha relación en nuestro Derecho entre calumnia y la denuncia falsa, lo que refuerza el requisito de la imputación concreta y categórica, que excluye la tipicidad de las imputaciones meramente genéricas, de modo que la imputación que da lugar a la calumnia ha de ser «precisa, concreta, terminante y determinada respecto a los hechos», pues el tipo de calumnia requiere, aparte de la necesaria intención difamatoria, la existencia de un elemento objetivo impulsado por imputaciones concretas, terminantes e inequívocas, aptas para deducir la del tipo delictivo falsamente imputado. En la sentencia de 12 de mayo de 1987 (Ponente Díaz Palos) se puede leer que la «noción de calumnia en el sistema hispánico se describe de forma tan angosta que se equipara virtualmente a la acusación y denuncia falsa de la que sólo se distingue por el sujeto receptor de la falsa imputación delictiva, hasta el punto de ser llamada calumnia extrajudicial por oposición a las judiciales».

⁶⁷² DE CARRERAS SERRA, L., *Derecho español de la Información*, 2006, obra citada en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 178.

⁶⁷³ PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, págs. 147 – 231.

⁶⁷⁴ STS núm. 1154/1993 (Sala de lo Penal), de 22 de mayo, Recurso núm. 739/1992. Juez Ponente: Excelentísimo Sr. Luis Román Puerta Luis (RJ 1993/4232).

SÁNCHEZ MELGAR hace las siguientes diferenciaciones entre la acusación y denuncia falsas y las calumnias⁶⁷⁵:

1. La calumnia supone sólo la imputación de delitos, mientras que la acusación o denuncia falsas pueden ser faltas.
2. La imputación de la acusación o denuncia falsa debe efectuarse ante funcionario que tenga el deber de proceder a su averiguación, mientras que la calumnia puede expresarse ante cualquier persona.
3. La calumnia es delito privado perseguible mediante querrela del ofendido, mientras que la acusación y denuncia falsa pueden perseguirse de oficio.
4. Para proceder por acusación y denuncia falsa es preciso la conclusión del proceso penal sin declaración de responsabilidad, requisito que no se exige en la calumnia.

Cabe condenar a una persona por haber cometido el delito del art. 456 CP (LA LEY 3996/1995) y que se le condene por imputar un delito añadiendo la agravante de responsabilidad criminal del art. 22.7 CP por cometer la denuncia falsa siendo funcionario de la Policía y prevalerse del carácter público que ostenta. A modo de ejemplo, el caso de una persona que es acusada por la Policía por delito de atentado, siendo mentira los hechos objeto de la acusación. El condenado por denunciar falsamente está obligado a la responsabilidad penal de la pena de multa, más la responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados.

⁶⁷⁵ SÁNCHEZ MELGAR, Julián, en SOTO RODRÍGUEZ, María de Lourdes, *La denuncia falsa en el Código Penal español*, Diario La Ley, No 7977, Sección Doctrina, 3 Dic. 2012, Editorial LA LEY. LA LEY 18095/2012.

B) Teleología del tipo

Es, en principio, un mecanismo de reacción frente a denuncias o acusaciones que no corresponden con la realidad. Se trata de evitar -y en todo caso de sancionar- la utilización del proceso penal para finalidades impropias o torcidas⁶⁷⁶.

La razón por la que la acusación y denuncias falsas se encuentra junto al delito simulado es porque ambos casos provocan procesos penales sin objeto, llevando a cabo una actividad jurisdiccional vacía, que persigue inexistencias⁶⁷⁷. En este sentido, los objetivos son los mismos que los del delito simulado como ya se expondrá a detalle.

Pero no únicamente busca el tipo penal proteger la correcta Administración de Justicia, sino también, subsidiariamente, el derecho al honor de la persona acusada o denunciada, como claramente ha quedado explicado.

C) Estructura del tipo

No solo la normativa y la doctrina nos exige que se cumplan los elementos del tipo, sino también la jurisprudencia española, por lo que será indispensable

⁶⁷⁶ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 79.

⁶⁷⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 175.

adentrarnos es este tipo penal, ya que la STS de 23 de septiembre de 1987⁶⁷⁸ es determinante al estipular que para que haya tipicidad en este caso concreto, deben concurrir los siguientes elementos:

1. Una imputación precisa y categórica de hechos muy concretos y específicos dirigida contra determinada persona.
2. Que tales hechos, de ser ciertos, constituirían infracción penal perseguible de oficio.
3. La imputación debe ser falsa, y puede ser tanto de un delito como de una falta⁶⁷⁹.
4. La denuncia o acusación debe presentarse ante autoridad que tenga la obligación de actuar.
5. Que exista intención delictiva, esto es, conciencia de que el hecho denunciado es delictivo y falso, es decir, mala fe del sujeto activo.

Con este anticipo, pasemos a estudiar los elementos del tipo.

⁶⁷⁸ STS (Sala de lo Penal) de 23 de septiembre de 1987, Ponente: Excelentísimo Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo (RJ 1987/6624). España, así también la STS (Sala de lo Penal) de 01 de febrero de 1990, Ponente: Excelentísimo Dr. D. Gregorio García Ancos (RJ 1990/1025). España.

⁶⁷⁹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª edición, op. cit. pág. 890.

1. *Bien jurídico*

Al formar parte de los catalogados “delitos de mentira”⁶⁸⁰, se considera que los bienes jurídicos protegidos son la recta Administración de Justicia y el honor del falsamente acusado⁶⁸¹.

El bien jurídico protegido es doble en este delito, es decir, es un tipo penal pluriofensivo⁶⁸². Al igual que en el delito simulado (aunque ahí tenemos una *ratio legis*) se pretende evitar un despilfarro de recursos propios de la Administración de Justicia en causas falsas. Más expresamente, la sentencia de 22 de octubre de 1974 afirma que:

[...] el delito de acusación y denuncia falsa «ataca primordialmente la función jurisdiccional puesta en marcha, sin causa legítima por el indebido proceso, y subsidiariamente el honor de la persona imputada, siquiera se alce como garante de la obligación de denunciar impuesta por los arts. 259 y 264 LECRim [...]»⁶⁸³.

Pero además este no es sólo un delito contra la Administración de Justicia, sino también contra el bien jurídico protegido «honor», por cuanto a diferencia

⁶⁸⁰ MAQUEDA ABREU, M.L., *Acusación y denuncia falsas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 11, así también en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 80.

⁶⁸¹ GOYENA HUERTA, J., *Acusación y denuncia falsas, y simulación de delitos*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, VVAA, Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 158, así también en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 80.

⁶⁸² RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 176.

⁶⁸³ MUERZA ESPARZA, Julio J., *El delito de acusación y denuncia falsa (art. 325 CP) en la jurisprudencia del TS*, Diario La Ley, 1986, pág. 1041, tomo 4, Editorial LA LEY, LA LEY 5874/2001.

del delito simulado, en la acusación o denuncia falsa sí se señala a un tercero como responsable del cometimiento de un delito (existente o inexistente).

Históricamente, la discusión de esta pluriofensividad inició con una confrontación entre el honor y la fe pública⁶⁸⁴, no obstante, finalmente la doctrina mayoritaria establecería que los bienes jurídicos son el correcto funcionamiento de la Administración Pública y el derecho al honor, no obstante, éste último se considera como objeto de protección indirecto o subsidiario⁶⁸⁵. Actualmente se considera al honor, en este caso, como un bien jurídico protegido preferente⁶⁸⁶.

Existen también teorías unitarias contrapuestas. Así, MAGALDI PATERNOSTRO, GARCÍA ARÁN y DÍAZ PITA sostienen que el único bien jurídico protegido es la Administración de Justicia⁶⁸⁷, mientras que ORDEIG ORERO sostiene que el único bien jurídico protegido es el honor del falsamente acusado⁶⁸⁸.

⁶⁸⁴ VIVES ANTÓN, J., BOIX REIG, E., ORTS BERENGUER, J. C., CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, págs. 272 y sigs., así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 177.

⁶⁸⁵ RUIZ VADILLO, E., *Delitos de acusación y denuncia falsa*, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, 1995, pág. 83, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 177.

⁶⁸⁶ SERRANO GÓMEZ Alfonso y SERRANO MAILLÓ Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, 10ma edición, Madrid, 2005, pág. 863, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 183.

⁶⁸⁷ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, *Los delitos contra la Administración de Justicia en la Reforma Penal*, Documentación Jurídica, núm. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, págs. 1118 – 1195; Así también en MAGDALI PATERNOSTRO, *Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa*, ADPCP, 1987, págs. 37 y sigs., DÍAZ PITA, *El delito de acusación y denuncia falsas: aspectos fundamentales*, 1966, págs. 56 y 57, y en ROPERÓ CARRASCO, Julia, *Abusar de la Justicia, Dimensión Actual del delito de acusación y denuncia falsas*, op. cit. pág. 165.

⁶⁸⁸ DÍAZ PITA, *El delito de acusación y denuncia falsas: aspectos fundamentales*, op. cit. págs. 39 – 50.

Pero además del bien jurídico protegido, ROPERO CARRASCO considera que este tipo penal tiene un innegable *ratio legis*, ésta sería: evitar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del derecho al honor, del derecho a la libertad y el derecho al patrimonio, todos éstos del acusado⁶⁸⁹.

2. *Verbo rector*

El verbo rector es «imputar», pero con conocimiento de la falsedad de la imputación o con temerario desprecio a la verdad.

Este delito tiene un verbo rector compuesto, es decir, imputar significa “*Atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable*”⁶⁹⁰.” Empero, esta imputación para que sea perfecta en cuanto a la configuración del verbo rector debe estar ligada a que sea realizada con conocimiento de que la imputación es falsa, o que probablemente no lo es (temeridad), haciéndolo con desprecio a la verdad (elemento subjetivo del tipo).

3. *Tipo objetivo*

La doctrina y la jurisprudencia española han determinado con exactitud el contenido objetivo de las acusación o denuncia falsas, por lo sin complicación nos someteremos a este acertado criterio, que establece que los elementos objetivos son:

⁶⁸⁹ ROPERO CARRASCO, Julia, *Abusar de la Justicia, Dimensión Actual del delito de acusación y denuncia falsas*, op. cit. pág. 177.

⁶⁹⁰ “Imputar”, Web, Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=imputar>.

- a) La imputación a persona determinada de la comisión de unos hechos que no se han cometido o nos son atribuibles a aquella⁶⁹¹.
- b) Que los hechos falseados sean constitutivos, en caso de que fueren ciertos, de delito o falta⁶⁹².
- c) La imputación debe ser realizada en forma y con afirmación positiva, y no como mera sospecha⁶⁹³.
- d) La imputación debe ser formal y dirigida a funcionario judicial o administrativo⁶⁹⁴, que en razón de su cargo tenga el deber de proceder con la investigación de lo denunciado y proceder a la persecución del inculcado⁶⁹⁵.
- e) La imputación de los hechos y/o de la responsabilidad debe ser falsa, bien sea porque los hechos son inexistentes, bien porque el imputado no hubiese participado en ellos⁶⁹⁶.

⁶⁹¹ RUIZ VADILLO, E., *Delitos de acusación y denuncia falsa*, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit., así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 185.

⁶⁹² RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 185.

⁶⁹³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 185.

⁶⁹⁴ STS (Segunda Sala de los Penal), de 19 de junio de 2004, núm. 765/2004, rec. 494/2013. Juez Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater (EDE 2004/82780). España.

⁶⁹⁵ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. págs. 185 y 186.

⁶⁹⁶ GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. pág. 189.

Es fundamental considerar que este delito no trata únicamente aquellos casos en que los hechos atribuidos son inexistentes, sino también aquellos casos en que sí existieron y que sí se cometieron, pero que intencionalmente y a sabiendas de esto, se le imputa su comisión a una persona sin que en realidad le sean atribuibles⁶⁹⁷.

Respecto a la forma de presentar la acusación falsa, puede ser de forma oral o escrita; mediante querrela o mediante denuncia⁶⁹⁸. Y es justamente al momento de presentar la denuncia o acusación cuando se entiende consumado el delito⁶⁹⁹.

Ya veremos que en el delito simulado con la presentación de la denuncia no se consuma el delito, sino que se inicia la ejecución del delito, siendo indispensable que el funcionario judicial o administrativo ponga en marcha el aparato investigativo -procesal para que se entienda que hubo consumación; en el particular caso de la acusación y denuncias falsas, basta la sola presentación, por cuanto, incluso si no se realizaren actos investigativos, la lesión a la honra sí se consuma.

⁶⁹⁷ BENLLOCH PETIT, G., *La acusación y denuncia falsas y la simulación de delitos*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.) y RAGUÉS I VALLÉS, R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006, págs. 343 y 344, así también en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 80.

⁶⁹⁸ PALOMO DEL ARCO, *Acusación y denuncias falsas*, Nueva regulación, *Examen de estos delitos, Especial referencia a la simulación de delitos dentro de este capítulo*, págs. 147 – 231, obra citada en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 187.

⁶⁹⁹ GOYENA HUERTA, J., *Acusación y denuncias falsas, y simulación de delitos*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, 2002, pág. 182, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 187.

Justamente por lo anteriormente mencionado, en este tipo penal no cabe la tentativa⁷⁰⁰, ya que no es necesario que se provoquen, como tal, actos procesales.

Por otro lado, es importante hacer hincapié en no se exige una valoración jurídica de los hechos acusados o denunciados, ni tiene relevancia alguna que el denunciante los califique inadecuadamente⁷⁰¹, por ejemplo denunciando falsamente (simulación) por «robo» algo que según los hechos descritos es una «estafa».

4. Tipo subjetivo

Este es un delito exclusivamente doloso⁷⁰², por lo que bajo ningún concepto puede ser imprudente, y si es imprudente el acto, entonces, es atípico⁷⁰³. En este sentido y por responsabilidad académica, siendo reiterativos, la acusación y denuncias falsas tiene dos principales elementos subjetivos⁷⁰⁴:

⁷⁰⁰ GOYENA HUERTA, J., *Acusación y denuncias falsas, y simulación de delitos*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, 2002, pág. 182, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 187.

⁷⁰¹ PALOMO DEL ARCO, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 168.

⁷⁰² PÉREZ RÚA, M. P., *La acusación y denuncia falsas*, Thomson – Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 122, así también en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 81.

⁷⁰³ PALOMO DEL ARCO, *Acusación y denuncias falsas*, Nueva regulación, *Examen de estos delitos, Especial referencia a la simulación de delitos dentro de este capítulo*, págs. 147 – 231, obra citada en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 192.

⁷⁰⁴ BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, Tomo 2, Volumen 2, obra citada en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 188.

- a) Que, el que así actúa, tenga conciencia de ser falsos los hechos imputados.
- b) Que, a pesar de ello, deliberada y maliciosamente formalice esta denuncia.

Se trata de dolo directo, mas de dolo eventual, como GOYENA HUERTA defiende⁷⁰⁵, por cuanto este tipo penal se caracteriza por la malicia y no por la temeridad. Justamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha exigido, como elementos subjetivo del tipo, la intención de faltar a la verdad⁷⁰⁶.

En palabras de ESCRHUELA CHUMILLA:

Se trata, en consecuencia, de un delito doloso que no puede ser cometido por imprudencia, viniendo aquél referido a la conciencia que el sujeto activo tiene de la falsedad de las imputaciones vertidas. Al tratarse del elemento subjetivo del tipo, de realidades que pertenecen al ámbito interno de la persona, para su fijación en el proceso requieren una operación compleja, juicio de inferencia, o procedimiento inductivo como nos indica el TS⁷⁰⁷.

Se dirá que el texto de la ley habla de “temerario deprecio a la verdad”, empero, esto no se refiere a la calidad de denuncia temeraria, sino a la intención de dañar, aún sabiendo que lo que se asevera puede no ser cierto.

⁷⁰⁵ GOYENA HUERTA, J., *Acusación y denuncias falsas, y simulación de delitos*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, 2002, pág. 176, obra citada en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 188.

⁷⁰⁶ STS (Sala Segunda de lo Penal), de 23 de septiembre de 1993, núm. 2112/1993, rec. 4875/1995, Juez Ponente: Enrique Ruiz Vadillo (EDE 1993/8200). España.

⁷⁰⁷ ESCRHUELA CHUMILLA, Javier, *Delitos contra la Administración de Justicia*, Esta doctrina forma parte del libro *"Todo Penal"*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Marzo 2011. LA LEY 388/2012.

Queda claro que el falso acusador en este caso en particular quiere el resultado, más no simplemente lo acepta, por lo que debemos mantenernos firmemente que el dolo directo es el único dolo posible.

Queda claro, entonces, que en caso de que el procesado sea absuelto pese a haber sido denunciado e investigado, no por esto la acusación o denuncia se convierte en falsa, sino que es indispensable que el acusador o denunciante haya actuado con conocimiento de su falsedad⁷⁰⁸.

Ahora cabe hacernos una pregunta⁷⁰⁹: ¿y qué sucede si pese a la falsedad subjetiva, resulta que la imputación sí ha sido verdadera? Estaríamos frente a un caso de atipicidad, en que la buena fortuna del malicioso acusador evitó que sea procesado.

5. *Sujetos intervinientes*

Tenemos tres sujetos intervinientes: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un destinatario.

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona imputable, que haciendo uso de los recursos legales denuncie o acuse falsamente a otro del

⁷⁰⁸ SAP Alicante, sec. 2.^a, de 26 de septiembre de 2005, núm. 564/2005, rec. 266/2005, Juez Ponente: Faustino de Urquía y Gómez (EDE 2005/207814). España.

⁷⁰⁹ RUIZ VADILLO, E., *Delitos de acusación y denuncia falsa*, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit., así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 186.

cometimiento de un delito, ante un funcionario judicial o administrativo, y sin necesidad de que tenga conocimientos de Derecho Penal⁷¹⁰.

Si esa persona cualquiera (sujeto activo) es un funcionario público, se le aplicará la agravante del art. 22.7 CP por prevalerse de su carácter público⁷¹¹.

El sujeto pasivo es la víctima de dicho delito, en este caso también puede ser cualquier persona, pero con una características especial: tiene que ser una persona distinta al sujeto activo, caso contrario estaríamos frente a un delito simulado. RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ añaden una segunda característica: que no se trate de una persona jurídica⁷¹²; no obstante, cuando los autores emitieron dicha opinión, en España aún las personas jurídicas no podían delinquir, y ahora, al poder éstas ser sujetos activos, cambió su consideración en la teoría jurídica del delito, por lo que tal criterio doctrinal ha quedado caduco.

Es posible que una persona jurídica sea sujeto pasivo de este delito⁷¹³, sobre todo tomando en cuenta que, desde un punto de vista jurídico, se equipara a la persona jurídica con la persona natural, de tal modo que se lo considera una “persona” con incapacidad relativa por cuanto debe ser representada por una

⁷¹⁰ SERRANO GÓMEZ Alfonso y SERRANO MAILLÓ Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, 10ma edición, op. cit. pág. 864, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 188.

⁷¹¹ ARIAS EIBE, M. J., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal*, 2007, págs. 180 – 182, así también en en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. págs. 179 y 180.

⁷¹² RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 183.

⁷¹³ GOYENA HUERTA, J., *Acusación y denuncia falsas, y simulación de delitos*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 186, así también en en De Miranda Vázquez, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 82.

persona natural conforme al Derecho Civil⁷¹⁴, pero en todo caso, la persona jurídica puede ejercer derechos y contraer obligaciones.

⁷¹⁴ En España, se ha hecho doctrina (fuente del Derecho) y se ha sentado el precedente de que las personas jurídicas tienen el derecho al honor y buen nombre. Como prueba de ello, es digna de mención la antigua sentencia del Tribunal Supremo español de 31 de marzo de 1930, en la que se reconoce la posibilidad de que puedan ser indemnizados los daños, tanto materiales como morales, causados a una persona jurídica en su honor comercial mediante la publicación de ciertos anuncios en los que se desacreditaba y ridiculizaba una fórmula comercial que utilizaba la empresa demandante. Referentes al honor mercantil también se pronunciaron las sentencias del Tribunal Supremo español de 25 de junio de 1945 y 4 de junio de 1962; cierto es que, por falta de existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares autónomas del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadoras de dignidad humana como sí lo pueden ser las personas naturales, pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona jurídica están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. Además, si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal o de la colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses puedan ser titulares de derechos constitucionales, en tanto en cuanto éstos sirvan para proteger su propia existencia e identidad a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad y los fines para los que han sido constituidas, como lo es el derecho al buen nombre. (LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor en las Personas Jurídicas: Nuevas Tendencias en la Jurisprudencia*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-247, tomo 7, Editorial LA LEY LA LEY 1435/2002.); en consecuencia, las personas jurídicas no actúan en estos casos sólo en defensa de su interés legítimo, sino como titulares de un derecho propio. Así, ha venido interpretando el Tribunal Constitucional español a partir de su sentencia 52/1995 por la que se reconoce a la empresa “Amaika, S.A.”, dedicada a la difusión de publicaciones, el derecho a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones. Puede sostenerse, por tanto, que desde un punto de vista constitucional existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales; es indudable que las personas jurídicas, por los fines a los que sirven o por la forma en que llevan sus actividades, alcanzan una buena fama, una buena opinión, un buen nombre o una bien ganada reputación frente a la sociedad y por lo tanto poseen bienes que son dignos de protección, bienes que son de naturaleza moral y no material. (LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor en las Personas Jurídicas: Nuevas Tendencias en la Jurisprudencia*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-247, tomo 7, Editorial LA LEY LA LEY 1435/2002.); HERRERO TEJEDOR sostiene que respecto a los partidos políticos, sindicatos, fundaciones, asociaciones, confesiones religiosas sin ánimo de lucro, es decir, personas jurídicas caracterizadas por la reunión de una colectividad de personas físicas (*universitas personarum*), sí se les debería reconocer el derecho al honor, pues su desprestigio haría muy difícil la obtención de sus fines sociales. (HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, 2da edición, Colex, Madrid, 1994, pág. 283 y sigs., obra citada en LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El Derecho al Honor en las Personas Jurídicas: Nuevas Tendencias en la Jurisprudencia*. op. cit.); RODRÍGUEZ GARCÍA sostiene la tesis favorable al derecho al honor de las personas jurídicas al decir que “*también las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, en la medida que su propia naturaleza permita su aplicación como es el caso del derecho al honor*”. (RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J.: *Contingencias varias de jurisprudencia y honor*, Dykinson, Madrid, 1994, obra citada en LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El Derecho al Honor en las Personas Jurídicas: Nuevas Tendencias en la Jurisprudencia*. op. cit.); el honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible. Una persona jurídica que es atacada en su buena

El destinatario es, en cuanto determina la norma, el funcionario judicial o administrativo que recibe la acusación y denuncia y que en razón de su cargo tiene la obligación de proceder con su averiguación (ejecutar actuaciones procesales), esto es, investigar aquello que ha sido denunciado e imputado a determinada persona.

Al igual que analizaremos el caso de los destinatarios en la simulación de delitos, en este caso particular, estos funcionarios pueden ser jueces, fiscales o integrantes de las Fuerzas de Seguridad del Estado⁷¹⁵.

Cabe la autoría inmediata como la mediata⁷¹⁶; la cooperación necesaria de quien hace de intermediario, a sabiendas de la falsedad, también es posible como una forma de participación⁷¹⁷; incluso la inducción sería posible⁷¹⁸.

fama, su prestigio o su honor tiene indudablemente acción para su protección, sea persona jurídica de tipo personalista (*universitas personarum*) sea de tipo patrimonialista (*universitas bonorum*). (LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El Derecho al Honor en las Personas Jurídicas: Nuevas Tendencias en la Jurisprudencia*. op. cit.); la sentencia del Tribunal Constitucional español de 26 de diciembre de 1995 expone una doctrina que se resume así: “ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales... aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. La persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”. Siguiendo esta doctrina el Tribunal Supremo español en la sentencia de 14 de marzo de 1996 dice: “que la persona física y por extensión constitucional la persona jurídica son merecedoras de la tutela a su honor”.

⁷¹⁵ SERRANO GÓMEZ Alfonso y SERRANO MAILLÓ Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, 10ma edición, op. cit. pág. 864, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 194.

⁷¹⁶ MAQUEDA ABREU, M.L., *Acusación y denuncia falsas*, op. cit. págs. 65 y 66, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 83.

D) Requisitos de procedibilidad

Para poder procesar al malicioso denunciante o acusador, se requiere sentencia firme o auto firme⁷¹⁹, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada falsamente⁷²⁰. Estos mandarán a proceder de oficio contra el mendaz acusador o denunciante siempre y cuando en la causa principal (la provocada por la denuncia o acusación falsa) resulten indicios de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que también pueda perseguirse a través de denuncia de la víctima de la falsa imputación, conforme al art. 456.2 CP).

⁷¹⁷ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 83.

⁷¹⁸ MAQUEDA ABREU, M.L., *Acusación y denuncia falsas*, op. cit. pág. 66, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 83.

⁷¹⁹ RUIZ VADILLO, E., *Delitos de acusación y denuncia falsa*, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 88 y sigs., así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 195.

⁷²⁰ STS (Segunda Sala de lo Penal), de 14 de octubre de 2003, núm. 1301/2003, rec. 3116/2001, Juez Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater (EDE 2003/152579).

III. Encubrimiento

A) Tenor literal

Las similitudes del encubrimiento con el delito simulado son varias, por lo que será de extrema importancia analizar cuidadosamente este tipo penal, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 451.- Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.

2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.

3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos.

b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave⁷²¹.

Como vemos es un delito bastante extenso en su tipificación que, además, es tratado de forma autónoma y no como una forma de participación, pero debe mediar el requisito de no haber participado como autor o como cómplice en la ejecución del delito⁷²².

El encubrimiento tiene su propia pena (prisión de seis meses a tres años)⁷²³ sin perjuicio del delito en el que el encubridor participe, pero además puede tener una pena de inhabilitación especial si se encubre desde la calidad de funcionario público.

El autor de encubrimiento, conforme al art. 453 CP⁷²⁴, responde por su delito incluso cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena.

⁷²¹ Código Penal. España.

⁷²² CADENAS CORTINA, Cristina, *El encubrimiento en el nuevo Código Penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la Administración de Justicia*, Madrid, 1997, págs. 85 – 129, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 121.

⁷²³ Código Penal. España. Artículo 452.- *En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a esta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior.*

⁷²⁴ Código Penal. España. Artículo 453.- *Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena.*

Por otro lado, el art. 454 CP⁷²⁵ establece claramente una excusa legal absoluta⁷²⁶ para los casos en que se encubra al cónyuge o a la persona con quien se halle ligado de forma estable de pareja, a los ascendientes, descendientes, hermanos (sean biológicos o por adopción), o cuñados.

B) Teleología del tipo

En la mayoría de las legislaciones penales, el encubrimiento es una forma de participación criminal, no obstante, en España actualmente es un delito contra la Administración de Justicia, porque se entiende que el encubridor no lesiona el bien jurídico protegido particular del delito que encubre, porque éste, cuando por fin participa, ya está lesionado, por cuanto el delito ya está ejecutado, consumado y probablemente agotado.

Por esto es autónomo, porque no se puede participar en un delito ya cometido, y así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de 2001⁷²⁷ en cuanto a que en la fase de ejecución es la única forma de colaborar con el autor, esto es, siendo cómplice o cooperador necesario, por lo que, al encubrimiento, el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de octubre de 2003, se la denomina como «participación post-ejecutiva»⁷²⁸.

⁷²⁵ Código Penal. España. Artículo 454.- *Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451.*

⁷²⁶ El encubridor sería responsable de encubrimiento, pero su encubrimiento no es punible.

⁷²⁷ STS, Sala 2.ª, de 28 de marzo de 2001, núm. 20/2001, rec. 4234/1998, Juez Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón (EDE 2001/1439). España.

⁷²⁸ STS, Sala 2.ª, de 30 de octubre de 2003, núm. 1448/2003, rec. 2061/2001, Juez Ponente: Carlos Granados Pérez (EDE 2003/127625). España.

En este sentido, el encubridor en realidad atenta contra la investigación, contra el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia porque le pone trabas y la frustra.

La teleología del encubrimiento es sancionar los comportamientos obstaculizadores de la recta Administración de Justicia, esto es, aquellas conductas destinadas a favorecer el aprovechamiento de los efectos del delito, ora para impedir la labor de la investigación⁷²⁹, ora para promover la sustracción de los delincuentes a la acción de la Justicia.

Por lo mismo, la finalidad o *ratio legis* de este tipo penal es principalmente sancionar acciones tendiente a evitar el descubrimiento de los hechos que se investigan, así como sancionar a quienes ayuden a los presuntos responsables a eludir la investigación, es decir, se sanciona a quien obstaculiza a la Justicia, lo cual alcanza tanto a la persecución primaria pre-procesal o Policial/Ministerio Público, como a la persecución secundaria o Judicial una vez abierto el procedimiento⁷³⁰. Así también lo sostiene SOTO NIETO, al decir que no es desacertado que el encubrimiento se encuentre entre los delitos contra la Administración de Justicia, por cuanto “en todo encubrimiento, de modo más o menos directo, se impide o dificulta el descubrimiento y sanción del hecho punible”⁷³¹.

⁷²⁹ BENLLOCH PETIT, G., *Delitos contra la Administración de Justicia*, obra citada en RILLO PERALTA, ELENA, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, ELENA, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Claves La Ley, Madrid, 2012, pág. 392.

⁷³⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 122.

⁷³¹ SOTO NIETO, Francisco, *Breve consideración sobre el encubrimiento*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-33, tomo 1, Editorial LA LEY, LA LEY 12225/2001.

C) Estructura del tipo

1. Bien jurídico

Como ya se mencionó, el bien jurídico protegido de este delito es nuevamente la correcta Administración de Justicia, en tanto y cuanto el encubrimiento obstaculiza su labor con la finalidad de evitar que la verdad procesal pueda estar apegada a la verdad histórica, creando impunidad e inseguridad jurídica.

GARCÍA PÉREZ sostiene que específicamente el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia y, en particular, el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida a los jueces y magistrados por el Art. 117 CE⁷³².⁷³³

⁷³² Constitución Española. Artículo 117.-

1. *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.*

2. *Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.*

3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*

4. *Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.*

5. *El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.*

6. *Se prohíben los Tribunales de excepción.*

⁷³³ GARCÍA PÉREZ, O., *El encubrimiento y su problemática en el Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 30 – 46, así también en RILLO PERALTA, ELENA, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, ELENA, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 392.

Definitivamente este no es un delito que lesione el bien jurídico protegido del delito que se encubre, por cuanto este ya fue ejecutado y consumado cuando el encubridor aparece en la escena. Empero, existen autores, como HERNÁNDEZ GARCÍA, que consideran que conforme al primer número del art. 451 CP, este es un delito plurofensivo, porque se favorece, aún en etapa de agotamiento, el delito preexistente⁷³⁴, criterio que a mi parecer es errado por cuanto la lesión al bien jurídico acontece en la ejecución y se satisface con la consumación y agotamiento, por lo que cuando aparece el encubridor el bien jurídico protegido ya está lesionado, y conforme al numeral primero del art 451 CP lo único que hace el encubridor es ayudar a la satisfacción del beneficio de los frutos del delito.

2. *Verbo rector*

Este tipo penal tiene varios verbos rectores, lo cuales principalmente son:

- Auxiliar
- Ocultar
- Alterar
- Inutilizar
- Impedir
- Ayudar
- Sustraer

Por su puesto que estos verbos rectores tienen un *cómo* y un *para qué*, lo cual veremos a continuación, cuando analicemos el elemento objetivo del tipo.

⁷³⁴ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *El encubrimiento*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, 2002, pág. 112, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 122.

3. *Tipo objetivo*

Los elementos objetivos del encubrimiento son los siguientes, los cuales pueden ejecutarse indistintamente, individual o conjuntamente:

- a) Auxiliar a los autores o cómplices para que puedan beneficiarse del producto de su delito, es decir, ayudar al agotamiento, siempre y cuando no haya ánimo de lucro propio.
- b) Ocultar, alterar o inutilizar el resultado material del delito con la finalidad de evitar que sean descubiertos, como por ejemplo, escondiendo el encubridor en su casa el coche que su vecino se robó.
- c) Ayudar a los autores o cómplices a que no puedan ser investigados con normalidad o a ocultarse para no ser detenidos.

Es importante considerar que el encubridor debe participar con ánimo de lucro, como por ejemplo, ayudando a esconder las cosas robadas con el fin de devolverlas pero quedándose con un porcentaje de la mercancía como comisión por la cooperación, o vendiéndolas para que se diluyan en el mercado. Si esto llegase a suceder, ya no estaríamos ante un encubrimiento, sino frente a un delito de receptación⁷³⁵.

⁷³⁵ SERRANO GÓMEZ Alfonso y SERRANO MAILLÓ Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, 10ma edición, op. cit., pág. 855, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 131.

Lo esencial es auxiliar a los autores y/o cómplices de un delito para no ser descubiertos, y encubrir es un delito de mera actividad, es decir, basta con que se intente encubrir aunque no se produzca el resultado deseado, por cuanto el solo acto voluntario de auxiliar ya configura típicamente este delito⁷³⁶. En este orden de cosas, no cabe la tentativa. Además, se puede cometer por omisión, siempre y cuando la finalidad sea contribuir con el aprovechamiento de los efectos del delito por parte de los ejecutores⁷³⁷.

No hace falta decir que si la conducta del autor o cómplice no es típica, aunque el encubridor crea que lo es, no se encubre y estaríamos frente a un caso de atipicidad. El delito previo debe efectivamente haberse cometido.

En todo caso, el encubridor debe estar consciente, es decir, conocer de la comisión de un delito previo, sin que sea necesario que conozca los detalles respecto a la tipicidad⁷³⁸.

Una forma de encubrir puede ser simulando ser autor del delito, lo cual, en teoría, no constituiría simulación de delito, sino encubrimiento, como veremos en el siguiente capítulo. En todo caso, es importante adelantar la relevancia de esta paridad entre el encubrimiento y el delito simulado, por cuanto, a través de actos de simulación, se puede encubrir, y estaremos frente a un delicado concurso de delitos.

⁷³⁶ STS Sala 2ª, de 22 de febrero de 2001, núm. 1655/2000, rec. 968/1999, Juez Ponente: Gregorio García Ancos (EDE 2001/3192). España.

⁷³⁷ GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. pág. 173.

⁷³⁸ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª edición, op. cit. pág. 881.

4. Tipo subjetivo

El encubrimiento, sin duda, es un delito doloso, por cuanto es condición imprescindible⁷³⁹ que el encubridor esté consciente y conozca que la persona la que va ayudar ha intervenido en la ejecución de un delito⁷⁴⁰, y que con su ayuda le va a permitir intentar eludir la Justicia.

Conocimiento y dolo del delito se superponen completamente, ya que el dolo presupone el conocimiento del delito encubierto⁷⁴¹; el conocimiento del encubridor ha de ser previo y obviamente debe existir un delito previo⁷⁴².

III. Estafa procesal

A) Tenor literal

La estafa procesal, a diferencia de las otras figuras afines al delito simulado, no es un delito contra la Administración de Justicia, sino una forma de

⁷³⁹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *El encubrimiento*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit., págs. 114 y sigs., así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 124.

⁷⁴⁰ QUINTERO OLIVARES G., *Delitos contra la Administración de Justicia. Del Encubrimiento*, en QUINTERO OLIVARES G. (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pág. 1942, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 124.

⁷⁴¹ STS Sala 2ª, de 25 de enero de 1999, núm. 36/1999, rec. 3858/1997, Juez Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater (EDE 1999/614). España.

⁷⁴² HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *El encubrimiento*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit., págs. 85 - 129, así también en en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 125.

estafa. Se encuentra en el Capítulo VI sobre las defraudaciones, en la sección uno “de las estafas”.

La estafa procesal como delito autónomo y de manera expresa, aparece por primera vez en el ordenamiento jurídico español con la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.

El tenor literal es el siguiente:

Artículo 250:

1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

1.º Reaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

3.º Reaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

4.º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

5.º Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros.

6.º Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

7.º Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o empleen otro fraude procesal análogo, provocando error en

el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero⁷⁴³.

Del supuesto legal 7º del artículo 250 CP se desprende que este tipo penal tiene una ubicación un poco *sui generis* ya que desentona con las formas de estafa que la rodean. Se debe tomar muy en cuenta que la estafa procesal es una forma de estafa agravada.

B) Teleología del tipo

Sin duda el fin de la estafa procesal como delito es reprimir a aquellas personas que induciendo a engaño al Juzgador consiguen un resultado injusto, perjudicando a un tercero, lo cual, propiamente dicho, no es una estafa, sino una conducta pluriofensiva, a través de la cual, lesionando la Administración de Justicia, se adquiere un beneficio y se genera un perjuicio.

Debemos partir de la premisa de que el proceso es el instrumento a través del cual los órganos del Estatales con potestad jurisdiccional cumplen la función que se les asigna constitucionalmente: juzgar y ejecutar lo juzgado, la realización del Derecho objetivo, y por el que los particulares pueden ver satisfecho su derecho a la tutela judicial efectiva; empero, también es posible que el proceso en sí se utilice dolosamente como forma o instrumento de engaño, como sucede cuando se simula el pleito o se emplea otro fraude procesal⁷⁴⁴.

⁷⁴³ Código Penal. España.

⁷⁴⁴ SERRANO HOYO, Gregorio, *Algunas consideraciones sobre la estafa procesal*, Dialnet, pág. 192.

Por esto, considero que esto es perfectamente un delito contra la Administración de Justicia, mal ubicado por el legislador.

C) Estructura del tipo

1. Bien jurídico

El bien jurídico protegido es el patrimonio del injustamente condenado mediante inducción a error al Juzgador, no obstante y de forma subsidiaria, también es la Administración de Justicia.

SERRANO HOYO sostiene que “[n]o podemos olvidar que en la estafa procesal aunque el bien jurídico protegido es el patrimonio, también existe el interés jurídico en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia que sirve de fundamento a la agravación de la penalidad”⁷⁴⁵.

En realidad, el bien jurídico protegido, dogmáticamente hablando y olvidando momentáneamente la norma, sería la correcta Administración de Justicia⁷⁴⁶ (o su *ratio legis*), e incluso, para cierto sector de la doctrina, la fe pública⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ SERRANO HOYO, Gregorio, *Algunas consideraciones sobre la estafa procesal*, Dialnet, pág. 205.

⁷⁴⁶ HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, Pablo, *El fraude procesal penal, una nueva visión*, Tirant Monografías, 735, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 47.

⁷⁴⁷ HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, Pablo, *El fraude procesal penal, una nueva visión*, op. cit. pág. 46.

No cabe duda que el legislador erró al ubicar en el catalogo penal a la estafa procesal, por cuanto en realidad inducir a engaño al Juez vulnera la Administración de Justicia, y sólo subsidiariamente lesionando al patrimonio de un tercero, no obstante, por como ha sido legislado, debemos analizarlo en forma inversa.

2. Verbo rector

Este tipo penal, como podemos apreciar, tiene dos verbos rectores, los cuales son «manipular» y «emplear», pero el verbo, como siempre, deberá estar conectado con un elemento objetivo, lo cual veremos a continuación.

El «empleo», como verbo, por ser una cláusula abierta del tipo penal, permite incluso contar a «simular» como una forma de estafa procesal, lo que podría ser -según alguna parte de la doctrina- un elemento normativo de valoración jurídico civil que nos obligaría a remitirnos a la normativa civil, no obstante, lo correcto es considerar a la simulación como un verbo descriptivo, entendiéndose como presentar engañosamente una cosa, como si en verdad existiera como tal, cuando en realidad no existe⁷⁴⁸.

3. Tipo objetivo

La manipulación a la que nos referimos en el subcapítulo anterior, se refiere específicamente a la manipulación de pruebas sobre las cuales se pretende fundar las alegaciones, esto es, manipular las pruebas, cambiándolas

⁷⁴⁸ HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, Pablo, *El fraude procesal penal, una nueva visión*, op. cit. págs. 63 – 65.

artificialmente, con la finalidad de que sobre éstas específicamente radique la decisión judicial.

El tipo también admite cualquier otra forma de simulación análoga (tipo penal abierto), que podría tratarse incluso de la información misma que se introduce en las alegaciones, como el cambio de fechas, nombres, etc.

El fraude procesal o estafa procesal -ambas denominaciones dogmáticas se podrían utilizar indistintamente- es el engaño utilizado en el proceso para obtener una resolución injusta, induciendo a error al Juez, con el fin de conseguir un lucro o daño ajeno. Las maniobras que se empleen han de poseer una apariencia de verosimilitud que conduzca razonablemente a provocar el error del juez, y, con ello, el resultado lesivo deseado⁷⁴⁹, y así GRISOLÍA afirma que, conceptualmente, la estafa procesal es la perpetrada en un proceso en que el destinatario del ardid es el juez de ese proceso, a quien se busca engañar, a fin de obtener una sentencia, fundada en la falsedad del ardid, que favorezca a una parte en detrimento injusto del patrimonio de la otra. O sea, la estafa llevada a cabo en un juicio con la inocente intervención de un juez inducido por el engaño eficaz desplegado en el proceso⁷⁵⁰.

Existiendo ya el falso testimonio y la falsedad documental, ¿es necesaria la estafa procesal como tipo penal? La respuesta nos lleva a constatar la falta de diligencia legislativa que tipificó de forma innecesaria, autónomamente este delito.

⁷⁴⁹ ALMAGRO NOSETE, José, *El fraude procesal*, Diario La Ley, No 7807, Sección Columna, 28 Feb. 2012, Año XXXIII, Ref. D-91, Editorial LA LEY, LA LEY 905/2012.

⁷⁵⁰ GRISOLÍA, Francisco, *La estafa procesal en el Derecho penal chileno*, Conferencia leída en la sala del Colegio de Abogados de Valparaíso el 27 de mayo de 1994, Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, 1997, No. 3, Dialnet, págs. 417 – 422.

La estafa procesal debe ejecutarse en un entorno procesal de cualquier clase, aunque normalmente ocurre en procesos civiles. El engaño debe ser esencial y determinante para inducir a error al Juez, y determinante también en el sentido resolutorio de la decisión judicial⁷⁵¹.

Para que se consuma el delito normativamente basta que solo dictar la resolución, sin embargo, considero que ésta debe ejecutarse, por cuanto, si no se ejecuta tras ejecutoriarse, no lesionaría bien jurídico alguno -habrá ciertas excepciones- y esto reñiría con el Principio de Lesividad.

No debemos olvidar que a pesar de las críticas que podamos realizar a la ubicación normativa de este delito, por estar donde está, no tenemos otra alternativa que considerar que la estafa procesal es una estafa, lo que se traduce en que el tipo cualificado exige en la concurrencia de los cinco elementos informadores del tipo básico de estafa: 1. El ánimo de lucro; 3. El engaño; 4. el error en otro; y, 5. El acto de disposición y el perjuicio del engañado o de un tercero⁷⁵².

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el engaño consiste en “cualquier falta de la verdad debida a simulación entre lo que se piensa o se dice o se hace instigando o induciendo al sujeto pasivo a actuar en la forma que interesa⁷⁵³” o “en la falsedad, la falta de la verdad en lo que se dice o se hace; es

⁷⁵¹ HERRERA MORENO, Myriam, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 104.

⁷⁵² CARREÑO AGUADO, Julen, *La estafa procesal del artículo 250.1.7.º del Código Penal, Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia*, Diario La Ley, No 7780, Sección Doctrina, 20 de enero de 2012, Año XXXIII, Ref. D-25, Editorial LA LEY, LA LEY 22119/2011.

⁷⁵³ STS de 2 de abril de 1982, LA LEY 13398-JF/0000. España.

la apariencia de verdad, la maquinación insidiosa desplegada sobre la voluntad del sujeto pasivo para provocar el desplazamiento patrimonial”⁷⁵⁴.

Ahora bien, la estafa procesal puede ser considerada en un sentido amplio y en uno estricto –según CEREZO MIR–, siendo en sentido amplio la cometida en el proceso por una parte mediante engaño de la contraria. CEREZO MIR pone como ejemplo el caso en que una parte hace afirmaciones conscientemente falsas, avaladas por documentos y testigos falsos, consiguiendo así engañar a la parte contraria, llevando a cabo éste último, como consecuencia del engaño, un acto de disposición (reconocimiento, renuncia, transacción, etc.)⁷⁵⁵.

Por otro lado, en sentido estricto se refiere a los casos en que la conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al Juez y éste, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero⁷⁵⁶.

Es por esto que OLIVA GARCÍA mantiene que en un proceso es perfectamente imaginable que una de las partes, mediante maquinaciones fraudulentas, induzca a error a la contraparte para obligarle a adoptar una conducta que le comporte un perjuicio patrimonial. Pero además, es posible - afirma- que el objetivo de esos artificios sea el Juez, bien directamente o a través

⁷⁵⁴ STS de 30 de octubre de 1981 y STS 8 de febrero de 1983, LA LEY 32568-NS/0000.

⁷⁵⁵ CEREZO MIR, José, *La estafa procesal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 19, Fasc/Mes 2, Sección Doctrinal, 1966, Dialnet, pág. 179.

⁷⁵⁶ ANTÓN ONECA, José, *Las estafas y otros engaños*, pág. 10, obra citada en CEREZO MIR, José, *La estafa procesal*, op. cit. pág. 180.

del error sufrido por la parte contraria, e incluso es factible que las dos partes se pongan de acuerdo para inducir a error al Juez y dañar a un tercero⁷⁵⁷.

4. *Tipo subjetivo*

Es innegable que estamos frente a un delito doloso, por cuanto la manipulación o empleo fraudulento se lo realiza única y exclusivamente con el ánimo premeditado de inducir a error al Juez.

En este sentido sostiene SERRANO HOYO que “el ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo del tipo que impide la comisión imprudente. Por tanto, ha de estar presente el elemento intencional de defraudar”⁷⁵⁸.

En este lineamiento –afirma SÁNCHEZ REYERO– el «engaño bastante» ha de tener por finalidad producir error en el Juez o Tribunal que conoce y resuelve en el proceso, en este orden de cosas, para la comisión del delito de estafa procesal es preciso que concurra un verdadero engaño o maquinación fraudulenta dirigida en principio al Juez pero con el propósito de defraudar al adversario procesal⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ OLIVA GARCÍA citado en SOTO NIETO, Francisco, *La estafa procesal y sus características*, Diario La Ley, No 5902, Sección Columna, 27 Nov. 2003, Año XXIV, Ref. D-266, Editorial LA LEY, LA LEY 1862/2003.

⁷⁵⁸ SERRANO HOYO, Gregorio, *Algunas consideraciones sobre la estafa procesal*, op. cit. pág. 200.

⁷⁵⁹ SÁNCHEZ REYERO, David Gerardo, *La caducidad de la instancia y el abuso del derecho ante la insolvencia punible con concurso medial de estafa procesal*, Diario La Ley, No 7363, Sección Doctrina, 16 Mar. 2010, Año XXXI, Ref. D-83, Editorial LA LEY, LA LEY 171/2010.

5. *Estafa triangular*

Estamos frente a una «estafa triangular», por cuanto en relación con el tipo básico de estafa, la peculiaridad de la estafa procesal radica en la dualidad personal de los sujetos pasivos, por cuanto mientras que el engañado y quien realiza el acto de disposición es el Juez o Tribunal, el perjuicio es sufrido tanto por la Administración de Justicia como por la parte procesal, llegando incluso al extremo de la posibilidad de que exista un tercero afectado por la resolución judicial. En otras palabras, no coincide el sujeto pasivo con quien sufre el perjuicio patrimonial⁷⁶⁰, o en palabras más técnicas, la víctima y el sujeto pasivo del delito no son la misma persona.

Existe una polémica sentencia -la STS 966/2004, de 21 de julio⁷⁶¹- que sostiene que no puede ser autor del delito de estafa procesal el demandado, por cuanto:

[...] resultaría imposible jurídicamente la comisión de una estafa procesal por el demandado en razón de la posición previa que ostenta en el procedimiento. El demandado, salvo hipótesis de reconvención, el resultado más favorable que puede esperar en un litigio civil es que le absuelvan, y una sentencia absolutoria no puede suponer ese acto de disposición exigido por la estafa, al no producirse un desplazamiento patrimonial [...] una sentencia absolutoria conseguida con maniobras torticeras, no podría poseer jamás la virtualidad para provocar un acto traslativo, solo alcanzable a medio de una condena con atribución patrimonial al actor [...].

⁷⁶⁰ CARREÑO AGUADO, Julen, *La estafa procesal del artículo 250.1.7.º del Código Penal, Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia*, op. cit.

⁷⁶¹ CARREÑO AGUADO, Julen, *La estafa procesal del artículo 250.1.7.º del Código Penal, Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia*, op. cit.

Considero completamente errado este criterio, en razón de que el demandado puede ser invariablemente culpable y no obstante cometer una estafa procesal para salir absuelto, consiguiendo así, por ejemplo, no pagar el dinero que debe a su acreedor, perjudicándolo patrimonialmente y beneficiándose patrimonialmente. Sin embargo, no sólo en este punto la jurisprudencia se equivoca, sino que incluso autores como QUERALT JIMÉNEZ⁷⁶² y BAJO FERNÁNDEZ⁷⁶³ mantienen esta postura.

En este sentido, CARREÑO AGUADO también considera que la postura del Tribunal Supremo es errado ya que no existe razón jurídica para excluir como sujeto activo a alguna de las partes procesales⁷⁶⁴. Es evidente que el Tribunal Supremo interpreta erróneamente que el requisito del acto de disposición en la estafa procesal tiene que consistir en un desplazamiento patrimonial.

El acto de disposición es la resolución judicial misma, la cual contiene un error en el juzgador motivado por un engaño doloso, por lo que no hay argumentos para sostener que una resolución judicial puede ser injusta únicamente para el demandante en un procedimiento⁷⁶⁵.

⁷⁶² QUERALT JIMÉNEZ, en Derecho Penal Español, Parte Especial, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 470, así también en CARREÑO AGUADO, Julen, *La estafa procesal del artículo 250.1.7.º del Código Penal, Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia*, op. cit.

⁷⁶³ BAJO FERNÁNDEZ, en Memento Práctico Penal, 2011, párr. 11237, obra citada en CARREÑO AGUADO, Julen, *La estafa procesal del artículo 250.1.7.º del Código Penal, Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia*, op. cit.

⁷⁶⁴ CARREÑO AGUADO, Julen, *La estafa procesal del artículo 250.1.7.º del Código Penal, Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia*, op. cit.

⁷⁶⁵ VALLE MUÑIZ y QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal*, 2008, pág. 723; y, MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (LA LEY 13038/2010)). II. Parte Especial*, Comares, Granada, 2010, pág. 528, obras citadas en CARREÑO AGUADO, Julen, *La estafa procesal del artículo 250.1.7.º del Código Penal, Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia*, op. cit.

Además, es indefendible que una sentencia absolutoria no cause un perjuicio en los intereses económicos de la contraparte o de un tercero, aun cuando el fondo del asunto litigioso no aborde una cuestión estrictamente económica. En palabras de JAKOBS:

[...] incluso una sentencia en primera instancia es típica e idónea para causar tal perjuicio, pues a nadie se le escapa que la parte procesal «vencida» soporta, desde el momento en que se dicta dicha sentencia, un daño del que solo puede librarse acudiendo de nuevo a los Tribunales para recuperar su derecho. Y es que, con independencia del bien jurídico - penal afectado, el delito no consiste en la lesión de bienes, sino en la lesión de derechos (garantizados)⁷⁶⁶.

En fin, como aclara SERRANO HOYO, el sujeto pasivo del error es el Juzgador, que es inducido a dictar una resolución injusta determinante de un acto de disposición en perjuicio patrimonial no propio, sino ajeno (tercero o contraparte)⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ JAKOBS, Günther, *La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial*, InDret, 2008-4, pág. 5, así también en CARREÑO AGUADO, Julen, *La estafa procesal del artículo 250.1.7.º del Código Penal, Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia*, op. cit.

⁷⁶⁷ SERRANO HOYO, Gregorio, *Algunas consideraciones sobre la estafa procesal*, op. cit. pág. 192.

IV. Falso testimonio

A) Tenor literal

El falso testimonio se encuentra ubicado típicamente en el Capítulo VI del Título XX del Código Penal español.

El tenor literal del tipo penal es el siguiente:

Artículo 458:

1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.
2. Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.
3. Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencias derivadas de ella, o se realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero.

Dentro del tipo *pater* de falso testimonio se regula también a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad⁷⁶⁸, como a quien presentare testigos falsos,

⁷⁶⁸ Código Penal. España.

existiendo una pena de inhabilitación especial para los casos en que quienes presenten testigos falsos sean abogados, procuradores, o representantes del Ministerio Fiscal⁷⁶⁹.

Es importante mencionar que el Art. 462 CP establece una excusa legal absoluta para estos casos, estableciendo que el falso testigo que se retractare estará exento de pena, pero siempre y cuando sea diciendo la verdad antes de que se dicte sentencia, caso contrario la retractación servirá únicamente como atenuante para conseguir una pena mínima⁷⁷⁰.

B) Teleología del tipo

El falso testimonio implicaría una perturbación en el normal funcionamiento de la función jurisdiccional referida a la prueba por cuanto una falta de respeto a la Justicia implicaría, innegablemente, el peligro de que se

Artículo 459.- *Las penas de los Artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años.*

Artículo 460.- *Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años.*

⁷⁶⁹ Código Penal. España.

Artículo 461.- *1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los Artículos anteriores. 2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.*

⁷⁷⁰ Código Penal. España.

Artículo 462.- *Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado.*

dicten sentencias injustas⁷⁷¹ y es esto lo que precisamente busca sancionar este tipo penal.

En este sentido, la teleología del tipo es evitar que un testimonio falso y doloso induzca a error al juzgador y así provoque una resolución injusta, es decir, que se sacrifique la Justicia como bien superior⁷⁷².

El falso testimonio genera inseguridad jurídica, peligro de sentencias con falsas convicciones y errada certeza, por lo que el legislador, desde hace siglos, decidió reprimir esta conducta que falta, como ninguna otra, al deber de veracidad.

Como bien explica CALLE RODRÍGUEZ, la declaración ha de ajustarse a las exigencias de autenticidad y de fidelidad, por lo que, una declaración que no responda a ese contenido, legalmente impuesto por la Ley, representa en sí misma una perturbación en el normal funcionamiento de la jurisdicción y un peligro abstracto para la justa resolución del proceso⁷⁷³.

Una declaración contraria a lo que la ley espera de la prueba representa un obstáculo para la función jurisdiccional ya que lesiona el interés de la

⁷⁷¹ CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, *Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-117, tomo 4, Editorial LA LEY, LA LEY 10955/2001, pág. 2.

⁷⁷² DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 214.

⁷⁷³ CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, *Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*, op. cit. pág. 3.

jurisdicción y representa el inminente peligro de que la resolución dictada en el proceso no satisfaga los fines de la tutela judicial⁷⁷⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo explica con mayor detenimiento:

El delito de falso testimonio definido en el art. 458 CP se comete cuando una persona llamada a prestarlo en causa judicial se aparta sustancialmente de la verdad tal como ésta se le representa, es decir, miente en lo que sabe y se le pregunta. Decir la verdad es un deber moral sin cuyo cumplimiento la vida social, basada en la confianza mutua, se hace hartamente difícil. No siempre, sin embargo, la mentira --acto inmoral-- recibe una respuesta punitiva porque en una sociedad plural y libre sólo un reducido núcleo de la moral debe estar respaldado por la coacción penal, siendo éste seguramente uno de los más certeros indicadores del grado de libertad garantizado en cada grupo social a sus miembros. La reacción penal frente a la mentira sólo es admisible --y obligada-- cuando ésta lesiona concretos bienes jurídicos, individuales o colectivos, cuya salvaguarda es indispensable para una sana y pacífica convivencia. Así, por ejemplo, faltar a la verdad en la declaración que se presta como testigo en un procedimiento judicial es delito porque el testimonio es uno de los medios de prueba sobre los que se puede basar la convicción del juzgador sobre los hechos que han de constituir la premisa menor del silogismo judicial. Existe, pues, la posibilidad de que un testimonio falso, si induce a error al juez o tribunal ante el que se presta y es valorado como verdadero, provoque una resolución injusta, esto es, un pronunciamiento en que no se realice el valor superior de la justicia y se lesione un interés que debe ser protegido por el poder judicial. Ésta es la razón fundamental por la que, en una sociedad democrática, el falso testimonio es tipificado como delito en la ley penal. De acuerdo con esta *ratio*, el CP 1995 ha prescindido de la casuística tipología que presidía la regulación del falso testimonio en los textos anteriores y distingue únicamente, en su art. 458, dos tipos delictivos según la importancia de los bienes jurídicos que pueden ser

⁷⁷⁴ CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, *Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*, op. cit. pág. 3.

vulnerados como consecuencia de una alteración sustancial de la verdad en la declaración prestada por un testigo en causa judicial: el falso testimonio dado en contra del reo en causa criminal por delito --castigado con pena más severa en consideración a las privaciones o restricciones de derechos, incluso fundamentales, que podrían eventualmente derivarse de una condena provocada por la declaración falaz-- y cualquier otro falso testimonio dado en causa judicial, que constituye el tipo básico. El tipo agravado, a su vez, figura en el apartado 2 del citado artículo acompañado de un subtipo aún más grave definido por la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad: la de que, como consecuencia del testimonio, hubiera recaído sentencia condenatoria⁷⁷⁵.

1. Naturaleza del testimonio

En el proceso penal, la regulación del testimonio de encuentra establecida desde el Art. 410 hasta el Art. 455 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El testimonio es el conocimiento directo que se tiene de los hechos conocidos en juicio a través de la presencia directa de quien declara bajo juramento, cuya declaración ha de reflejar fielmente lo percibido, percepción que ha de corresponder con la realidad objetiva⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ STS, Sala Segunda de lo Penal, Sentencia de 21 de octubre de 2002, rec. 547/2001. España.

⁷⁷⁶ CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, *Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*, op. cit. pág. 1.

La información ha de estar basada en una experiencia personal o saber que se ha adquirido por la vía de la percepción sensorial⁷⁷⁷, es decir, en la verdad-correspondencia del testigo.

El testigo tiene la obligación de comparecer a declarar, de prestar juramento (con las excepciones que cada ordenamiento jurídico determine) pero sobre todo, tiene la obligación legal de decir la verdad⁷⁷⁸.

2. *El testigo como sujeto activo*

Testigo es quien –en palabras de GUASP–, sin ser parte procesal, emite una declaración sobre datos que no habían sido aportados a los recaudos procesales, con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido⁷⁷⁹, no obstante, eso podría ser correcto desde una óptica civil –que es precisamente desde la que se pronuncia GUASP–, pero desde una óptica penal el testigo bien puede ser un tercero imparcial, o puede ser incluso el responsable o la víctima, por lo que sí formaría, según el caso, parte del proceso en calidad de parte procesal.

⁷⁷⁷ CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, *Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*, op. cit. pág. 6.

⁷⁷⁸ VACA ANDRADE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 4ta edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, págs. 972 – 978.

⁷⁷⁹ GUASP, J., *Derecho procesal civil*, Tomo I, Madrid, 1968, pág. 363, así también en CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, *Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*, op. cit. pág. 4.

El testigo siempre es una persona natural, por lo tanto no puede serlo una persona jurídica, porque la utilidad del testigo reside precisamente en obtener percepciones sensoriales⁷⁸⁰.

C) Estructura del tipo

1. Bien jurídico

En primera instancia, se ha considerado que el bien jurídico protegido del falso testimonio es la veracidad o fiabilidad de los actos ejecutados por los sujetos activos⁷⁸¹, no obstante, estos no pueden, desde ninguna óptica, ser considerados bienes jurídicos protegidos.

Sin duda, el Derecho Penal presenta un reto que a la vez es un objetivo procesal: la certeza. Y la certeza se consigue única y exclusivamente a través de la prueba, es por esto, que el falso testimonio tiene tanta importancia, por cuanto es un método doloso para torcer la prueba a través de falacias, esto es, guiar al Juez a través de la prueba (en este caso el testimonio) por un camino equivocado.

Su ubicación en los delitos Contra la Administración de Justicia responde a una precisa evolución histórica, en la que inicialmente era un delito contra la

⁷⁸⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 216.

⁷⁸¹ GRINDA GONZÁLEZ, J., *El falso testimonio*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, 2002, pág. 213, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 211.

divinidad, por cuanto ante el Dios católico se juraba en vano⁷⁸², hasta convertirse en un atentado contra el deber de veracidad que afecta directamente a la Administración de Justicia.

Es por esto que el bien jurídico protegido, dogmáticamente considerado, es la Administración de Justicia *per se* por ser un delito que atenta contra la santidad del juramento⁷⁸³.

En la doctrina jurisprudencial se ha mantenido que el falso testimonio entorpece el adecuado funcionamiento y desempeño de la misión de los órganos jurisdiccionales⁷⁸⁴. Otras veces, -como nos enseña CALLE RODRÍGUEZ- se habla del daño para la Justicia, garante de los derechos de todos los individuos, resultante de una resolución judicial sobre premisas y presupuestos falsos⁷⁸⁵, lo que equivale a referir el interés jurisdiccional en el pronunciamiento de sentencias injustas⁷⁸⁶.

Pensando académicamente podemos decir que es un delito contra los medios de prueba o los signos de autenticidad⁷⁸⁷, lo que, hoy en día, forman parte de la Administración de Justicia, que finalmente será y sin duda, el bien jurídico protegido atribuido a este tipo penal.

⁷⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6ta edición, Sevilla, 1985, pág. 659, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 211.

⁷⁸³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 211.

⁷⁸⁴ SSTs de 18 de junio de 1965 y 17 de marzo de 1969. España.

⁷⁸⁵ STS de 10 de noviembre de 1969. España.

⁷⁸⁶ RICARDO PALACIO, J., *El falso testimonio en causa criminal*, *Revista de Derecho Español y Americano*, 1964, pág. 85, así también en CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, *Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*, op. cit. pág. 3.

⁷⁸⁷ HERNÁNDEZ GUIJARRO, J. J., *Naturaleza del delito de falso testimonio*, Dialnet, pág. 338.

2. *Verbo rector*

El verbo rector del falso testimonio es un verbo rector compuesto, por lo que su verbo principal es «faltar a la verdad» y estará ligado y determinado por el elemento objetivo del tipo, que veremos a continuación.

3. *Tipo objetivo*

CALLE RODRÍGUEZ sostiene que el falso testimonio es un delito de mera actividad. Para la Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid, es irrelevante que haya influido o no en la decisión judicial, desde el punto de vista de su consumación jurídica, salvo en el supuesto del tipo penal previsto en el art. 458.2 CP –en que la consumación se hallaría representada por un resultado determinado que sería la sentencia condenatoria determinada por la falsa prueba–⁷⁸⁸, en otras palabras, es un delito de peligro abstracto⁷⁸⁹.

El tipo básico de la declaración de un testigo en procedimiento judicial, puede serlo en causa de cualquier orden jurisdiccional y puede efectuarse en el procedimiento penal tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral, en este sentido, no queda supeditado sólo a la declaración falsa en el plenario⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, *Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*, op. cit. pág. 2. Así también: RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 213.

⁷⁸⁹ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 215.

⁷⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2da edición Aranzadi, pág. 2046, así también en MAGRO SERVET, Vicente, *Casuística practica del delito de*

No hay requisito de procedibilidad, esto es, no se exige autorización del tribunal en el que se prestó la declaración para proceder contra el testigo que declara falsamente⁷⁹¹.

Es un delito de propia mano, es decir, se admite únicamente la autoría inmediata, por lo que no se puede utilizar a un tercero como instrumento en la comisión de un falso testimonio⁷⁹².

4. Tipo subjetivo

Es un delito exclusivamente doloso⁷⁹³, pues quien falta a la verdad debe hacerlo a sabiendas de que la información aportada mediante declaración es falsa, es decir, debe haber conciencia y voluntad de expresar algo distinto a lo que se sabe, entiende o conoce.

Queda, entonces, descartada la posibilidad de que el falso testimonio se cometa de forma culposa; el testigo que declare hechos falsos pero convencido de que son ciertos, no puede cometer este delito.

falso testimonio (arts. 458 a 462 del Código Penal), La Ley Penal, No 25, Sección Práctica penal, Marzo 2006, Editorial LA LEY, LA LEY 127/2006. pág. 2.

⁷⁹¹ MAGRO SERVET, Vicente, *Casística práctica del delito de falso testimonio (arts. 458 a 462 del Código Penal)*, La Ley Penal, No 25, Sección Práctica penal, Marzo 2006, Editorial LA LEY, LA LEY 127/2006. pág. 2.

⁷⁹² DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 216.

⁷⁹³ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 215.

V. Simulación penal *versus* simulación civil

Por puro ejercicio académico, es importante poder distinguir entre una simulación penal y una civil, por cuanto, la última, incluso puede llegar a ser legal. Así, la simulación civil no es *per se* una conducta prohibida y por sí sola es generadora de Derechos y Obligaciones, incluso pudiendo contractualmente derivar en ser ley para las partes.

DE MIRANDA VÁZQUEZ considera que entre la simulación penal y la simulación civil existen tres diferencias sustanciales⁷⁹⁴:

1. La simulación civil implica una discordancia volitiva, por ejemplo, se quiere una cosa pero se actúa dando a entender que se quiere otra; mientras que la simulación penal implica una discordancia cognitiva, por cuanto una cosa es la que se conoce como verdad, y otra la que se relata dando apariencia de verdad.
2. La producción del efecto antijurídico es la simulación civil se produce al mismo tiempo que se actúa de una forma engañosa para aparentar una voluntad distinta a la real (por ejemplo se simula una compraventa para evitar los impuestos a la donación o viceversa); Por otro lado, en la simulación penal la declaración de conocimiento siempre tiene lugar con posterioridad al acontecimiento del supuesto hecho delictivo⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 162 y 163.

⁷⁹⁵ Esto sostiene Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ, aunque aplicado al delito simulado carece de sentido.

3. La simulación civil precisa de una actuación o representación reveladora de la intención falsa; en cambio, la simulación penal no se produce una verdadera actuación, sino una mera «estampación» de la simulación que hace que las actuaciones sean ejecutadas por terceros.

En fin, debe quedar claro que la simulación penal y la simulación civil no tienen semejanza en lo jurídico sino tal solo en lo lingüístico, por lo cual para efectos jurídicos no podrán ser equiparadas.

SECCIÓN TERCERA

DELITO SIMULADO:

ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS

CAPÍTULO VI

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO SIMULADO

I. Tenor literal

Es ineludible citar reiteradamente el artículo 457, en particular en este capítulo, en que se analizará la estructura del tipo penal, y en cierto sentido se dará forma y sentido al resto de capítulos en que se examinarán los respectivos elementos del delito. El artículo 457 CP, que ha de ser objeto de análisis para comprender su composición tipológica, dispone lo siguiente:

Art. 457.- 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 meses⁷⁹⁶.

Para no dejar cabos sueltos, es de mencionar también el “artículo anterior” a que hace referencia el artículo 457, para así poder proceder a analizarlo no sólo de forma completa, sino en sentido integral:

Art. 456.- Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados⁷⁹⁷.

⁷⁹⁶ Código Penal español de 1995, op. cit.

⁷⁹⁷ Código Penal español de 1995, op. cit.

Sin más preámbulos, procedamos a afrontar el examen del contenido estructural de este capítulo.

II. Teleología del Tipo

La finalidad o espíritu del tipo “delito simulado” es sancionar el uso dolosamente abusivo de la Administración de Justicia, es decir, conductas que alteren el correcto funcionamiento de la misma. Estas conductas serían, principalmente, todas aquellas que la pongan en marcha para perseguir delitos que nunca llegaron a cometerse, es decir, mover el engranaje de la Justicia para que se investiguen ficciones, precisamente para evitar un despilfarro de recursos.

No concuerdo con RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ cuando sostienen que la teleología del tipo es “*evitar la utilización torticera de la Administración de Justicia*”⁷⁹⁸, precisamente porque los tipos penales jamás “evitan conductas”, sino que sancionan su ejecución.

El fin de la tipificación del delito simulado es meramente utilitarista, es decir, proteger los recursos Estatales del Poder Judicial, esto es, no sólo recursos económicos, sino también el recurso «tiempo», sobretodo en un sistema en que la Justicia está saturada.

⁷⁹⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTÍNEZ, A.I, *Delitos contra la Administración de Justicia*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 198, así también en en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos. en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal. I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Claves La Ley, Madrid, 2012, pág. 157.

El proceso penal persigue un interés social, por lo que su ejecución y ejercicio no está sometido a la voluntad de la víctima a través de la interposición de la respectiva denuncia⁷⁹⁹, sino a la seguridad ciudadana, reafirmando la vigencia de la norma y garantizando la cohesión social como presupuesto básico del Contrato Social.

De los principios de un Estado Constitucional de Derecho emana la obligatoriedad de la realización de Justicia, por ser este un Derecho Humano, además de un pilar fundamental del Estado. Para que esta Justicia se llegue a activar, en la mayoría de casos se requiere de que alguien la incite a ponerse en marcha, esto es, a través de hacer llegar una *notitia criminis* a las autoridades que tienen la obligación de poner en marcha el aparato procesal⁸⁰⁰; denunciar cuando uno tiene el conocimiento de un delito es un deber cívico, por lo que, denunciar a sabiendas de que tal o cual delito no se ha cometido, tendría que estar penado.

La Administración de Justicia no puede ser un instrumento utilizado para fines de *vindicta* privada o de forma abusiva. El cuerpo social se consolida gracias a la función inherente a la Administración de Justicia. Su costo y su tiempo no puede verse sometido al servicio de un propósito repudiable⁸⁰¹.

¿Pero esta finalidad es suficiente para que se justifique que la existencia de este tipo penal? Esa pregunta quedará en suspenso, para ser respondida de forma global en lo que resta de esta obra.

⁷⁹⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VI, Editorial Idemsa, Lima, 2013, pág. 192.

⁸⁰⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VI, op. cit. pág. 193.

⁸⁰¹ SOTO NIETO, Francisco, *Simulación de delito. Significado de «actuación procesal»*, Diario La Ley, N° 6400, Sección Columna, 16 de enero, 2006, Año XXVII, Ref. D-12, Editorial LA LEY, LA LEY 1/2006.

III. Estructura del tipo y contenido material del tipo de injusto

Todo tipo penal debe ser atomizado en su examen analítico, estudiando cada una de sus partes. Esto no sólo nos permite comprenderlo íntegramente, sino incluso verificar que si al ser «armado» por el legislador, fueron consideradas cada una de sus partes, o por el contrario, si fue creado de forma incompleta y por lo mismo, si debe o no existir como tipo penal.

Un tipo penal, como todas las cosas materiales o inmateriales, o mejor dicho, corporales e incorpóreas, está compuesto por partes, y si falta una de sus partes, ésta no puede existir.

Un tipo penal está compuesto, principalmente, por cuatro categorías, que deben subsistir simultáneamente para que el tipo penal no sea simbólico, o por lo menos, no sea inaplicable o inexistente, éstas son:

- a. Bien jurídico protegido susceptible de ser vulnerado
- b. Verbo rector
- c. Elemento objetivo
- d. Elemento subjetivo

No es atrevido ni descabellado asemejar las partes de la estructura del tipo penal al cuerpo humano, siendo así el corazón del tipo penal el bien jurídico protegido; su sangre el verbo rector; sus venas el elemento objetivo; y su cerebro el elemento subjetivo. ¿Es posible que un ser humano sobreviva sin corazón, o sin cerebro, o sin venas o sin sangre? La respuesta es evidente, pero

definitivamente dudosa para el legislador, que usualmente crea tipos penales sin detenerse a pensar en la ausencia innegable de los elementos que le dan vida.

Una vez comprendido esto, podemos pasar a estudiar, detenidamente, cada uno de los elementos estructurales del tipo penal “delito simulado”, y verificar cuáles son y si se encuentran completos.

A) El ideal de bien jurídico protegido

Todo tipo penal debe buscar sancionar la vulneración de un bien jurídico que en Derecho tenga tal calidad. Así, el tipo penal “asesinato” tiene como bien jurídico “vida”; el tipo penal “violación” el bien jurídico “libertad sexual”; el tipo penal “robo” el bien jurídico “patrimonio”; el tipo penal “calumnia” el bien jurídico “honor”, y así sucesivamente.

La convivencia y la autorrealización humana necesitan de presupuestos que además de ser de utilidad para el hombre, se denominan «bienes» y, concretamente en tanto son objeto de protección por el Derecho, se llaman «bienes jurídicos»⁸⁰².

No obstante, existen tipos penales sin bienes jurídicos protegidos, tal como en Ecuador el art. 177 de su recientemente derogado Código Penal, que

⁸⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, 2da edición, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 3, 3ra reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, pág. 47.

sancionaba las ofensas a un cadáver⁸⁰³. ¿Cual sería el bien jurídico protegido en este ejemplo? Pues ninguno. A estos casos JIMÉNEZ DE ASÚA los llamaba “delitos vagos”.

La teoría del bien jurídico aparece en el siglo XIX y explicaba que los hechos merecedores de pena son únicamente a los socialmente dañosos⁸⁰⁴. La doctrina ha reconocido que el padre del concepto de bien jurídico es BIRNBAUM (1834)⁸⁰⁵ y es a él a quien le debemos su denominación actual.

Según COBO DEL ROSAL el bien jurídico se puede definir como “todo valor de la vida humana protegida por el derecho⁸⁰⁶.” Otras definiciones aceptadas son: “todo bien o valor, de titularidad personal o colectiva, normativamente evaluado y estimado como digno, merecedor y necesitado de la máxima protección jurídica⁸⁰⁷”; o “las unidades de función social indispensables

⁸⁰³ Código Penal. Ecuador. Derogado. *Art. 177.- Los que ofendieren el cadáver de una persona, con acciones, palabras, emblemas o escritos, serán reprimidos con prisión de dos meses a un año y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América. La autoridad civil o eclesiástica que negare sepultura a un cadáver, en los cementerios públicos, alegando motivos religiosos, será reprimida con prisión de uno a tres meses y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.*

Los que colocaren sobre la tumba de una persona emblemas o escritos injuriosos, serán reprimidos con prisión de treinta a noventa días y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

⁸⁰⁴ ANTOLISEI, Francesco, *Il problema del bene giuridico*, en “Rivista Italiana di Diritto Penale”, Editorial Giuffrè, Milano, 1939, págs. 3 y sigs., obra citada en ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Bien Jurídico y Consentimiento en Derecho Penal*, Letras Jurídicas Numero 6, Primavera del 2008, ISSN 1870-2155, pág. 2.

⁸⁰⁵ STELLA, Federico, *La teoria del bene giuridico, Fatti inoffensivi conformi al tipo*”, en “Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale”, Milan, 1973, pág. 4, obra citada en ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Bien Jurídico y Consentimiento en Derecho Penal*, Letras Jurídicas Numero 6, Primavera del 2008, ISSN 1870-2155, pág. 2.

⁸⁰⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 1988, pág. 249, así también en ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Bien Jurídico y Consentimiento en Derecho Penal*, Letras Jurídicas Numero 6, Primavera del 2008, ISSN 1870-2155, pág. 3.

⁸⁰⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito*, Volumen I, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona. 2000, pág. 603, así también en BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando, *Bien Jurídico “Penal” contenido procedimental y nuevo contenido*

para el desenvolvimiento de la sociedad”⁸⁰⁸.

BALMACEDA QUIRÓS formula una definición didáctica de «bien jurídico protegido», en el siguiente sentido: bien jurídico penal será la cosa justa abstracta atribuida a un sujeto (individual o colectivo), que no puede, o no podría, ser defendida por otras ramas del Derecho (ultima ratio) de los ataques graves (fragmentariedad) que está recibiendo o podría recibir –ataques descritos en el tipo– y que, por tanto, el legislador, respetando las defensas previas existentes y ya regladas por las otras ramas de sistema jurídico, por política-criminal ha optado, en un tiempo y circunstancias concretas, por positivarlo o hacerlo positivo, y subsumirlo en un tipo penal del Código penal, para brindarle las protecciones especiales que esta rama prevé: los que tienen necesidad de protección penal⁸⁰⁹.

El bien jurídico como objeto de protección del Derecho Penal es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de un tercero⁸¹⁰ y, por lo mismo, debe ser sancionado quien lo vulnere.

Sin un bien jurídico protegido no puede haber tipo penal, y sin lesión al bien jurídico protegido no puede haber una conducta típica; sin embargo, no se debe confundir “bien jurídico universal” con “bien jurídico penal”, por cuanto

material, Revista de Investigación Jurídica, Doctrina, ISSN2222-9655, Volumen 1, IUS, Perú, pág. 17.

⁸⁰⁸ RUDOPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbriiffs*, en *Festschrift fur R.M. Honig*, 1970, págs. 158 y sigs., obra citada en BIANCHI PEREZ, Paula Beatriz, *Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal*, Revista Dikaiosyne, enero 2009, VLex, Identificador de VLex: VLEX-74572982.

⁸⁰⁹ BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando, *Bien Jurídico “Penal” contenido procedimental y nuevo contenido material*, Revista de Investigación Jurídica, Doctrina, ISSN2222-9655, Volumen 1, IUS, Perú, pág. 44.

⁸¹⁰ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Bien Jurídico y Consentimiento en Derecho Penal*, Letras Jurídicas Numero 6, Primavera del 2008, ISSN 1870-2155, pág. 3.

“No todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo bien jurídico ha de convertirse en bien jurídico-penal⁸¹¹.” Por lo que la correcta determinación del bien jurídico es la verdadera limitación al *ius puniendi*⁸¹², lo que permite que el Derecho Penal sea una rama excepcional y subsidiaria.

VON LISZT sostenía una configuración sustancial, al entender que “el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”⁸¹³.

SILVA SÁNCHEZ acertadamente sostiene que “sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social); así, determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad”⁸¹⁴; BACIGALUPO considera que “como resulta evidente, sólo en la medida que se conciba al bien jurídico como independiente de la norma, éste puede constituirse

⁸¹¹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, Editorial Colex, Madrid, 1998, págs. 167 y 168. así también en BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando, *Bien Jurídico “Penal” contenido procedimental y nuevo contenido material*, Revista de Investigación Jurídica, Doctrina, ISSN2222-9655, Volumen 1, IUS, Perú, pág. 21.

⁸¹² RODRÍGUEZ GÓMEZ, C, *La tutela penal de las marcas y demás signos distintivos en el Nuevo Código Penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, págs. 259 y 260, así también en BIANCHI PEREZ, Paula Beatriz, *Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal*, Revista Dikaiosyne, enero 2009, VLex, Identificador de VLex: VLEX-74572982. pág. 22.

⁸¹³ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Trad. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 4ta edición, Reus, Madrid, 1999, pág. 6, así también en CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, *La tutela penal de bienes jurídicos, como límite al poder punitivo del estado*, Editorial Académica Española, Estados Unidos de América, 2006, págs. 51 y 52.

⁸¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, pág. 271, así también en BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando, *Bien Jurídico “Penal” contenido procedimental y nuevo contenido material*. Revista de Investigación Jurídica, Doctrina, ISSN2222-9655, Volumen 1, IUS, Perú, pág. 31.

en un factor legitimante o limitador de la criminalización por parte del legislador⁸¹⁵.

¿Pero quién decide cuál es o cuál debe ser un bien jurídico protegido? La doctrina se apega a que, si bien no existe un catálogo de bienes jurídicos protegidos, éstos se encuentran recogidos, aunque dispersos, en la Constitución, es decir, sería un bien jurídico para el Derecho Penal todo derecho constitucional de los ciudadanos que por su importancia merece ser protegido por el Derecho Penal.

En la corriente de la doctrina que considera el bien jurídico como el contenido constitucional exteriorizado al Derecho Penal, existen dos variantes: la estricta y la amplia.

La teoría estricta afirma que la Constitución consagra en sí misma el modelo de criminalización y descriminalización que debe regir en materia penal en determinada sociedad; la amplia, por otro lado, afirma que la Constitución es un modelo de referencia para precisar las funciones protectoras y garantizadoras de los bienes jurídicos, pero que no los agotan en su formulación⁸¹⁶.

⁸¹⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Concepto de bien jurídico y límites del derecho penal*, en MONTEALEGRA, Eduardo; CARO, José Antonio, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 21, así también en ZCZARANSKI, Federico, *Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*, *Política Criminal*, Vol. 7, No 14 (Diciembre 2012), Art. 5, pág. 386.

⁸¹⁶ MATUS, Jean Pierre, *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, Editorial Jurídica de Chile, en *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el cambio de siglo*, Dialnet, pág. 12.

Para un defensor de la teoría estricta, “el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante⁸¹⁷”, en otras palabras, sólo se pueden crear figuras delictivas que sancionen con privación de la libertad a su ejecutor (la libertad es un derecho constitucional) cuando éstas estén destinadas a “evitar” la lesión o “puesta en peligro” de un derecho constitucional de igual o mayor jerarquía⁸¹⁸. Sin embargo, los tipos penales no previenen la comisión de un delito, sino únicamente reprimen la conducta típica, lo cual desarma esta afirmación doctrinaria.

ESCRIVÁ sostenía que existe un reconocimiento implícito o explícito por parte de la Constitución de la protección de bienes jurídicos por el Derecho Penal, por lo que el legislador debe atenerse al límite que supone el mandato constitucional, de manera que únicamente aquellas conductas que suponen una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, merecen sanción penal⁸¹⁹. Muy bien dijo FERREIRA DELGADO que “[...] la tipicidad penal es fundamentadora y protectora del régimen de derecho que vive una democracia”⁸²⁰.

Por otro lado, un defensor de la teoría amplia diría que los bienes jurídicos están marcados por “*las metas señaladas en la Constitución*”⁸²¹, dejando abierto el abanico valorativo al cual puede referirse el legislador al seleccionar los bienes

⁸¹⁷ BRÍCOLA, “Teoría General del Reato”, *Novissimo Digesto Italiano*, Tómo XIX, Torino, 1973, pág. 16, así también en MATUS, Jean Pierre. *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, op. cit., pág. 13.

⁸¹⁸ GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución (Bases para una Teoría)*, Madrid, 1983, así también en MATUS, Jean Pierre, *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, op. cit. pág. 13.

⁸¹⁹ ESCRIVÁ, *Algunas consideraciones sobre derecho penal y Constitución*. en “Pappers”, *Revista de Sociología*, Vol. 13, No 1, 1980. págs. 175 y sigs., así también en MATUS, Jean Pierre, *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, op. cit. pág. 14.

⁸²⁰ FERREIRA DELGADO, Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis, Bogotá, 1988, pág. 87.

⁸²¹ BERDUGO, *Revisión del contenido del bien jurídico honor*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, 1984, pág. 308, así también en MATUS, Jean Pierre, *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, op. cit. pág. 14.

a proteger, sin encontrarse aquél limitado a los contenidos valóricos constitucionalmente declarados⁸²². Entonces, desde esta postura, dependerá del legislador elegir cuáles son los bienes jurídicos que se deben proteger, utilizando al orden constitucional como punto de partida⁸²³, pero siempre considerando que la norma penal debe perseguir un fin admisible constitucionalmente⁸²⁴.

Los bienes jurídicos protegidos deben ser derechos humanos constitucionales, o por lo menos derechos que gocen de esa categorización, por cuanto la sanción penal, usualmente, es la privación de la libertad, y la libertad es uno de los derechos constitucionales más sagrados en un Estado de Derecho, por lo mismo, si con una sanción penal se pretende lesionar el bien jurídico «libertad» de quien ejecuta la conducta típica, entonces dicha conducta debe haber vulnerado un bien jurídico o derecho que merezca ser retribuido con tan grave resultado: la pérdida de libertad del infractor; ese bien jurídico protegido, entonces, sólo podría ser constitucional.

El legislador no debe inventarse bienes jurídicos, sino que únicamente debe apreciar la realidad social necesitada de protección, los bienes jurídicos inherentes a las personas que sean los más vulnerables y que las otras ramas del Derecho no pueden proteger, y entonces sólo así, de *ultima ratio*, declararlos como dignos de ser protegidos⁸²⁵. Tal cual lo dice SZCZARANSKI, el Derecho

⁸²² MATUS, Jean Pierre, *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, op. cit. pág.14.

⁸²³ MATUS, Jean Pierre, *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, op. cit. pág. 15.

⁸²⁴ BOTTKE, Wilfried, *¿Roma locuta causa finita? ¿adiós a la exigencia de protección de los bienes jurídicos?*, en "Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig", edición No. 1, Editorial LA LEY, Madrid, octubre 2010, LA LEY 12763/2011, pág. 4.

⁸²⁵ BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando. *Bien Jurídico "Penal" contenido procedimental y nuevo contenido material*. Revista de Investigación Jurídica. Doctrina. ISSN2222-9655. Volumen 1. IUS. Perú. pág. 8.

Penal debe inmiscuirse únicamente en actos dañinos a la sociedad que dificultan la vida común⁸²⁶.

Por otro lado, el bien jurídico protegido, necesariamente, debe ser susceptible de intervención penal siempre y cuando las otras ramas del Derecho no sean capaces de regularlo y protegerlo; precisamente por esto el Derecho Penal es de *ultima ratio*, por lo que acertadamente MATUS sostiene tajantemente que “solo es admisible limitar un derecho (mediante tipificación penal) cuando dicha limitación sea necesaria para el mantenimiento de una sociedad democrática”⁸²⁷.

Se debe comprender desde el Contrato Social de ROUSSEAU, en base a la formulación del siguiente interrogante: ¿la vulneración a qué bienes jurídicos deben ser sancionados por el Derecho Penal como una estrategia de control social que permita que el Contrato Social mantenga su vigencia? Así, será indispensable proteger la vida, para que no nos matemos con libertad los unos a los otros; y no será importante proteger el derecho al tiempo libre, por cuanto con o sin éste el Derecho en el Contrato Social persistiría.

¿La categorización de bien jurídico resulta arbitraria? Definitivamente sí, al fin y al cabo es una decisión política que, por lo menos, debe estar revestida de lógica y racionalidad. Para intentar que lo arbitrario no sea ilegítimo, es importante los baremos establecidos por ROXIN, en el siguiente sentido:

⁸²⁶ ZCZARANSKI, Federico. *Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*. Política Criminal. Vol. 7, No 14 (Diciembre 2012). Art. 5. pág. 442.

⁸²⁷ MATUS, Jean Pierre. *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*. op. cit. pág. 21.

- a. Son ilegítimas las normas penales motivadas exclusivamente por ideologías o que atenten contra derechos humanos o fundamentales.
- b. La mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye todavía un bien jurídico.
- c. La mera ilicitud moral no basta para justificar una disposición penal.
- d. La lesión de la propia dignidad no supone la lesión de un bien jurídico.
- e. La protección de ciertos sentimientos sólo puede considerarse protección de bienes jurídicos cuando se trate de sentimientos de inseguridad.
- f. Ni la autolesión consciente ni su posibilidad o favorecimiento pueden legitimar la amenaza de pena.
- g. Las leyes penales simbólicas no sirven para la protección de bienes jurídicos.
- h. Los tabúes tampoco son bienes jurídicos.
- i. Tampoco pueden ser considerados bienes jurídicos aquellos objetos de abstracción inaprensible⁸²⁸.

⁸²⁸ ROXIN, Claus, en *Hefendehl* (Ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, págs. 449 y sigs., obra citada en SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz, *¿Existe el bien jurídico-penal en el siglo XXI? La Ley Penal*, No 63, Sección Legislación aplicada a la práctica, Septiembre 2009, pág. 58, Editorial LA LEY, LA LEY 13622/2009, pág. 3.

Existen discusiones en las que por la naturaleza de este trabajo no entraré a discutir, esto es, si el fin del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos o no. Yo sostengo que su fin no es ese, definitivamente no lo es, sino ser el máximo garante de la subsistencia del Contrato Social. Sin Derecho Penal, no existe la sociedad. Puede faltar cualquier otra rama del Derecho, pero en ausencia del Derecho Penal la sociedad como concepto es un imposible. Entonces, sí, podríamos decir que su fin -a través de la pena- es el aseguramiento de la vigencia real de la norma⁸²⁹, y sobre todo, que los abolicionistas deambulan sin rumbo.

Por otro lado, una corriente estima que es imposible definir bien jurídico, que es un concepto demasiado difuso; en realidad, no es tan complicado si de lo que se trata es ser, ante todo, didácticos en la delimitación del contenido material del injusto típico.

Para finalizar y con el único objetivo de evitar confusiones o malinterpretaciones, no se debe confundir «bien jurídico» con «objeto material del delito»; nada mejor que un ejemplo para diferenciarlos: en un robo, el bien jurídico protegido es el patrimonio, mientras el objeto material es el bien mueble que fue robado con fuerza o violencia.

1. ¿Qué bien jurídico protege el tipo penal “delito simulado”?

Quizá me equivoco al plantear esa pregunta como subtítulo y realmente la interrogante sea: ¿Es necesaria y justificada la protección que pretende la tipificación del delito simulado?

⁸²⁹ Para más información ver RODRÍGUEZ MORENO, Felipe. *La Expansión del Derecho Penal Simbólico*. Editorial Jurídica Cevallos. Quito. 2013.

Doctrinariamente se dice que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia en cuanto “se trata de proteger su seriedad y buen funcionamiento que sería perturbados por la incoación de procedimientos judiciales, con las consecuencias que ello tiene, sobre hechos de apariencia delictiva que son falsos”⁸³⁰. Así, MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA sostienen que el bien jurídico protegido es el regular funcionamiento de la Administración de Justicia, y lo que se pretende es evitar actuaciones inadecuadas o inútiles⁸³¹.

En este lineamiento MORÓN LERMA coincide y sostiene que lo que se busca es castigar la instrumentalización de la Administración de Justicia para fines privados y diversos a los que le son propios⁸³². RODRÍGUEZ MOURULLO estima que se persiguen los actos que perturban la actividad judicial “en tanto imprimen en los órganos competentes para la persecución y castigo de los delitos una dirección falsa”⁸³³. Lo mismo dirían SCHÜNKE y SCHRÖDER cuando establecen que lo que se pretende evitar es que la actividad judicial sea arrastrada en una dirección que no se corresponde con su finalidad⁸³⁴. Así, está prohibido simular delitos por cuanto esta conducta no encuentra adecuación social alguna desde la noción de WELZEL⁸³⁵.

⁸³⁰ Enciclopedia Jurídica, Responsabilidad de la Administración, sistema de folio real, ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (Coordinador General), Tomo XX, 1ra edición, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pág. 11,836.

⁸³¹ MARES ROGER, Francisco; y, MARTÍNEZ LLUESMA, Joaquín, en GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1998, pág. 196.

⁸³² MORÓN LESMA, Esther, en ÁLVAREZ GARCÍA, Javier F. (Director), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (coordinadora), VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coordinador), *Tratado de Derecho Penal español, Parte especial, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, op. cit. pág. 955.

⁸³³ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 796.

⁸³⁴ SCHÜNKE, A.; SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch*, edición 11, Múnich-Berlín, 1963, págs. 674 y sigs., obra citada en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 796.

⁸³⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, *La teoría de la adecuación social de Welzel*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 2, 1993, págs. 697-730.

El delito simulado, tal cual como fue tipificado, pretende inventar que el bien jurídico protegido es el «correcto funcionamiento de la Administración de Justicia», lo cual no es un bien jurídico que deba ser protegido por el Derecho Penal, sino un loable objetivo de la Administración de Justicia. Por consiguiente, sin miedo se debe aseverar: el delito simulado es un delito que no tiene bien jurídico protegido, por lo mismo un tipo penal incompleto que jamás debió ser normativizado de forma autónoma.

PALOMO DEL ARCO cita la S de 31 de octubre de 1973, que afirma: la simulación de delito, repudiando la autoincriminación incierta o la *notitia criminis* que presente como víctima a quien no lo es, constituye una infracción contra la Administración de Justicia, a la que se trata de inducir a error, en la trascendente realización de su peculiar finalidad, de precisar los sujetos activos y pasivos de los delitos cometidos, o en la averiguación de éstos, pues tal infracción se halla estructurada típicamente, por la maliciosa simulación, efectuada ante la autoridad competente de ser responsable o perjudicado de un delito, inexistente o cierto, provocando una actuación judicial innecesaria y totalmente desviada, imponiendo trabajos indebidos que sólo deben dirigirse a la represión de los verdaderos delincuentes, o al amparo de los realmente perjudicados⁸³⁶.

Miguel POLAINO-ORTS sostiene que el bien jurídico protegido sería -si es que realmente lo hay- el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia frente a las conductas abusivas, retardatorias o desviatorias de su verdadero cometido⁸³⁷; CABRERA FREYRE coincide que el bien jurídico protegido

⁸³⁶ S de 31 de octubre de 1973, en PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 205.

⁸³⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE

sería la correcta Administración de Justicia⁸³⁸ en cuanto al uso abusivo de tiempo, dinero y recurso humano⁸³⁹.

Incluso podríamos llegar a aseverar que eventualmente pueden resultar lesionados, como bien especifica RODRÍGUEZ MOURULLO, otros intereses públicos, como por ejemplo el orden público o la confianza social en la tutela judicial efectiva⁸⁴⁰.

Según OLIVER EGEE, se pretende evitar actuaciones inútiles y dañosas a la Administración de Justicia⁸⁴¹ que, sin duda, podría estar subsumido perfectamente en el delito de denuncias falsas. MANZINI apunta que el objeto específico de tutela penal en este caso es el interés concerniente al normal funcionamiento de la actividad judicial⁸⁴².

Ahora bien, JAKOBS llega como siempre a rompernos los esquemas, ya que con la precisión que le caracteriza sostiene que en los delitos contra la Administración de Justicia no se puede hablar de delito alguno, como lo que estos tipos regulan es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, ya que en realidad el bien no se materializa hasta el momento en el que

FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 401.

⁸³⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VI, Editorial Idemsa, Lima, 2013, pág. 195.

⁸³⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VI, op. cit. pág. 198.

⁸⁴⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, La simulación del delito, op. cit., pág. 796.

⁸⁴¹ OLIVER EGEE, Francisco Manuel, *Acusación y Denuncia Falsas*, Enciclopedia Jurídica, LA LEY 1334/2008, pág. 2.

⁸⁴² MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo X, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 93, así también en PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VI, op. cit. pág. 198.

los sujetos a deber actúan conforme al mismo, por lo que es la acción la que produce el bien jurídico⁸⁴³.

Por otro lado, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO es enfático al criticar al bien jurídico protegido que se le atribuye al delito simulado, por cuanto considera que es endeble sostener que es “[...]el mero funcionamiento –en abstracto– de la Administración de Justicia penal, el cual supuestamente debería defenderse –en concreto– de ataques mendaces que implican una disminución de su potencial de trabajo, dificultándole cumplir su verdadera misión, o bien que entrañan una ofensa a su dignidad basada en un pretendido derecho a la veracidad por parte de sus «usuarios»⁸⁴⁴.”

La lógica utilizada por el Catedrático de la Universidad de Extremadura debe ser tomada en cuenta con especial atención: resulta irrefutablemente contradictorio que se pretenda hacer frente al abuso, “desvío” o “despilfarro” de recursos que supone el dar lugar indebidamente a actuaciones procesales penales teniendo que emplear recursos adicionales, es decir, estableciendo la necesidad de entablar procesos penales específicos para perseguir a quienes hubieren simulado delitos⁸⁴⁵.

RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ también sostienen que el bien jurídico protegido es exclusivamente el correcto funcionamiento de la

⁸⁴³ JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2da edición, núm. 2, marg., pág. 17, obra citada en ROPERO CARRASCO, Julia, *Abusar de la Justicia, Dimensión Actual del delito de acusación y denuncia falsas*, op. cit. pág. 181.

⁸⁴⁴ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido?* Diario La Ley, N° 6209, Sección Doctrina, 14 Mar. 2005, Ref. D-61, Editorial LA LEY, LA LEY 865/2005.

⁸⁴⁵ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido?*, op. cit.

Administración de Justicia⁸⁴⁶, sin embargo, se alegue el bien jurídico que se alegue, se cae en lo puesto de relieve por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO: debe entenderse la vulneración al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia como una atentado contra su economía, sus recursos, su tiempo, su funcionamiento, por lo mismo, si es la “puesta en marcha” del aparato procesal el requisito *sine qua non* para que se configure el delito, por cuanto esa “puesta en marcha” es la que en sí lesiona el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, entonces, iniciar un nuevo proceso penal por simular un delito resulta contradictorio, e incluso más desgastante para la Administración de Justicia.

Esto se genera precisamente porque el legislador no puede pretender “crear” bienes jurídicos por la simple fuerza de la voluntad legal⁸⁴⁷. “Que exista un tipo penal, con su correspondiente ratio legis, esto es, encaminado a conseguir una finalidad determinada que ha movido al legislador soberano, no implica sin más que esté respaldado por un bien jurídico merecedor de protección penal”⁸⁴⁸.

Parecería dedicado a la simulación de delito lo que ROXIN sostiene: “[...] la teoría del bien jurídico, de garantía de la libertad, es que las normas penales son ilegítimas cuando tienen como objeto un comportamiento que no afecte ni al

⁸⁴⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTÍNEZ, A.I, *Delitos contra la Administración de Justicia*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 198, DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 157.

⁸⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, *La deriva y crisis de las ideas penales en España*, en “Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón”, 2004, págs. 940 y sigs., así también en SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido?* op. cit.

⁸⁴⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido?* op. cit.

libre desarrollo del individuo ni a sus presupuestos sociales (por ejemplo, una Administración de Justicia y administración integras)⁸⁴⁹.”

¿Entonces, qué bien jurídico se pretendió proteger con la tipificación del delito simulado? La respuesta es: ninguno, por cuanto el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia no es un bien jurídico *per se*. Por consiguiente, ¿cuál es la *ratio legis*? Eso se responderá a continuación.

2. *Ratio legis*

No hay duda que me adhiero a la corriente que tajantemente establece que estamos frente a una *ratio legis* y no ante un bien jurídico protegido, lo cual desde mi punto de vista atenta contra el principio de mínima intervención penal, por cuanto –como bien explica SILVA SÁNCHEZ– se debe prescindir del Derecho Penal cuando se puede contar con una intervención Estatal menos lesiva⁸⁵⁰.

Una vez verificado que estamos frente a una *ratio legis* en ausencia de un bien jurídico protegido, resulta grave la constatación de que incluso la o las *ratio legis* que pudieren invocarse carecen de sustento.

⁸⁴⁹ ROXIN, Claus, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, pág. 5.

⁸⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 31, 2da edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2010, pág. 394.

Es clara la vieja máxima romana *acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt*⁸⁵¹, pero también es claro que el legislador pretendió proteger el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia con este fin, pero este es un concepto demasiado amplio que hasta el momento ha sido parcialmente desmenuzado. La Administración de Justicia como tal está constituida por un sinnúmero de elementos que son los que precisamente son susceptibles de ser vulnerados; verifiquemos las formas en que se podría vulnerar la Administración de Justicia (formas que a la larga son el contenido real de la *ratio legis*).

a) *Completar los vacíos del delito de denuncias falsas*

Lo que se pretendería es “completar” los cabos sueltos dejados por el delito de denuncia y acusaciones falsas⁸⁵², sin perjuicio que la falsedad de una denuncia ya contiene una simulación de delito, quedando vacía únicamente la ubicación de la simulación de la calidad de víctima o autoría, además, VIVES ANTÓN sostiene que la tipificación de la denuncia falsa protege, además de la Administración Pública, el honor del acusado⁸⁵³, aspecto que no contempla la simulación de delitos, que incluso pudiese llegar a ocasionar una “auto-calumnia”.

RODRIGUEZ MOURULLO también sostiene que el delito simulado como tipo penal obedece legislativamente a la insuficiencia del tipo de acusación y denuncias falsas para perseguir supuestos en los que no había atribución personal

⁸⁵¹ Los actos jurídicos simulados no pueden alterar la esencia de la verdad.

⁸⁵² SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido?* op. cit.

⁸⁵³ VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte Especial*, 2004, pág. 965, así también en SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido?* op. cit.

concreta o en los que mediaba la auto-calumnia⁸⁵⁴, en estos casos no se pone en marcha la Administración de Justicia para mancillar a un tercero, sino para un propósito personal que conlleva la torticera manipulación de los recursos del Poder Judicial.

Además, si el objetivo era completar los vacíos del delito de denuncia o acusaciones falsas, o por lo menos complementarlo, entonces, hubo un desvío total de aquella intención, por cuanto se incluyó, como parte del tipo objetivo (como en su momento se verá), la necesidad de que se provoquen actuaciones procesales para que se consume el delito, elemento que distancia de forma absoluta a la simulación de delitos del delito que se pretendía completar. Por lo mismo, sí, esta puede ser una *ratio legis*, pero una mal motivada; en este sentido, se estaría desenfocando el sentido que busca proteger las denuncias falsas, porque si de proteger la Justicia se trata, no sería indispensable este nuevo delito autónomo de Justicia precisamente para sancionar a quien ocasionó su despilfarro.

b) *Quebranto del potencial de trabajo del aparato judicial*

Existen posturas que, incluso, sostienen que la *ratio legis* es sancionar el quebranto en el “potencial de trabajo” a que se da lugar cuando se investiga un delito simulado⁸⁵⁵, y a la dificultad de cumplir sus auténticas funciones⁸⁵⁶.

⁸⁵⁴ PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir), *Delitos contra la Administración de Justicia*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pág. 155.

⁸⁵⁵ KRÜMPELMANN, *Täuschungen mit Wahrheitskern bei § 145d Abs. 1 Ziff. 1 StGB*, en *ZStW* 1984, nota 27; RUDOLPHI, *SK*, § 145 d, núm. marg. 1^a, obra citada en SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido?* op. cit.

Parecería justificada esta postura, por cuanto al provocar actuaciones procesales simulando un delito se destina la potencial de trabajo a la investigación y procesamiento de información intelectual sobre un hecho inexistente, o por lo menos sobre una condición o hecho simulado, reduciendo de este modo el potencial de trabajo en otras causas que sí merecen el esfuerzo intelectual que ha sido desviado; Así, el porcentaje dedicado a cada causa por los funcionarios de la Policía, de la Fiscalía y de los Juzgados, se ve reducido conforme su atención se desvía sobre delitos simulados.

FERREIRA DELGADO sostiene que la pena en este delito lo que pretende es rechazar los actos que pongan en marcha el aparato de Justicia sin necesidad⁸⁵⁷. Así también sostiene MAGGIORE cuando dice que lo que se busca con esta «acriminación» es el interés público de que no se extravíe la acción de la Justicia por medio de denuncias falsas y aberrantes⁸⁵⁸.

Pero la interrogante es: ¿son capaces las otras ramas del Derecho de solucionar este quebranto al potencial de trabajo o subsidiariamente y excepcionalmente es necesario el uso del poder punitivo del Estado a través del Derecho Penal? La respuesta es evidente: habría un uso abusivo del Derecho Penal y pasará al frente de la batalla como Derecho de *prima ratio*.

⁸⁵⁶ STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, StGB Kommentar, 1982, § 145 d, núm. marg. 1, obra citada en SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido?* op. cit.

⁸⁵⁷ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 2006, pág. 480.

⁸⁵⁸ MAGGIORE, Giuseppe, Trad. ORTEGA TORRES, José, *Derecho Penal*, Tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1955, pág. 324, así también en FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit., pág. 480.

La simulación de delitos está sancionado con multa, entonces, ¿Se justifica el uso del Derecho Penal para prevenir quebrantos en la potencial de trabajo? Hay respuestas que existen sin necesidad de ser mencionadas. Es obvio que una simple condena en costas y pago de multas en el mismo delito simulado basta como sanción, sin necesidad de iniciar un proceso autónomo para imponer una multa.

Por otro lado, para perseguir este delito se tendrá que destinar potencial de trabajo para procesar al simulador, lo cual contradice a su propia *ratio legis*.

c) Despilfarro de recursos económicos

En cuanto al despilfarro de recurso económicos como un atentado a la Administración de Justicia, vale la pena mencionar que esos recursos económicos son provenientes del pago de impuestos de todos los ciudadanos y por lo mismo, provenientes de los impuestos que el simulador -valga la pena aclarar- también aportó, por lo que bastaría con una condena a una reparación civil al Estado, ya que al convivir con la sanción penal entierra el principio de que el Derecho Penal sea subsidiario y sobre todo de *ultima ratio*.

Como recurso económico se puede poner como ejemplos: el uso de luz, internet y otros recursos tecnológicos y eléctricos que se destinan al trabajo en el caso simulado que se investiga y podrían destinarse a investigar delitos “reales”; el gasto de papelería; gasto en transporte; gasto en peritajes, informes, y recursos materiales de la Función Judicial y de la policía investigativa; etc. FERREIRA DELGADO es precisamente uno de los autores que considera que se busca evitar

el costo de tiempo y dinero de los coasociados⁸⁵⁹. Incluso podemos llegar a considerar un recurso económico el sueldo de los funcionarios públicos, que son pagados para ejecutar actos procesales encaminados a investigar y sancionar conductas reales.

Sin perjuicio de lo ya mencionado, el asunto es mucho más sencillo de responder y la solución no es precisamente la tipificación del delito simulado. Si se determina que el delito investigado no es real, o que ha existido simulación de delito, en la causa misma que surgió mediante la simulación, entonces ésta procesalmente debería poder archivarse con la debida sanción de multa que imponga el Juez Penal, es decir, sin necesidad de que se inicie un nuevo proceso penal para juzgar el delito simulado -en el cual se destinarán recursos económicos- y así el Juez debería tener la capacidad para resarcir aquel despilfarro con una multa y costas procesales, y precisamente esas costas procesales se podrían obtener tras un avalúo del gasto injustificado que por la simulación del delito se hizo que incurra la Administración de Justicia.

Defender la *ratio legis* de proteger los recursos económicos de la Administración de Justicia en este caso, es defender el despilfarro que un segundo proceso penal representa en materia económica para el Estado. Se pretendería entonces proteger los recursos del Estado precisamente gastándolos, lo cual es una sinrazón impresentable.

⁸⁵⁹ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 480.

d) Faltar el respeto a la institución

Se podría alegar que la simulación de delito es una falta de respeto a la institución, no obstante, esta *ratio legis* cae por su propio peso, por cuanto por su trivialidad deslegitimaría la punibilidad en esta materia, haciendo que el *ius puniendi* se deslegitime por el abuso de sus principios limitadores.

Debe entenderse que es el propio Estado el que utiliza mecanismos penales, mediante un discurso motivadamente orientado, basando en el *ius puniendi*, para contrarrestar la criminalidad, y por lo mismo toda manifestación humana contraria al contrato social, siempre y cuando estas actitudes anti-comunitarias no puedan ser antes solucionadas por otras ramas del Derecho menos represivas y violentas.

El *ius puniendi* es, de entrada, utilitarista, ya que pretende legitimar el recurso del Derecho Penal con la idea del “mal menor⁸⁶⁰.” Sin embargo, el Derecho Penal no se legitima desde el *ius puniendi* únicamente desde un sentido utilitarista, sino también desde principios y requisitos “garantísticos”⁸⁶¹. Esto nos permite llegar a una única conclusión: esta *ratio legis* es contraria a la naturaleza del *ius puniendi*, por lo mismo debe ser descartada.

⁸⁶⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *La Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho Penal*, en ROBLES PLANAS, Ricardo (coordinador) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010, pág. 28.

⁸⁶¹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *La Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho Penal*, en ROBLES PLANAS, Ricardo (coordinador) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010, pág. 30.

e) Causar alarma social

Definitivamente si una persona denuncia un asesinato en masa inexistente y lo hace además público, habrá alarma social, situación tan abstracta y abierta que no puede ser probada en juicio.

Denunciar asesinatos en masa reales también causan conmoción social, lo cual en muchas legislaciones llega a ser agravante de la conducta, agravante que usualmente es aplicada sin siquiera ser probada. En todo caso, si esta es la *ratio legis*, debería prohibirse a los medios de comunicación presentar noticias sobre delitos, y por lo mismo, tipificar su comunicación por causar alarma social, propuesta que suena descabellada, además de serlo.

El concepto de alarma social es tan amplio y ambiguo, que no puede ser una *ratio legis*, incluso cuando exista alarma social, y en todo caso, no es sustento legal suficiente para justificar la tipificación de este delito. Ya estudiamos a profundidad lo que es un bien jurídico protegido, y en tal razón, un ordenamiento jurídico sustentado sobre la base de un Derecho Penal de mínima intervención no puede basar su estructuración en conceptos como éstos, que además, son meramente argumentativos pero no demostrables.

B) ¿Un atentado contra el principio de lesividad?

“¿Hacer trabajar en vano o el faltar al respeto a una institución pueden considerarse como bien jurídico? Estos aspectos ¿legitiman realmente la

existencia del tipo o simplemente la explican? ¿No nos encontraremos acaso ante un supuesto más de quiebra del principio de lesividad?”⁸⁶². Considero que las preguntas formuladas por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO son justas y suficientes para sacar a relucir la violación inminente al principio de lesividad y entender ante qué escenario nos encontramos.

Los subcapítulos anteriores fueron claros, inequívocos y concordantes: estamos frente a un delito carente de bien jurídico protegido, pero además, vacío de una *ratio legis* con contenido, lo cual es atentatorio, irrefutablemente, al principio de lesividad.

El principio de lesividad -o de ofensividad como también se lo conoce- no es más que el principio *nullum crimen sine iniuria*, esto es, que no debe haber delito sin lesión -o por lo menos puesta en peligro- de algún bien jurídico protegido.

CARBONELL MATEU es enfático al establecer que el principio de lesividad es un limitador del poder punitivo del Estado por cuanto el legislador no deberá tipificar delitos si no es en virtud de que resultan lesivos para un bien jurídico⁸⁶³.

MAURACH es concordante con el citado criterio y defiende que “no puede surgir el delito cuando por inexistencia del objeto de tutela o por falta de idoneidad de la acción es imposible la lesión de un bien jurídico⁸⁶⁴.”

⁸⁶² SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido?* op. cit.

⁸⁶³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal Y Principios Constitucionales*, PDF, pág. 21.

⁸⁶⁴ MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción de CÓRDOBA RODA, Juan. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, págs. 261 y sigs., así también en ZAMORA JIMÉNEZ,

En un Estado de Derecho la intervención punitiva únicamente puede justificarse respecto de conductas trascendentes para las libertades de los demás, que afecten a su esfera de libertad, siendo por lo mismo contraria al principio de lesividad la tipificación de una conductas inmorales. Por lo que la doctrina coincide en que la dignidad del bien jurídico penal debe cumplir un doble requisito: formal, es decir tener relevancia constitucional; y, material, es decir, debe tener incidencia en la libertad ajena⁸⁶⁵.

El principio de lesividad se relaciona íntimamente con los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad, por consiguiente, el Derecho Penal incrementa su legitimidad para intervenir cuando efectivamente algo que merece protección ha sido lesionado -o por lo menos corre peligro de serlo-⁸⁶⁶. Por lo cual el principio de lesividad es un elemento esencial para la antijuridicidad⁸⁶⁷.

El Derecho Penal debe aparecer y reprimir ahí donde surgen ataques “graves” a bienes jurídicos y por lo mismo ataques graves al Contrato Social, y sólo cuando las ramas de *prima ratio* son incapaces por sí solas de hacer frente a la agresión. ¿Pero graves para quién? Entonces nos referimos a los ataques que

Arturo. *Bien Jurídico y Consentimiento en Derecho Penal*. Letras Jurídicas Numero 6, Primavera del 2008, ISSN 1870-2155. p. 3, así también en BIRNBAUM, Johann Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de Derechos para el concepto de delito*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 31, Editorial B de F, Buenos Aires, 2010.

⁸⁶⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal Y Principios Constitucionales*. op. cit. págs. 22 y 23.

⁸⁶⁶ BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando. *Bien Jurídico “Penal” contenido procedimental y nuevo contenido material*. op. cit. pág. 4.

⁸⁶⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales*. Revista de Derechos Fundamentales. Universidad Viña del Mar. N° 8. 2012. pág. 74.

causen más estragos -que los dejen totalmente indefensos- a los sujetos pasivos o titulares de los bienes jurídicos -de los que son desprovistos o lesionados-⁸⁶⁸.

Sin duda y en virtud de todo lo expuesto hasta este momento, estamos frente a una irrefutable violación al principio de lesividad, por cuanto la simulación de delitos como tipo penal autónomo carece de bien jurídico protegido, e incluso de una *ratio legis* sustentable -o por lo menos defendible-. Además, encuentro en el delito simulado contradicciones lamentables a su propia alma:

1. Únicamente se sanciona la vulneración al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y se deja en el olvido la posibilidad de que mediante simulaciones se afecte al buen funcionamiento de cualquier otra administración pública.
2. Sólo se sanciona a las personas naturales que simulen infracciones o simulen ser actores o víctimas, sin embargo, no se sanciona a los funcionarios públicos que están a cargo de la Administración de Justicia y por ineptitud, negligencia o saña, despilfarran recursos en procesos o investigaciones destinados al fracaso.

⁸⁶⁸ BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando, *Bien Jurídico “Penal” contenido procedimental y nuevo contenido material*, op. cit. pág. 6.

IV. Conclusión

No escapa del entendimiento de quien conoce el proceso penal, y más aún quien lo conoce en su diario ejercicio, que el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia es el objetivo de la misma Administración de Justicia, objetivo que se activa cuando se pone en marcha el aparato judicial procesal, pero no es un bien jurídico *per se*, sino una misión institucional que al ser vulnerada se debe sancionar dicha vulneración, pero con un criterio de reparación integral administrativa, más no con un criterio sancionatorio penal.

Veremos en el transcurso de esta investigación que el activar el sistema punitivo para sancionar el delito simulado significa ponerlo en marcha doblemente, lo cual, al final, doblemente rompe la teleología de su *ratio legis*, por cuanto, si el simulador vulnera el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, entonces, procesándolo por un delito simulado consigue que doblemente se quebrante el potencial de trabajo del aparato judicial y que se despilfarre los recursos económicos del Poder Judicial, cuando perfectamente se pudo sancionar pecuniariamente en el primer proceso, al simulador.

Algo que no se ha dicho es que existe tras el ánimo punitivo del Estado una necesidad social de reprimir a aquellos que rompan con algo que en abstracto -por que en concreto no se llega a definir- se llama «deber universal de veracidad», lo que nos obliga a mantener una estructura de manifestación externa de verdad-correspondencia.

PUPPE sostenía que en el Derecho rige, en principio, un criterio de impunidad a la mentira⁸⁶⁹, por lo que SILVA SÁNCHEZ mantiene que podría hablarse de una “inexistencia de un deber general de veracidad de los particulares”⁸⁷⁰. Y estimamos que SILVA SÁNCHEZ no se equivoca. La mentira per se no puede estar sujeta a ser considerada una conducta típica, precisamente por la verdadera esencia de la verdad, los problemas de percepción e incluso la

⁸⁶⁹ PUPPE en NEUMANN/SCHILD (Gesamtred.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2, Besonderer Teil, Baden-Baden, 1995, § 271, núm. Marg. 4, obra citada en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María en SALVADOR CORDECH, Pablo; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pág. 77.

⁸⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María en SALVADOR CORDECH, Pablo; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pág. 77.

naturaleza humana, todo lo cual vimos en el capítulo dedicado a la filosofía que nos permite distinguir verdad de mentira.

Ahora bien, si bien no existe un «deber universal de veracidad», sí existe un «deber particular y delimitado de veracidad», esto es para aquellas manifestaciones -conductas- en las que la veracidad es la condición necesaria para que no exista una lesión. Así, por ejemplo, en un negocio, si el ofertante dice la verdad, no puede haber daño -en principio-, pero si el ofertante miente, se puede generar un delito de estafa según el caso.

Así, no estamos obligados a decir la verdad, siempre y cuando nuestra falsedad no dañe a terceros, y que no los dañe en bienes jurídicos que justificadamente formen parte del poder punitivo del Estado.

No cabe duda que todos -sin excepción- tenemos un deber de veracidad frente a la Administración de Justicia, precisamente porque su correcto funcionamiento se basa -originariamente- en hallar la verdad y sancionar a quienes pongan en el limbo el orden social.

Desde el año 1800 el Derecho empezó a poner atención en el *falsum*, en el que, según el bien jurídico protegido, se consideró a la mudación de la verdad como resultado del delito, pero modernamente para que exista la posibilidad de cometer delitos a través del *falsum* se requiere que éste atente contra la fe pública, saliendo la esfera particular de la lupa del *ius puniendi*⁸⁷¹.

⁸⁷¹ JAKOBS, Günther, *Falsedad documental, revisión de un delito de engaño*, Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 31 y sigs.

Por lo anteriormente aseverado, quien miente ante la Administración de Justicia, produciendo un desvío u obstáculo en su fin de hallar la verdad, está lesionándola porque se va en contra de la razón de su propia existencia, no obstante, cuando se simula un delito, en realidad no se quebranta la búsqueda de la verdad de la Administración de Justicia, sino que se pone su aparato judicial en marcha para que busque la verdad ahí donde no la hay, esto es, se le permite hallar una verdad: que lo denunciado no es verdad.

A lo que quiero llegar es que el simulador no transgrede y lesiona la misión de la Justicia, como sí lo hace, por ejemplo, el falso testimonio, sino que su resultado es únicamente una trasgresión a su buen funcionamiento, al uso de sus recursos económicos y de tiempo, pues la misión de la Justicia no es solo condenar, sino también absolver, esto es, el Derecho Penal no es una rama punitiva que busca sólo reprimir, sino también hallar la verdad, reafirmar la norma, pero siempre respetando el estado constitucional de inocencia de todo ciudadano, por lo que debe alegrarse cuando absuelve y reflexionar cuando condena.

Concluyendo tras todo lo expuesto, el delito simulado no sanciona la lesión a bien jurídico protegido alguno, sino que es, como en muchos otros casos, un caso de administrativización del Derecho Penal, que sanciona penalmente un quebranto de bajo rango, lo cual contraviene al principio de lesividad, y donde no hay lesión, no hay delito (en los delitos de resultado).

CAPÍTULO VII

ACCIÓN Y RESULTADO:

ESTRUCTURA DE LA CONDUCTA DE SIMULACIÓN

I. Verbo rector

Verificada la importancia del bien jurídico protegido para el tipo penal, es importante mantenernos en el núcleo del tipo y estudiar sucintamente otro de sus elementos, esto es, el verbo rector.

El verbo rector no es más que el verbo, es decir, la conducta típica (acción u omisión), indispensable para ejecutar el delito. Los verbos rectores suelen ser verbos en infinitivo. Así, por ejemplo, en el asesinato el verbo rector es “matar”;

en el robo es “robar”; en la estafa es “engañar”; en las injurias es “imputar”; en el hurto es “sustraer”, etc.

Si bien lo normal es que sea un verbo en infinitivo el verbo rector, existen casos en que se utilizan sustantivos como “verbo rector”, así, por ejemplo: en el estupro el verbo rector puede ser “cópula”; en la violación “acceso carnal”. Incluso podría llegar a utilizarse una frase que no es un verbo pero que hace las veces de verbo rector, como por ejemplo “faltar a la verdad” en el perjurio⁸⁷².

Además, deben utilizarse elementos lingüísticos descriptivos que cualquier persona, con un nivel cultural medio, pueda apreciar o conocer su significados sin mayor esfuerzo⁸⁷³.

«Simular», que a fin de cuentas, es el verbo rector de este delito⁸⁷⁴, es decir, hacer pasar por verdadero algo que no lo es; «simular» –según la Enciclopedia Jurídica de Editorial La Ley– es “[...]fingir delito inexistente, sin que se acuse de él a determinada persona”⁸⁷⁵.

Este verbo deriva etimológicamente de *simulare*, que en sentido amplio significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es, que incluso es sinónimo en su definición de “disimular”, que significa

⁸⁷² ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 6ta Edición, Ediciones Legales, Colección Profesional Ecuatoriana, Quito, 2008, pág. 151.

⁸⁷³ MUÑOZ CONDE Francisco y GARÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 8vo Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 256.

⁸⁷⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 801.

⁸⁷⁵ Enciclopedia Jurídica, Responsabilidad de la Administración, sistema de folio real, ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (Coordinador General), Tomo XX, 1ra edición, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pág. 11,836.

“ocultar lo que realmente es⁸⁷⁶.” Y precisamente esta acepción fue aceptada como tal por el Tribunal Supremo en la STS de 20 de diciembre de 1959, en la que afirma que hay simulación en un caso concreto porque “lo denunciado no respondía a la verdad porque el procesado había obrado fingiendo por tanto lo que no era en lo que consiste la simulación.⁸⁷⁷”

RODRÍGUEZ MOURULLO establece que «simular» en un lenguaje vulgar puede entrañar tanto una «ficción» como una «imitación» que, en todo caso, implique una discordancia con la verdad, por lo que, en su opinión experta, se puede también hablar de simulación cuando desfigura o deforma esencialmente una realidad⁸⁷⁸.

La ficción, como interpretación o aseveración de lo inexistente, configura un elemento esencial en la vida humana, negar su existencia y su uso reiterado en toda actividad humana, resultaría además de una hipocresía, una verdadera simulación. La forma más fácil de demostrar que las ficciones son parte de nuestro diario vivir es que el lector que lo niegue estaría simulando que jamás a incurrido en ficciones.

«Simular» no es más que hacer que terceros perciban la realización de un acto, hecho o situación irreal, como real; simulando, por ser el verbo rector, es la única forma de cometer el un “delito simulado”.

⁸⁷⁶ CÁMARA, *Simulación en los actos jurídicos*, Segunda Edición, Buenos Aires, 1958, p. 28, obra citada en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, pág. 504.

⁸⁷⁷ STS de 20 de diciembre de 1959, citada en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 802.

⁸⁷⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 802.

Es importante tomar en cuenta que simular no es «sinónimo» de «falsear»⁸⁷⁹. Para entender esta distinción podemos mencionar como ejemplo que cuando se «simula» lo que uno hace en la narración de los hechos es describir hechos inexistentes (“en ese momento salí y mi coche no estaba donde lo estacioné”); mientras que cuando «uno falsea» lo que hace es aportar información falsificada, lo que nos llevaría a otro delito. Así, se puede «falsear» pruebas. Este es un tema semántico, no obstante, en el Derecho se debe ser técnico y cuidar el vocabulario que se utiliza.

Simular es fingir como verdadero algo que no lo es⁸⁸⁰ -entendiendo «verdadero» como «verdad-correspondencia»-. Pero también, vale dejar claro, es verbo rector «denunciar», complementando a este último con el elemento objetivo «delito inexistente».

II. Elementos objetivos de la acción típica

El tipo objetivo del delito simulado es el elemento que mayor detenimiento merece en esta parte del capítulo, por lo que aquí verificaremos las *conditio sine quanon* para que el delito se configure, pero sobre todo, para que se consume.

Los delitos objetivamente pueden ser simples o complejos, es decir, un delito es simple cuando se configura el tipo penal con la ejecución de una conducta típica en un único momento, lo cual es hoy en día muy difícil de hallar,

⁸⁷⁹ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Teoría General del Delito*, op. cit. pág. 490.

⁸⁸⁰ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, edición 2011, reimpresión 2013, pág. 893.

sin embargo, tenemos como escaso ejemplo el delito contemplado en el artículo 283 del Código Penal español, que establece: “*Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos*”. En este ejemplo tenemos simplemente que será sancionado quien en perjuicio del consumidor facture más de lo debido. ¿Cómo? Mediante la alteración o manipulación (sinónimos) de aparatos de medición automática de precios.

Por otro lado, tenemos delitos cuya estructura típica objetiva es compleja, porque existe más de un momento de acción, donde incluso en un primer momento la conducta es triplemente alternativa, así, recordemos como está tipificado el delito simulado:

*Art. 457.- El que, ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior, simularse 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*⁸⁸¹.

Entonces, tenemos tal cual lo grafica POLAINO-ORTS⁸⁸², la siguiente estructura compleja:

Primer momento de acción

Segundo momento de acción

⁸⁸¹ Código Penal español de 1995, op. cit.

⁸⁸² POLAINO-ORTS, Miguel, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit. pág. 399.



Simular ser responsable
de una infracción penal

o

Simular ser víctima de
una infracción penal

o

Denunciar una infracción inexistente



Provocar actuaciones procesales

De lo explicado, se entiende que el delito puede ejecutarse de tres formas distintas (en su primer momento), donde incluso pueden ser simultáneas la primera con la tercera o la segunda con la tercera.

Entonces, el primer momento marca la etapa de ejecución (le da inicio a la ejecución) del *iter criminis*, por otro lado, el segundo momento, es decir, provocar actuaciones procesales, es la forma en la que se consuma el delito.

Si prescindimos del segundo momento y ejecutamos cualquiera de las alternativas del primer momento, es decir, simular ser responsable o simular ser víctima o denunciar una infracción inexistente, estaríamos, quizá, frente a un caso de tentativa, porque el delito se hubiere ejecutado pero no consumado. Esto

lo veremos con mayor detenimiento en el subcapítulo dedicado exclusivamente a la tentativa.

La Enciclopedia Jurídica de La Ley dice que esta «fabulación» se puede cometer en las siguientes modalidades⁸⁸³:

- Los hechos delictivos son verdaderos pero el sujeto activo finge ser víctima o responsable de él, como autor o cómplice, sin serlo.
- Los hechos delictivos son falsos y el sujeto se atribuye falsamente la calidad de víctima o responsable en calidad de autor o cómplice.
- Simplemente se simulan los hechos falsos en que no se finge ser responsable ni víctima, pero tampoco se identifica a un supuesto responsable, puesto que en ese caso estaríamos ante el delito de acusación y denuncias falsas tipificado en el Art. 456 del Código Penal.

La STS de 22 de mayo de 2008 (rec. 1166/2007. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE) –acogiendo el criterio de otras Sentencias de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo español (SSTS 1221 de 19 de octubre de 2005 y 1350 de 23 de diciembre de 2004)– resalta que los elementos configuradores del tipo penal del Art. 457 son los siguientes:

- 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

⁸⁸³ Enciclopedia Jurídica, Responsabilidad de la Administración, sistema de folio real, ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (Coordinador General), Tomo XX, 1ra edición, op. cit. pág. 11,837.

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 sentencia del TS 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 procesal⁸⁸⁴.

Una vez verificados los momentos de este delito complejo y la clara división entre ejecución y consumación, deberemos analizar, separadamente, cada uno de los momentos y alternativas posibles.

A) Fingir ser responsable

El artículo se refiere específicamente a quien simulare ser «responsable», por lo que podría incluso tratarse de la simulación de cualquier clase de autoría y participación, como por ejemplo simular ser cómplice o simular ser autor. Esto dependerá de cada caso específico y la autoridad competente deberá tenerlo en

⁸⁸⁴ STS de 22 de mayo de 2008 (rec. 1166/2007). LA LEY 79058/2008. España.

cuenta. Por eso, como primera conclusión: simular ser autor y simular ser responsable no son sinónimos; el primero es la especie, el segundo el género.

Se puede simular ser responsable de una “infracción penal”, lo que se entiende que no sólo estaríamos frente a la simulación de responsabilidad sobre el cometimiento de un delito, sino también frente a una posible simulación de responsabilidad de una falta. RODRÍGUEZ MOURULLO acertadamente excluye la simulación de responsabilidad civil, y asevera que ésta solo podrá ser una «responsabilidad criminal»⁸⁸⁵.

Ahora bien, como se dijo, esta alternativa típica puede ser fácilmente combinada con la tercera: denunciar un delito inexistente. Esto se da porque cuando se finge ser responsable de una infracción afrontamos dos posibles situaciones: 1. Que el delito nunca existió por lo mismo no se puede ser responsable; 2. Que el delito existió pero que quien se atribuye la responsabilidad del mismo no es tal.

Pongamos ejemplos de cada una de estas opciones de esta primera alternativa del primer momento de la estructura compleja del tipo:

1. X denuncia el plagio de un banquero famoso actualmente desaparecido y se atribuye la autoría material, fingiendo estar arrepentido del mismo, con el fin de salir en televisión.

Si el político no fue plagiado (digamos que huyó a Miami con el dinero de los cuenta ahorristas), entonces además de no haber plagio alguno, mucho menos se puede ser autor de éste.

⁸⁸⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La simulación del delito*, op. cit. págs. 820 y 821.

2. X en un juicio por un polémico y real asesinato se atribuye la responsabilidad del mismo, sin que este encubriendo a su verdadero autor, o por lo menos no con esa intención.

Además de estas opciones se nos abre una tercera opción: X mata a Y, y su padre, Z, para salvarlo, se auto-incrimina. La diferencia está que en este tipo de casos, como con razón sostiene POLAINO-ORTS, el tipo penal entra en colisión con encubrimiento personal contemplado en el Art. 451.3⁸⁸⁶, que es de aplicación preferente por ser *lex specialis*.

Por tanto, debemos entender que esta alternativa del primer momento se refiere exclusivamente a atribuirse una responsabilidad, pero sin el ánimo de encubrir, y que puede significar atribuirse la responsabilidad sin tenerla o que la infracción no exista, por lo tanto la responsabilidad es imposible.

⁸⁸⁶ Código Penal español. Art. 451.- *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:*

1.º *Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.*

2.º *Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.*

3.º *Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

a) *Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo u homicidio. (Párrafo modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)*

b) *Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave.*

B) Fingir ser víctima

El análisis de esta segunda alternativa del primer momento del tipo es exacta al realizado en cuanto a fingir o simular ser responsable; entonces también puede combinarse esta alternativa con la tercera, o puede preexistir de forma autónoma, esto es: 1. Que la infracción exista pero que quien denuncia ser víctima no lo es; 2. Que la infracción es inexistente, por lo mismo la calidad de víctima aseverada es imposible.

Se puede simular ser víctima para obtener, por ejemplo, daños y perjuicios, o cobrar un seguro, o querer dañar a un tercero, ya se trate del responsable real o del responsable irreal.

Pongamos ejemplos sobre esta alternativa:

1. Una constructora/inmobiliaria ofrece un proyecto de viviendas económicas, exigiendo a sus clientes un anticipo del cincuenta por ciento del coste total. El gerente de la inmobiliaria por administrar mal sus finanzas lleva a la compañía a la banca rota, por lo que debe huir sin haber entregado los inmuebles. Los perjudicados denuncian esta infracción con el fin de recuperar su dinero, a través del posterior remate de los bienes inmuebles de la inmobiliaria. X, que aún no había pagado el anticipo exigido pero que había firmado el contrato, también suscribe como denunciante, para ser indemnizado por un dinero que jamás llegó a entregar.
2. X y Z, amigos, deciden que sus vehículos necesitan pintura nueva y varias reparaciones por varios golpes que tienen sus coches, por lo que de común acuerdo, impactan sus coches entre sí. De este modo denuncian

un accidente de circulación para poder reclamar a sus respectivos seguros la reparación de sus vehículos por dicho “siniestro”, y obtienen la totalidad de las mejoras deseadas.

Ahora bien, se puede deducir fácilmente que los ejemplos anteriores tienen supuestas víctimas en busca de un fin ilícito, sin embargo, cabe la posibilidad, como señala POLAINO-ORTS, de que el fin sea lícito⁸⁸⁷, siendo el medio ilícito. Un ejemplo representativo de este caso sería: a un concejal de ayuntamiento –quizá por ser de la oposición– se le ha negado la escolta de protección oficial a la que tiene derecho, por lo que finge ser secuestrado, para así conseguir la protección a la que por ley tendría derecho⁸⁸⁸.

Por último, hay una alternativa adicional a las tres presentadas: que la infracción sea real, pero quien lo denuncia en calidad de víctima, en realidad sea el autor. Pongamos un ejemplo: X incendia su fábrica, armando una coartada para que parezca un incendio accidental ocasionado por un cortocircuito, para cobrar el seguro.

¿Pero que diferencia habría entonces entre el ejemplo de los amigos chocando sus coches con el del empresario incendiario? Simple: que el primer caso no cumple con el principio de oportunidad, es decir, que no es necesaria la intervención penal por cuanto el cobro del seguro repara los daños, y, en caso de que haya trascendencia penal, no será por la infracción de tránsito, sino por una

⁸⁸⁷ POLAINO-ORTS, Miguel. en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit. pág. 400.

⁸⁸⁸ POLAINO-ORTS, Miguel. en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit. pág. 400.

estafa de seguro, otro delito. En el segundo caso, lo que el empresario hizo es un delito *per se*, por lo mismo, debe ser procesado y condenado por éste.

Esta alternativa nos genera un conflicto terminológico: ¿Es lo mismo ser «víctima» que «sujeto pasivo» de una infracción?

El Código Penal español habla reiterada y únicamente de “víctima” y no hace mención alguna a la calidad de “sujeto pasivo”, términos que en la doctrina son distintos y que podrían dar lugar a una confusión u omisión en este análisis de la segunda alternativa del primer momento.

RODRÍGUEZ MOURULLO sí hace esta distinción e incluso es más específico, pues distingue entre ofendido y perjudicado, siendo «ofendido» la víctima del delito, titular del bien jurídico protegido lesionado, y, «perjudicado», quien sufre el daño, el titular del interés privado quebrantado por el hecho en cuanto a ilícito civil⁸⁸⁹.

Desde la dogmática penal se entiende por víctima al “[...]sujeto paciente del injusto típico”⁸⁹⁰, esto quiere decir que las víctimas son, por lo tanto, los titulares legítimos del bien jurídico vulnerado⁸⁹¹. Dicho con otras palabras,

⁸⁸⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La simulación del delito*, op. cit. pág. 821.

⁸⁹⁰ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de Victimología, Editorial Edersa, Madrid, 1996, pág. 332, así también en BERISTAIN, Antonio, *El Código Penal de 1995 desde la Victimología*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-152, tomo 3, Editorial LA LEY, LA LEY 21775/2001.

⁸⁹¹ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de Victimología, Editorial Edersa, Madrid, 1996, pág. 332, así también en BERISTAIN, Antonio, *El Código Penal de 1995 desde la Victimología*, op. cit.

víctima puede ser la persona natural o jurídica que sufre daños en los bienes jurídicamente protegidos por las leyes, a los que tienen derecho⁸⁹².

PALOMO DEL ARCO identifica a la «víctima» como el titular del bien jurídico lesionado excluyendo a los simples perjudicados y nos detalla que VIVES ANTÓN sostiene que también abarca a los perjudicados aunque no hayan tenido con el hecho delictivo ninguna relación directa⁸⁹³.

Este último criterio ha sido ratificado por la jurisprudencia, así, en Sentencia de 29 de enero de 1953 se identifica a la «víctima» con el directamente «interesado»:

Como el recurrente trabajaba en un aparato de expedición de gasolina y por tanto directamente interesado en cuanto se refería a la administración de tal carburante, acudió a la Autoridad gubernativa primeramente y ratificó después en la presencia judicial que había sustraído la noche antes, del aparato surtidor en cuyos oficios trabaja, un número de vales representativos de 15.000 litros de gasolina, no siendo cierto, es indudable que cometió este delito, ya que era en primer término la presunta víctima del delito inexistente como inmediato encargado de la manipulación de dichos vales, sin que ello obste que el perjudicado fuese en definitiva el propietario o concesionario del suministro⁸⁹⁴.

⁸⁹² NEUMAN, Elías, *Victimología, El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2da edición, reestructurada y ampliada, Universidad, Buenos Aires, 1994, págs. 28 y sigs., así también en en BERISTAIN, Antonio, *El Código Penal de 1995 desde la Victimología*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-152, tomo 3, Editorial LA LEY, LA LEY 21775/2001.

⁸⁹³ PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 214.

⁸⁹⁴ PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 215.

Antonio BERISTAIN mantiene que todo sujeto pasivo de un delito es víctima, pero no toda víctima es sujeto pasivo de un delito⁸⁹⁵. Víctimas son, además del sujeto pasivo de la infracción, las personas naturales y jurídicas que directa o indirectamente sufren un daño notable como consecuencia inmediata o mediata de la infracción⁸⁹⁶.

Podemos sostener, por consiguiente, que «sujeto pasivo» es el genérico y «víctima» la especie. La diferencia radica en el bien jurídico protegido de cada delito. Así, por ejemplo, si X le pide prestado el coche a B, y mientras X maneja es asaltado por dos individuos armados que lo obligan a bajarse del coche y se lo llevan, la víctima del robo del vehículo es X, porque a él le robaron con violencia, sin embargo, el coche no le pertenece a X, y en el tipo penal “robo” el bien jurídico protegido es “el patrimonio”, por lo mismo, el coche robado pertenece al patrimonio de B, y sólo B es el sujeto pasivo del delito y víctima, mientras X es únicamente víctima y no sujeto pasivo.

Con el anterior ejemplo queda comprobado que para poder diferenciar estas dos condiciones victimológicas debemos partir de la premisa de BERISTAIN: todo sujeto pasivo de un delito es víctima, pero no toda víctima es sujeto pasivo de un delito; luego, para hacer la debida clasificación, se debe determinar quién es el titular del bien jurídico protegido vulnerado.

El Art. 457 del Código Penal español, materia de este estudio, es claro al decir “[...] *simulare ser responsable o víctima* [...]” y no hace mención alguna a la posibilidad de simular ser sujeto pasivo de un delito. En todo caso, esta omisión si bien es dogmáticamente preocupante, normativamente es irrelevante,

⁸⁹⁵ BERISTAIN, Antonio, *El Código Penal de 1995 desde la Victimología*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-152, tomo 3, Editorial LA LEY, LA LEY 21775/2001.

⁸⁹⁶ HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima*. op. cit. pág. 328, así también en BERISTAIN, Antonio. *El Código Penal de 1995 desde la victimología*. op. cit.

por cuanto como ya se explicó, el Código Penal español únicamente utiliza la palabra “víctima”, tácitamente homologándola con “sujeto pasivo”, por lo que se deduce que normativamente en España se les ha dado la calidad de sinónimos, razón por la que también se puede simular ser sujeto pasivo, lo cual es lo mismo a simular ser víctima.

Esta distinción era necesaria doctrinariamente hablando y, aunque no debe preocupar en la aplicación práctica de la Ley, deja claro que en este caso particular no hubo una seria normativización dogmática.

Por último, es importante sostener un aspecto de relevancia fáctica: ¿Qué sucede si la víctima simulada no es uno mismo sino un tercero? No se configura típicamente la simulación de delito, por lo que se abren dos posibles casos:

- a) El delito se cometió pero la víctima es simulada: en este caso no se configura el delito simulado por cuanto no se “simuló ser víctima”.
- b) El delito no ocurrió y la víctima es simulada (típica): en este caso si bien se simula que la víctima es un tercero, sí se configura el delito simulado por cuanto al no haber ocurrido el delito, entonces, no se está simulando ser víctima, pero sí se está denunciando un delito inexistente.

Es decir, también cabe la opción de calificar a un tercero como víctima a sabiendas de que no lo es, como por ejemplo, estregicamente al hijo menor de edad. En estos casos aunque dolosamente se simula la calidad de víctima de un tercero, sin importar el móvil, sino únicamente el conocimiento de dicha falsedad, no se configura el delito simulado, por cuanto el art. 457 es muy claro al establecer “*el que (...) simulare ser (...) víctima*”, por lo que uno mismo debe

atribuirse falsamente esa calidad, caso contrario estaríamos frente a un caso de atipicidad, lo cual resulta absurdo si la *ratio legis* de este tipo es precisamente sancionar las conductas que lesionen la correcta Administración de Justicia, por cuanto al simular que un tercero es víctima de una infracción penal produce exactamente el mismo resultado “lesivo”.

Para terminar, cabe mencionar que en el famoso caso del “Aceite de Colza”⁸⁹⁷ hubo personas que fingieron ser víctimas y se acogieron de este modo a los beneficios de los verdaderamente afectados, diciendo que ellos también habían sido víctimas de aceites adulterados⁸⁹⁸. Esto, por poner un ejemplo famoso de la vida real.

C) Denunciar un delito inexistente

Como vimos esta es la tercera alternativa del primer momento, que bien puede estar combinada con una de las dos alternativas anteriores, esto es, simular ser responsable o simular ser víctima o simplemente puede presentarse de forma autónoma.

Se trata de hacer llegar una *notitia criminis* de falaz contenido a aquellos funcionarios que tienen la obligación de su persecución sin que medie

⁸⁹⁷ Para más información del caso del Aceite de Colza ver PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *Caso del Aceite de Colza*, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coordinador), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011, págs. 425 – 440.

⁸⁹⁸ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, edición 2011, reimpresión 2013. op. cit. pág. 893.

imputación personal contra un tercero⁸⁹⁹, y dicha *notitia criminis* puede en realidad llegar por cualquier medio⁹⁰⁰. Así la jurisprudencia: “Es requisito esencial de este delito que al simular no se haga referencia alguna a persona que pueda ser su autor; ni circunstancias concretas que contribuyan a su identificación, pues de ser ellos así constituiría, más adecuadamente, un delito de acusación y denuncia falsa” (SS 28 de junio de 1969; SS de 06 de octubre de 1989; y, SS de 05 de febrero de 1976)⁹⁰¹.

Se considera denuncia toda aquella información contentiva de una *notitia criminis* que se pone en conocimiento de una autoridad judicial o administrativa que tiene la obligación jurídica de investigar los hechos descritos como conductas delictivas⁹⁰², es decir, denunciar no es más que dar a la autoridad la noticia de una conducta presuntamente lesiva que constituya delito⁹⁰³.

El tipo penal es claro, se debe denunciar una infracción penal inexistente. Esto deja fuera del campo punitivo a denunciar conductas que no constituyan una infracción penal, precisamente por el principio de reserva procesal penal⁹⁰⁴. Entonces, si alguien -evidentemente no asesorado- denuncia el cometimiento del “delito” de «incumplimiento contractual», incluso aunque se generen actuaciones procesales para desestimar la denuncia, no habría configuración típica, porque el incumplimiento contractual es una controversia exclusivamente de carácter civil

⁸⁹⁹ PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, pág. 206.

⁹⁰⁰ CALDERÓN, Ángel y CHOCLÁN, José Antonio, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, pág. 1117.

⁹⁰¹ CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 204.

⁹⁰² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VI, op. cit. pág. 193.

⁹⁰³ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 481.

⁹⁰⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VI, op. cit. pág. 194.

y para que se configure la conducta típica del delito simulado es *conditio sine quanon* que se simule una infracción penal.

En este sentido, tampoco es necesario que el denunciante conozca conceptualmente el tipo penal que pretende denunciar o que se pretende atribuir o del que simula ser víctima, sino únicamente basta con la narración de la relación circunstanciada de los hechos, que si se tratan de una infracción penal, deberán ser debidamente encasillados típicamente por el Juez o el Fiscal. Así, bastará con que alguien diga “mató”, “arranchó”, “forzó”, “agrupó”, etc., para, según el caso, que la autoridad judicial o administrativa pueda transformarlo en “homicidio”, “robo”, “abuso sexual”, “asociación ilícita”, etc.

POLAINO-ORTS es de la idea de que esta tercera alternativa es autónoma, es decir, que para que se configure esta opción debe denunciarse una infracción, a sabiendas que es inexistente, sin señalarse a sí mismo (ni a nadie) como autor o víctima del delito.⁹⁰⁵

Sin perjuicio del criterio de POLAINO-ORTS, considero que -al ser alternativas estas opciones- pueden concurrir sin problema alguno, es decir, no habría conflicto y habría configuración típica si simuló ser víctima denunciando una infracción inexistente. Estaríamos frente a dos alternativas concurrentes en el primer momento de acción.

⁹⁰⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial* op. cit. pág. 400.

Otra cosa –y en ella coincido con el mencionado profesor– es que esta alternativa puede ser autónoma, esto es, denunciar una infracción inexistente sin señalar víctimas ni responsables, lo cual, *per se*, ya configuraría típicamente el primer momento de acción del tipo penal tipificado en el art. 547 del Código Penal español.

Ahora bien, se abre, sin duda, una modalidad a esta alternativa autónoma, la cual también es una opción real: que se denuncie una infracción inexistente señalando como víctima a una tercera persona.

En ese caso, esta alternativa sigue siendo autónoma: la infracción no existe y sin embargo, la denuncio, pero no simulo ser responsable ni mucho menos víctima del mismo, sino que la calidad de víctima se la atribuyo a un tercero. En esta modalidad nuevamente se abren dos sub-modalidades: 1. Que denuncie en connivencia con la supuesta víctima; 2. Que denuncie sin la connivencia de la supuesta víctima.

Antes de poner ejemplos de cada una de estas alternativas, modalidades y sub-modalidades propuestas, queda una modalidad por analizar, la cual hasta aquí ha sido intencionalmente omitida, ésta es: 1. Que se denuncie una infracción inexistente señalando como responsable a una tercera persona.

En este caso, no se realiza el tipo del art. 457 del Código Penal, por no ser una modalidad válida a la alternativa del primer momento de acción de denunciar una infracción inexistente acusando a determinada persona, por cuanto ya no estaríamos frente a un delito simulado, sino ante un innegable caso de acusación y denuncias falsas, tipificado en el art. 456 del Código Penal español.

Ya estudiamos este tipo penal de forma autónoma como figura afín al delito simulado, sin embargo, cabe aclarar, para evitar confusiones, que al denunciar una infracción falsa imputándosela a un tercero se estaría realizando una falsa imputación dolosa, con malicia y temeridad, con desprecio a la verdad, lo cual encaja en el art. 456 y no en el art. 457 del Código Penal vigente exclusivamente.

Entonces, una vez desechada esta sub-modalidad, podemos ver ejemplos de cada una de estas formas alternativas de denuncias sobre infracciones inexistentes:

1. *Concurrencia de alternativas*: Denunciar una infracción inexistente atribuyéndose la calidad de responsable: X denuncia, supuestamente arrepentido, la falsificación de unos cheques (sabiendo que no son falsos), atribuyéndose la autoría, para que estos no sean cobrados y retenidos por el banco.
 - a. En este caso los cheques no son falsos, por lo que la infracción es inexistente y por lo mismo X no puede ser autor.

2. *Concurrencia de alternativas*: Denunciar una infracción inexistente atribuyéndose la calidad de víctima: X, al chocar el coche de sus padres, para no hacer frente a éstos, denuncia que fue robado mientras lo estacionaba, por dos sujetos armados.
 - a. En este caso el coche no fue robado, está escondido temporalmente en la casa de un amigo de X, para luego hacerlo aparecer chocado y atribuírselo a los inexistentes ladrones. Por esto, si nunca hubo el robo denunciado, mucho menos X pudo ser víctima.

3. *Modalidad autónoma*: Denunciar una infracción inexistente sin señalar a nadie como responsable o víctima: B denuncia que un grupo de personas altamente sospechosas se han reunido en asociación ilícita en su edificio para vender droga, sin identificarlas.
 - a. Este hecho nunca sucedió.

4. *Modalidad autónoma*: Denunciar una infracción inexistente señalando como víctima a una tercera persona en connivencia con ésta: X convence a B que denuncie que vio como le robaban el vehículo, para no levantar sospechas. B denuncia este hecho sabiendo que es falso y dice que dos supuestos atacantes identificados apuntaron con un arma de fuego a X.
 - a. El delito jamás existió, por lo que X tampoco pudo ser víctima de lo aseverado por B en su denuncia.

5. *Modalidad autónoma*: Denunciar una infracción inexistente señalando como víctima a una tercera persona sin connivencia con ésta: X denuncia que el Primer Ministro ha sido asesinado por un hombre encapuchado.
 - a. Esto nunca ocurrió y el Primer Ministro está tranquilamente durmiendo, sin embargo, X consiguió una gran agitación e incertidumbre pública con su denuncia, señalando, en un hecho inexistente, al Primer Ministro como víctima.

Ahora, una vez estudiadas las tres alternativas en el primer momento de acción, sabemos como se puede configurar y por lo mismo ejecutar el delito simulado, pero para que sea un delito acabado, consumado, y no quede en una simple y llana tentativa, debe existir un segundo momento de acción, generado

por el primer momento de acción, esto es: provocar actuaciones procesales, que es precisamente lo que veremos a continuación.

D) Provocar actuaciones procesales

El primer momento de acción tiene tres alternativas, que pueden suceder independiente o conjuntamente, como se ha verificado, pero éstas deben ser concurrentes, como configuradoras del primero momento de acción, con un segundo momento de acción, éste es uno solo y sin alternativas: provocar actuaciones procesales.

Provocar una actuación procesal significa causar, generar, ocasionar, cualquier, léase bien, cualquier actuación procesal, es decir, cualquier acto, diligencia, respuesta, etcétera, en el aparato de Justicia.

RODRÍGUEZ MOURULLO comprende conceptualmente por «actuación procesal» las actuaciones que son exclusivamente realizadas por una autoridad judicial⁹⁰⁶, empero, considero que esta conceptualización resulta limitante a la verdadera *ratio legis* de la norma, ya que deja a un lado, especialmente, las actuaciones de Fiscalía y de la Policía Judicial, que son órganos sin jurisdicción pero cuyos actos son normalmente el origen investigativo que pone en marcha a la Administración de Justicia.

La obligatoriedad de la autoridad de investigar lo denunciado se encuentra establecido en el Art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “*Formalizada*

⁹⁰⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit. pág. 821.

que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciere a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquélla indebidamente⁹⁰⁷.”

Además, debe incluirse en este segundo momento todas las actuaciones investigativas de la Fiscalía contempladas del art. 769 al art. 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre todo lo dispuesto en el art. 773.2⁹⁰⁸.

¿Existen actuaciones procesales relevantes para la tipicidad y otras que por irrelevantes generan atipicidad? En criterio de QUERALT JIMÉNEZ, así es, por cuanto en atención al bien jurídico protegido –en opinión del autor habría bien jurídico protegido– sólo deberían integrar el delito las actuaciones procesales relevantes, de modo que aquellas que no pasan de un archivo directo, inclusive precedido de una mera comprobación, deberían resultar impunes⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ Ley de Enjuiciamiento Criminal. Arazandi. España.

⁹⁰⁸ Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 773.2.- *Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.*

El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.

Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.

⁹⁰⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2da edición, Barcelona, 1992, pág. 678, así también en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 220.

El criterio de QUERALT JIMÉNEZ es errado por la siguiente razón: es irrelevante la importancia de la actuación procesal, por cuanto, si dolosamente, faltando a un deber de veracidad, se genera una insignificante actuación procesal, sin duda esta actuación procesal, aunque fuere para desestimar una denuncia, conllevará tiempo, recursos económicos, recursos humanos, etc.

En realidad, la relevancia o irrelevancia de las actuaciones procesales incide exclusivamente en la gravedad de la simulación para la Administración de Justicia, *ergo*, será determinante únicamente en la gravedad de la imposición de la pena; mientras más relevante sea la actuación procesal provocada en vano, la pena será mayor; mientras menos relevante sea la actuación procesal provocada por una información mendaz, menor será la pena.

La Sentencia de 20 de septiembre de 1991, citada por PALOMO DEL ARCO, es enfática en el siguiente sentido: *“Aunque si sólo existe una mera sospecha y las diligencias se aperturan de forma alternativa a determinar la “verosimilitud de los hechos denunciados o, en otro caso, la posibilidad de una denuncia falsa”, se entiende cumplimentado el resultado típico”*⁹¹⁰.

Así la Sentencia de 16 de mayo de 1991 sostiene, en defensa de que el más mínimo acto procesal ya es acto procesal conforme al Art. 457, y dice que se determina el inicio de un procedimiento cuando:

Una posición, en concepto amplio de actuación procesal, hace comprender en las mismas tanto las practicadas después de la iniciación de un proceso y en trámite el mismo, como las que motivas su incoación y puesta en marcha. Otro parecer

⁹¹⁰ S de 20 de septiembre de 1991, citada en PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 220.

se muestra exigente en que la simulación no vaya precedida de la existencia de un proceso y realizada durante su tramitación, sino que aquella motive precisamente su incoación. Realmente la norma legal no distingue, no exigiendo que la simulación de origen a la iniciación del sumario o de las diligencias penales, debiendo entenderse por actuación procesal, a los efectos de este delito -cual indicia la sentencia de 9 de diciembre de 1949- cada uno de los diversos trámites de todo procedimiento judicial incoado por autoridad competente. Lo esencial es, pues, que la falaz y simuladora iniciativa del sujeto, considerándose responsable o víctima de un delito, tenga una correspondencia procesal, provocando una actuación del Órgano Judicial que, sin aquélla, no se hubiera producido. Se simula la ocurrencia de un hecho típico y, el estimular la exigida intervención del juez, se altera o entorpece su normal dedicación con averiguaciones acerca de supuestas infracciones irreales. *Semejante incidencia perturbadora tanto se producirá si las actuaciones procesales provocadas se insertan en el seno de un procedimiento en marcha como si determinan la iniciación de uno ex novo*, lo que, en muchas ocasiones, puede ser fruto de la discrecionalidad judicial⁹¹¹.

Pongamos dos ejemplos aleatorios, basados en las tres alternativas del primer momento de acción, para verificar, entre otras, cuales actuaciones procesales podrían provocar y que bastarían para que el delito se consume:

1. *Simulando ser responsable*: Z confiesa en un proceso haber sido el autor intelectual de un ataque terrorista, sin serlo. El solo hecho que se reciba su declaración de forma oficial en el proceso y que por lo mismo se le investigue, ya es una actuación procesal.

⁹¹¹ S de 16 de mayo de 1991, citada en PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 221 y 222.

2. *Denunciando una infracción inexistente*: C denuncia la existencia de una asociación ilícita. El solo hecho de que se le reciba la denuncia y que se le sortee un Fiscal a la causa, ya es una actuación procesal.

GONZÁLEZ RUS sostiene que provocar actuaciones procesales es el resultado material del delito⁹¹², en tanto que POLAINO-ORTS considera que provocar actuaciones procesales es parte imprescindible de la acción, mientras que el resultado material es la alteración del normal funcionamiento de la Administración de Justicia⁹¹³. Y de hecho así lo hemos comprobado: provocar actuaciones procesales es un segundo momento de acción en la ejecución del delito, más no el resultado material.

RODRÍGUEZ MOURULLO⁹¹⁴ y CÓRDOBA también sostienen la tesis de que provocar actuaciones procesales es el resultado exigido de la acción delictiva, lo que hará que nos encontremos ante un delito de resultado y no ante uno de mera actividad⁹¹⁵, así RODRÍGUEZ MOURULLO dice que “[...]no veo que pueda negarse a ésta el carácter de verdadero resultado”⁹¹⁶. La postura contraria la mantiene

⁹¹² GONZÁLEZ RUS, Juan José, en CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel (coordinador.); DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; GONZÁLEZ RUS, Juan José; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Derecho penal español, Parte especial*, 2da edición, Dykinson S.L., Madrid, 2005, pág. 966. Así también, posteriormente, GONZÁLEZ RUS, Juan José, en Morillas Cueva, Lorenzo (coordinador); DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; GONZÁLEZ RUS, Juan José; PERIS RIERA, Jaime; SÁINZ-CANTERO Caparrós, José E.; OLMEDO CARDENTE, Miguel; Benítez Ortúzar, Ignacio F., *Sistema de Derecho Penal español, Parte especial*, Dykinson S.L., Madrid, 2011, pág. 1032.

⁹¹³ POLAINO-ORTS, Miguel. en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit. pág. 401.

⁹¹⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Año CXV, No. 6, diciembre de 1966, Segunda época, Tomo LIII (221 de la colección), pág. 513.

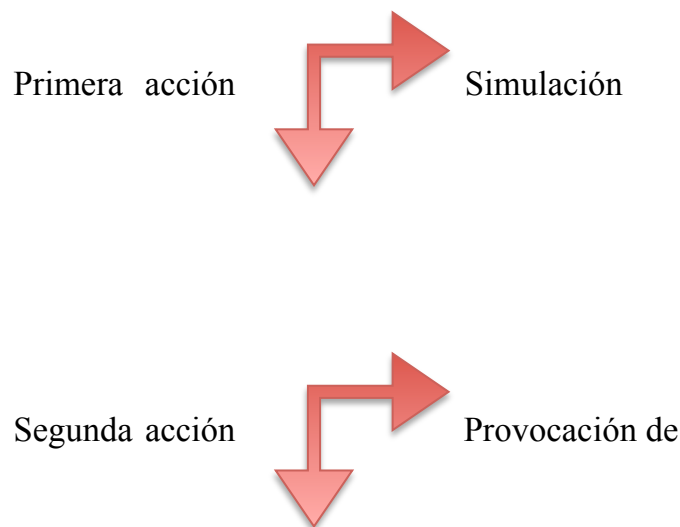
⁹¹⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 811 Así también CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 217.

⁹¹⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 813.

FERRER SAMA, quien afirma que nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad⁹¹⁷.

VIVES ANTÓN dice que la relación de causalidad entre la acción comisiva y la generación de actuaciones procesales es ideal, más no material⁹¹⁸. Y es que, como hemos verificado con el desglose conceptual de POLAINO-ORTS, provocar actuaciones procesales forma parte de la acción, es decir, de la ejecución, por lo que no se puede, bajo ningún presupuesto, sostener motivadamente que provocar actuaciones procesales es el resultado de la simulación, sino que atentar contra el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia es el resultado de provocar actuaciones procesales mediante la simulación.

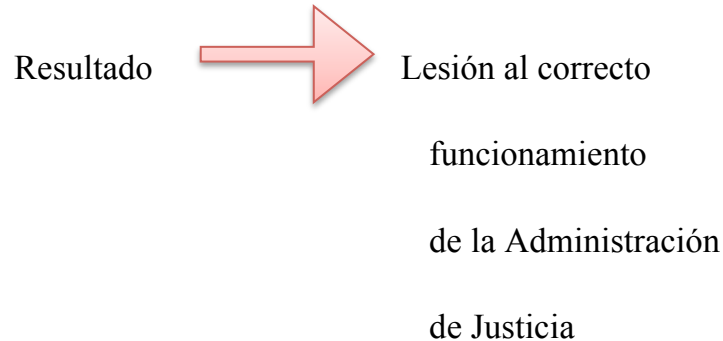
En este sentido y para ser ilustrativos, tenemos dos presupuestos, pero sólo uno es correcto y es el siguiente:



⁹¹⁷ FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Murcia, 1948, pág. 438, así también en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 217.

⁹¹⁸ CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 217.

actuaciones procesales



No queda duda, estamos frente a dos momentos de acción, que sólo cuando son concurrentes producen el resultado de lesión al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, por lo que –en nuestra opinión– las tesis sustentadas por RODRÍGUEZ MOURULLO, CÓRDOBA y GONZÁLEZ RUS erraron en su interpretación típica, mientras POLAINO-ORTS, VIVES ANTÓN y FERRER SAMA reflexionaron hacia una conclusión acertada.

Ahondando un poco más en lo que sostiene POLAINO-ORTS, es irrefutable que provocar actuaciones procesales es parte imprescindible de la acción, ya que es imprescindible porque es en este segundo momento y sólo en este segundo momento cuando el delito se consuma. Es decir, podemos con toda certeza concluir que el primer momento de acción es el que da inicio a la fase de ejecución del *iter criminis*, mientras el segundo momento de acción, si bien sigue perteneciendo a la fase de ejecución, es el que permite efectivamente la consumación del delito. Si falta este segundo momento de acción, es decir, si no se generan actuaciones procesales, entonces el delito se quedaría únicamente en tentativa (esto también lo veremos con mayor detenimiento en el siguiente capítulo).

¿Pero qué actuación procesal basta para sostener que se ha ejecutado este segundo momento de acción del tipo penal del delito simulado? La respuesta es tajante: cualquiera; mientras sea oficial y quede constancia de la misma.

POLAINO-ORTS incluso dice que bastaría con que se presente una denuncia y ésta sea inadmitida sin más⁹¹⁹. Con este ejemplo, incluso, queda claro que no es necesario ni siquiera que se realice un mínima investigación, pues el solo acto de negarla (por escrito y con constancia) y no darle trámite es ya constitutivo de una actuación procesal.

Lo interesante de este tipo penal es que las actuaciones procesales no son ejecutadas por el simulador, sino por la persona que circunstancialmente administra el órgano jurisdiccional competente. Esto debe quedar claro: el simulador no ejecuta actuaciones procesales, sino únicamente las ocasiona, esto es, consigue que un tercero ejecute actuaciones procesales. Esto genera que este tipo penal sea único en su especie, por cuanto se requiere que un tercero termine la fase de ejecución iniciada por el sujeto responsable, no teniendo, quien toma la posta en la fase final de la ejecución, calidad de autor o cómplice.

Queda claro que cualquier acto oficial de la Administración de Justicia del que quede constancia, activado en razón de un simulación de las ya tan mencionadas, constituye este segundo momento; asevero que debe quedar constancia del mismo precisamente por un tema probatorio. La actuación procesal, para condenar, debe ser demostrada fehacientemente.

⁹¹⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit. pág. 401.

Para concluir este subcapítulo y entender de forma completa lo que “provocar actuaciones procesales significa”, debemos tomar la reflexión de RODRÍGUEZ MOURULLO: no se trata de la provocación de un indiscriminado actuar en vacío de la maquinaria investigativa judicial, o de una simple obstaculización para impedir una adecuada dirección de actos investigativos, sino de manera más restringida, “*imprimir positivamente a los órganos judiciales una dirección falsa*”, ocasionando indebidamente la práctica de diligencias investigativas ociosas⁹²⁰.

III. Requisitos de idoneidad de lo simulado

Hay dos aspectos que parecen imprescindibles para que realmente estemos frente a un delito simulado, esto es: la idoneidad de la simulación para vulnerar el correcto funcionamiento de la administración de Justicia, aspectos que veremos a continuación.

A) Que sea ante autoridad competente y determinada

⁹²⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO citado en PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 204.

Se debe eliminar toda posibilidad de extralimitación punitiva en la aplicación de este delito, lo cual ha sido delimitado por la ley, y es tanto así que el Art. 457 determina, en su primera parte, que la simulación debe ejecutarse “[...]ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior [...]”⁹²¹, lo que nos obliga a trasladarnos al art. 456, que establece: “1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados[...]”⁹²²

Esto significa que, para que sea idónea la acción que debe producir el resultado delictivo deseado, debe presentarse la denuncia/acusación o ejecutarse la simulación de calidad de autor o víctima ante funcionario judicial o administrativo. Así, si por ejemplo se presenta una denuncia falsa ante el presidente de una compañía de economía privada, estaríamos frente a un delito imposible.

No obstante, la exigencia típica “ante funcionario judicial o administrativo” sigue siendo un tanto amplia, y por ella se debe comprender lo siguiente: para que la simulación sea idónea debe presentarse una denuncia formal de los hechos, entendida como la comparecencia ante uno de los órganos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la formulación formal conforme al art. 259 y siguientes de la mencionada ley.

Específicamente el art. 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que “Las denuncias podrán hacerse por escrito o de palabra,

⁹²¹ Código Penal. España. op. cit.

⁹²² Código Penal. España. op. cit.

*personalmente o por medio de mandatario con poder especial*⁹²³.” Una denuncia no es más que el acto por el cual un persona pone en conocimiento de la autoridad del cometimiento de un delito⁹²⁴, o simplemente una *notitia criminis*.

La denuncia verbal y la denuncia escrita están reguladas en los arts. 266⁹²⁵ y 267⁹²⁶ del la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Además, es importante tomar en cuenta que la denuncia debe ser debidamente acreditada conforme lo dispone el Art. 268 de la LECrim: “*El Juez, Tribunal, Autoridad o funcionario que recibieren una denuncia verbal o escrita harán constar por la cédula personal, o por otros medios que reputen suficientes, la identidad de la persona del denunciador. Si éste lo exigiere, le darán un resguardo de haber formalizado la denuncia*⁹²⁷.”

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 17 de mayo de 1993, afirma:

[...] la circunstancia de que el delito del art. 338 CP⁹²⁸ proteja la administración de justicia no permite deducir de que ello que el hecho se incrimina sólo cuando es ejecutado ante jueces, fiscales y tribunales, es decir, que sólo éstos son «autoridad competente» en el sentido de aquella disposición. En efecto, la

⁹²³ Ley de Enjuiciamiento Criminal. Arazandi. España.

⁹²⁴ URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal*, Tomo I, Editorial Idemsa, Lima, 2011, pág. 1125.

⁹²⁵ Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 266.- *La denuncia que se hiciere por escrito deberá estar firmada por el denunciador; y si no pudiere hacerlo, por otra persona a su ruego. La autoridad o funcionario que la recibiere rubricará y sellará todas las hojas a presencia del que la presentare, quien podrá también rubricarla por sí o por medio de otra persona a su ruego.*

⁹²⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 267.- *Cuando la denuncia sea verbal, se extenderá un acta por la autoridad o funcionario que la recibiere, en la que, en forma de declaración, se expresarán cuantas noticias tenga el denunciante relativas al hecho denunciado y a sus circunstancias, firmándola ambos a continuación. Si el denunciante no pudiere firmar, lo hará otra persona a su ruego.*

⁹²⁷ Ley de Enjuiciamiento Criminal. Arazandi. España.

⁹²⁸ Como vimos en el primer capítulo, el anterior Código Penal al vigente, es decir, el Código Penal de 1973 (Texto Refundido del Código Penal Publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre) contemplaba el delito simulado en el Art. 338, por lo que la sentencia citada hace referencia al delito simulado cuando se encontraba tipificado en dicho artículo.

administración de justicia se vería inexplicablemente desprotegida si se permitiera la realización de acciones con capacidad para repercutir en su actividad específica, simplemente por haber sido realizadas ante funcionarios ajenos al Poder Judicial en sentido estricto. Por el contrario, la administración de justicia se debe proteger funcionalmente también en aquellas zonas marginales es las que puede tener lugar un procedimiento judicial, toda vez que la policía judicial es también, en este sentido, una autoridad de persecución del delito dependiente, a estos efectos, de los jueces y magistrados[...]⁹²⁹

Por otro lado, contrariamente a la sentencia citada, la STS de 20 de septiembre de 1991⁹³⁰ sostiene que por actuación procesal deberá entenderse la llevada a cabo por órganos jurisdiccionales exclusivamente, de forma que no merecerán la calificación de «actuación procesal» las realizadas por la Policía Judicial o la Guardia Civil.

El criterio de la STS de 20 de septiembre de 1991 es contraria a la *ratio legis* de este delito, por cuando filtraría incluso casos que sí atentan contra el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia porque de una forma u otra generan tanto a la Administración de Justicia como sus órganos auxiliares, un despilfarro de recursos.

⁹²⁹ STS de 17 de mayo de 1993 (Juez Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater), sentencia citada en MARES ROGER, Francisco; y, MARTÍNEZ LLUESMA, Joaquín, en GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. págs. 197 y 198. También en SOTO NIETO, Francisco, *Simulación de delito. Significado de «actuación procesal»*, op. cit. pág. 2. También mantiene el mismo criterio la STS de 11 de diciembre de 1979 citada en PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 210 y 211.

⁹³⁰ STS de 20 de septiembre de 1991, sentencia citada en MARES ROGER, Francisco; y, MARTÍNEZ LLUESMA, Joaquín, en GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. pág. 198.

«Autoridad judicial o administrativa», entonces, puede ser la Policía (entiéndase por Policía a cualquier Cuerpo Nacional de Policía, como la Guardia Civil, Policías Autonómicas, Policías Locales, Policía Judicial, etc.), Fiscalías o Instrucción de Guardia⁹³¹. PALOMO DEL ARCO sostiene que específicamente serían los integrantes de la Policía Judicial (arts. 282⁹³² y 283 LECrim), funcionarios fiscales (arts. 105 y 773.2 LECrim) y Jueces (arts. 259 y 269 LECrim)⁹³³.

Ahora bien, en realidad la “autoridad” ante la que se puede denunciar es mucho más amplia. Veamos: el art. 259 de la LECrim establece que quienes presencian un delito están obligados a denunciar ante el “[...] *Juez de Instrucción de Paz, Comarcal o Municipal o Funcionario Fiscal más próximo al sitio en que se hallare*[...]”⁹³⁴. Además, el art. 262 dice que los funcionarios públicos tienen especial obligación de denunciar delitos, entonces, esto no sólo pone en el pedestal de autoridades judiciales a los Jueces de Instrucción de Paz, Comarcal o Municipal o Funcionarios Fiscales, sino, además, me atrevo a decir, a Ministros y entidades de control. Así, si Ramiro se presenta ante el Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, o ante cualquiera de sus funcionarios, y les dice que tiene una finca a las afueras de Burgos, en donde ha verificado que los campos están inundados de gasolina sin poder determinar su causa u origen,

⁹³¹ Enciclopedia Jurídica, Responsabilidad de la Administración, sistema de folio real, ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (Coordinador General), Tomo XX, 1ra edición, op. cit. pág. 11,837.

⁹³² Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 282.- *La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial.*

Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.

⁹³³ PALOMO DEL ARCO, Andrés. *Realización Arbitraria del Propio Derecho. Acusación, Denuncia Falsa y Simulación de Delito*, op. cit. pág. 6.

⁹³⁴ Ley de Enjuiciamiento Criminal. Arazandi. España.

estos funcionarios tendrán la obligación de denunciar lo sucedido. Recordemos también que el Ministro es, sin duda, «autoridad administrativa».

En caso de que no denuncien y ellos mismos hagan la verificación y encuentren que era falso lo denunciado, no habría delito, porque hay que recordar que se comete el delito cuando se producen actuaciones procesales inherentes al Poder Judicial, más no a procesos investigativos del Poder Ejecutivo.

Autoridad administrativa es toda aquella que esté obligada a denunciar, por lo mismo, se consideraría simulación de delito ejecutar cualquiera de las conductas del art. 457 siempre y cuando ellas provoquen y efectivamente consigan que su simulación llegue al sistema judicial a través de información simulada que llegó a conocimiento de funcionarios administrativos, quienes serían el medio utilizado para simular un delito.

El Juez que conozca el proceso por delito simulado tendrá que verificar el tipo objetivo, inicialmente verificando si la autoridad pública que recibió la *notitia criminis* simulada a tenor de lo dispuesto en el art. 457, es de aquellas que o bien pertenecen a la función judicial y tienen la obligación de investigar, o bien son autoridades administrativas obligadas a denunciar que no lo hubiesen hecho si tal o cual información simulada no hubiese llegado a su poder. Con lo que quiero decir que es imposible hacer una lista de todas a las autoridades judiciales o administrativas comprendidas para efectos del art. 457 en concordancia con el art 456 del Código Penal, sino que será el Juez, en cada caso, quien determine si la autoridad encaja en lo enunciado por la Ley para estos supuestos.

Es importante considerar, en este punto, que no existe razón alguna que obligue a entender que la «autoridad competente» debe ser precisamente la misma que lleve a cabo las «actuaciones procesales» provocadas por el simulador⁹³⁵. Por lo expuesto, RODRÍGUEZ MOURULLO sostiene que compete distinguir entre «autoridad competente» y «autoridad a quien incumbe realizar actuaciones procesales», que bien podrían coincidir, lo cual, no obstante, no es regla obligatoria. Como se dejó sentado, el caso en que no coincidan surge cuando la «autoridad competente» no tiene competencia para ejecutar actos investigativos, sino que únicamente tiene la obligación de trasladar la *notitia criminis* a quien si tiene dicha facultad.

Ahora bien, en este aspecto surge un problema adicional de idoneidad, por cuanto la doctrina ha considerado que para que se considere que se ha provocado actuaciones procesales es necesario que la simulación no sea sobre aquellos delitos que para denunciar se necesita que la denuncia provenga del ofendido o perjudicado y que el denunciante no ostente dicha calidad⁹³⁶.

Si ocurre lo anotado, entonces tendremos un caso de atipicidad, por cuanto, si el delito denunciado -a sabiendas que los hechos relatados son inexistentes- es de aquellos considerados semiprivados o semipúblicos, entonces el Estado no tendrá la obligación de investigar dichos delitos por algo similar a una ilegitimidad de personería. El hecho de inhibirse de conocer la causa por esta causa no puede ser considerado como actuación procesal para efectos de una simulación de delito, por cuanto el Art. 457 se encamina a perseguir aquellas simulaciones que efectivamente sean idóneas de provocar actuaciones procesales lesivas para la Administración de Justicia.

⁹³⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 819.

⁹³⁶ Enciclopedia Jurídica, Responsabilidad de la Administración, sistema de folio real, ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (Coordinador General), Tomo XX, 1ra edición, op. cit. pág. 11,837.

Habrá un caso muy similar que veremos en este mismo capítulo, que es lo que sucede cuando lo que se denuncia no es una infracción penal. En estos casos tampoco hay delito y, sin embargo, la Administración de Justicia dictará auto inhibitorio.

Por último, tampoco habría tipicidad en los casos de delitos privados, cuyas formalidades de acusación est n contempladas en el art. 277 de la LECrim. Este caso sería el de las injurias o calumnias, por lo que, si alguien «denuncia» una injuria en lugar de hacerlo mediante querrela conforme a las reglas constantes en el art. 270 y siguientes de la LECrim, se entenderá que no se comete dicho delito, por cuanto la autoridad no tiene la obligación, menos aún la facultad legal, de investigar delitos de acción privada planteados mediante denuncia, entonces no se puede perfeccionar el delito, menos aún existir una ejecución idónea.

Pero sobre los delitos privados hay un factor adicional: para querrellar o en su defecto denunciar por injurias o calumnias es indispensable que se señale el presunto autor del delito, lo cual causa que *ipso facto* nos encontremos frente a un caso de denuncia o acusación falsa, y ya no frente a un delito simulado.

Existe un caso especial de excepción que no puede ser ignorado: las autoridades militares también son autoridades administrativas obligadas a investigar el cometimiento de delitos o infracciones cuando llegasen a su conocimiento, por lo que simular un delito ante una autoridad militar también es delito, sin embargo, no es un acto típico al tenor del Art. 457, por cuanto, por ley especial, en estos casos se aplica el Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre).

En esta materia es aplicable el artículo 180 del Código Penal Militar, que establece: “*El que simulare ante autoridad competente ser responsable o víctima de un delito atribuido a la Jurisdicción Militar y motivare una actuación procesal de ésta, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión*”⁹³⁷.

Por lo expuesto, sin perjuicio de que el delito simulado exista en la jurisdicción militar, este caso especial no corresponde con el estudio del Art. 457 del Código Penal, por lo que no será tomado en este estudio.

También se debe considerar que el acto de denunciar o de manifestarse falsamente como responsable o víctima de un delito no es un acto de ejercicio de libertad de expresión en búsqueda de la verdad, sino un acto potestativo de carácter solemne que genera que terceros pongan en marcha un sistema de procedimientos no con el fin de calificar un punto de vista como verdadero o falso, sino para determinar si hubo o no una conducta que merezca ser reprimida penalmente⁹³⁸.

B) Que lo simulado sea capaz de engañar

La doctrina ha establecido que la simulación debe ser creíble, es decir, capaz de engañar. Así lo sostienen RODRÍGUEZ MOURULLO⁹³⁹ y GONZÁLEZ

⁹³⁷ Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. España.

⁹³⁸ Sobre la libre expresión en el Derecho Penal: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 108.

⁹³⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La simulación del delito*, op. cit. pág. 806.

RUS⁹⁴⁰, y especialmente el primero mantiene que no habría simulación por falta de idoneidad fáctica si se denuncian hechos absurdos, inverosímiles⁹⁴¹, como por ejemplo un homicidio cometido a través de artes mágicas⁹⁴². Empero, este criterio es inexacto, por cuanto toda simulación, creíble o increíble, es capaz de generar mediante engaño actuaciones procesales, ya que si se la presenta ante el funcionario competente, éste tendrá que dedicar tiempo en atender la causa, aunque sea para desestimarla.

POLAINO-ORTS, justamente para desvirtuar el criterio de RODRÍGUEZ MOURULLO y GONZÁLEZ RUS, pone por ejemplo el supuesto en que A denuncia que ha sido víctima de un secuestro por parte de una nave piloteada por extraterrestres, por lo que por obvias razones se dicta el auto inadmitiendo la denuncia, y sin embargo el solo acto de dictar ese auto ya sería distraer a la Administración de Justicia en su correcto funcionamiento⁹⁴³.

El caso de POLAINO-ORTS suena traído de los cabellos por exagerado, sin embargo, no lo es, como demostraré a continuación: en una encuesta nacional realizada en los Estados Unidos, se tuvo el cómico y triste resultado de que 4

⁹⁴⁰ GONZÁLEZ RUS, Juan José, en CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel (coordinador.); del ROSAL BLASCO, Bernardo; GONZÁLEZ RUS, Juan José; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Derecho penal español, Parte especial*, op. cit. pág. 966. También citado por POLAINO-ORTS, Miguel. en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit. pág. 401.

⁹⁴¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La simulación del delito*, op. cit. pág. 806. Así también en PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir), *Delitos contra la Administración de Justicia*, pág. 211.

⁹⁴² MAGGIORE, Giuseppe, *Diritto penale, Parte Speciale*, Vol. II, tomo 1, 4ta edición, Bologna, 1960, pág. 259, obra citada en RODRÍGUEZ MOURULLO, *La simulación del delito*, op. cit. pág. 806.

⁹⁴³ POLAINO-ORTS, Miguel. en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit. pág. 401.

millones de estadounidenses aseguran haber sido secuestrados (abducidos) por extraterrestres⁹⁴⁴.

Dentro del contexto del ejemplo anterior, pongamos un caso de la vida real, que nos permitirá desarrollar en problema dogmático que se aproxima: en California, en marzo de 1997, un culto religioso llamado “Puerta del Cielo” (*Heaven’s Gate*) tuvo un espeluznante final cuando 39 de sus miembros tomaron, al unísono, veneno. Se suicidaron porque creían que los extraterrestres iban a venir a la tierra y llevarse sus almas, no al cielo, sino a otro mundo (léase planeta). Coincidió (o su líder, Marshall Applewhite, lo hizo coincidir) que en esos días una cometa llamado *Hale-Bopp* estaba pasando cerca de la tierra y era visible, por lo que su líder les dijo que junto al cometa venía la nave extraterrestre *UFO* para llevarse sus almas. Con este motivo los integrantes del *Heaven’s Gate* compraron telescopios para poder observar la nave espacial, pero como no pudieron divisarla -por obvias razones- y sólo pudieron ver al *Hale-Bopp*, reclamaron la garantía y devolvieron los telescopios al almacén porque dijeron que estaban dañados⁹⁴⁵. Supongamos que además de devolver los telescopios, hubieren denunciado por estafa al dueño del almacén de telescopios, por cuanto la nave espacial acompañaba a *Hale-Bopp* y los telescopios, que supuestamente eran una maravilla, no servían, por que con ellos no podían ver la supuesta nave espacial. Conforme al ejemplo de POLAINO-ORTS, sí se configuraría el delito, si bien, tomando esta clase de ejemplos, nos veremos inmiscuidos en un probable caso de error de tipo o de error de prohibición, como veremos en los siguientes subcapítulos.

⁹⁴⁴ DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what’s really true*, op. cit. pág. 185.

⁹⁴⁵ DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what’s really true*, op. cit. pág. 181.

Sin perjuicio de que una persona imputable pueda incurrir en un error de tipo o en un error de prohibición, los relatos fantásticos también pueden derivar en que el denunciante o declarante es inimputable, para lo cual, si se percibe una inminente psicosis o actitud delirante, sería obligación de la autoridad que investiga manejar el caso con la debida precaución y remitir al denunciante a un especialista. Pongamos un ejemplo de la vida real, para lo cual, con el fin de proteger la identidad del declarante, he modificado su nombre y datos de la investigación:

(Fiscalía General del Estado, Ecuador, Indagación Previa No. (...), Versión del ofendido (...). En la ciudad de Quito a los 26 días de noviembre de 2010, a las 09h00 ante la (...)Fiscal Encargada –Fiscalía de Violencia Sexual e Intrafamiliar– comparece la ofendida, de nacionalidad ecuatoriana, de 61 años de edad, de estado civil soltera, con cédula de ciudadanía N° (...), de ocupación Contadora, domiciliada en (...), con el objeto de rendir su versión libre y voluntaria. Al efecto advertida de las garantías constitucionales y legales acerca de los hechos que motivaron la presente Instrucción Fiscal, manifiesta: “El día 14 de julio del 2010 estando dormida en mi domicilio en el cual habito sola con mi padre (...), aproximadamente a las dos de la mañana entraron a mi casa la inquilina (...) y la Señora (...), nos hacen el hipnotismo inicial y después entran (...) Juan Alberto Vilaña Taraguai con la mujer Luz María Chuquimarca y los hermanos Simón Bolívar Vilaña Taraguai, Gustavo Vilaña Taraguai, Alonso Ernesto Vilaña Taraguai y Patricio Vilaña Taraguai, corrieron la aldaba de mi dormitorio (con la peinilla le raspan y con brujería abren las aldabas) y me sacaron utilizando la brujería. Yo no recuerdo esto, esto me contaron los de la tienda Nicole que queda a una cuadra de mi casa. Una vez abajo nos llevaron a la casa comunal y ahí se encontraban el señor Galo Hernández que vive ahí, con toda su familia, su mamá, la esposa y una hermana de 60 años. Además de ellos se encontraban Ney Medrano. Una vez que nos desnudan a mi hermana de 60 años de edad, a mi y a mi cuñada, y nos ponen encima de nuestros cuerpos desnudos, y al grito del chofer de nombre Carlos Rodrigo Guerrero Flores que dice “culeenles” y nos hizo abusar hasta por los niños. Llevaron mis jefes hipnotizados y con armas, no quiero dar los nombres, nos hicieron abusar sexualmente por todos los presentes y los Vilañas. Marcelo Vilaña Pilataña les ofreció diez mil dólares a todo aquel que me toque mi cuerpo, a mi hermano Luis y a mi cuñado Gonzalo Augusto Paucar les desnudaron y les pusieron vaginas plásticas con rótulos de

homosexuales, después de abusar sexualmente de nosotros decían dando orden de matarnos y nos pusieron en cruz para matarnos y a un negro que no le cogió el hipnotismo, hipnotizó al criminal y nos salvó la vida. Me desperté cansada a las 07h00, me desperté puesta una calza en la muela con mis senos hinchados y adoloridos, el lado derecho de mi vagina con tres velas y mi recto hinchado, todo esto porque querían adueñarse de nuestros bienes que tenemos en la Magdalena, tengo 4 montañas en Nayon, una de ellas tiene oro y saqueron esa mina, y también tienen envidia porque los ángeles del cielo nos protegen, y quieren adueñarse de nuestra casa porque ahí se hizo presente Jesús el 04 de julio de 1999 y el 01 de noviembre del 2001, porque quieren hacer negocio de esto y nos han matado poco a poco porque a mi bisabuelo le mataron, a mi abuelo también lo mataron envenenado, el me heredó todo cuando yo tenía 23 años de edad. En el 2001 me intentaron matar con un negro, le matan a mi cuñado el 19 de enero del 2001. Le tratan de acusar de robo a mi hermano Pablo Cruz, a mi madre le ponen un sedante cuando ella estaba en el hospital quien le puso el Juan Alberto Taraguai y nos hace enterrarle con vida y no sabemos quien va a ser el próximo, porque estos Vilañas son brujos, hipnotizadores, ladrones y nos echan la culpa, además han cavado un túnel debajo de la casa con el fin de poner una dinamita y matar a los miembros de la familia y otro túnel debajo de la casa de mi hermano para matarle a él y a su familia.- Con lo que termina la presente diligencia firmando en unidad de acto el compareciente conjuntamente con la Señora Fiscal.

Basta con leer el contenido delirante de esta declaración para verificar, sin necesidad de tener conocimientos en psicología, para concluir que la persona que declara no se encontraba en una etapa de cordura cuando declaró. En estos casos es obligación del Fiscal remitir al declarante a especialistas y, obviamente, será suya la decisión de investigar direccionado conforme a lo declarado.

Como anticipé, cabe también la posibilidad de que un imputable hubiere incurrido en su “simulación” en un error de tipo o de prohibición, y eso veremos a continuación.

1. *Error de prohibición*

Es fundamental analizar el error de prohibición, porque de este modo podremos concluir que gran parte de simulaciones increíbles o poco convincentes podrán entrar en el campo del error de prohibición, y, por lo mismo, no se les podrán imputar una simulación a determinadas personas en determinadas circunstancias.

El error de prohibición está contemplado en el art. 14.3 del Código Penal español: “3. *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados*⁹⁴⁶.”

Para entender el error de prohibición –que vale decir que no es un concepto de fácil comprensión– debemos empezar distinguiendo dos criterios: «error de hecho» y «error de Derecho». El «error de hecho» abarca el desconocimiento de todas aquellas circunstancias fácticas que fundamentan la pena o excluyen la misma, mientras que el «error de Derecho» supone siempre un defecto de valoración que puede recaer sobre elementos normativos o sobre la significación antijurídica de determinado comportamiento⁹⁴⁷.

Inicialmente se debería entender que el efecto exculpante únicamente le es atribuible al «error de hecho», por cuanto el «error de Derecho» va en contra del principio de que la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna. No obstante,

⁹⁴⁶ Código Penal. España. op. cit.

⁹⁴⁷ OLAIZOLA NOGALES, Inés, *Regulación positiva del error de prohibición*, Esta doctrina forma parte del libro *"El error de prohibición, Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad"*, edición No. 1, Editorial LA LEY, Madrid, Septiembre 2007. LA LEY 20821/2009. pág. 1.

esta anulación al «error de Derecho» es sólo parcial por cuanto lo que no debe ser exculpante es el «error del Derecho Penal», por cuanto el desconocimiento de normas extrapenales sí podría equipararse a un «error de hecho»⁹⁴⁸.

ANTÓN ONECA sostuvo en cuanto al «error de Derecho» que no es relevante con que alguien conozca o no que existe un artículo en un código que establece que el homicidio está prohibido, es decir, que es irrelevante que el autor conozca el tipo penal *per se*, sino que basta con que sepa que matar, *per se*, está prohibido⁹⁴⁹. En otras palabras, basta con que se conozca la antijuridicidad en general.

Ahora bien, actualmente y en virtud del citado art. 14.3 del Código Penal, habría error de prohibición cuando se desconoce la antijuridicidad y esto es invencible: así, por ejemplo si se logra probar que X, de 55 años de edad, mató a su esposa Y porque esta le fue infiel, pero que sin embargo, X proviene de una cultura aborigen del Congo en la que es ley cultural asesinar a pedradas a la esposa infiel, y X lleva solo 4 días en España e invenciblemente tenía la certeza que su conducta es jurídica, pues le resultaría incluso aberrante que esté prohibida.

Ésta como una primera forma, la cual se llama dogmáticamente «error de prohibición directo»; por otro lado tenemos el «error de prohibición indirecto» o «mediato», el cual se refiere al error sobre la aplicabilidad de causas de

⁹⁴⁸ OLAIZOLA NOGALES, Inés, *Regulación positiva del error de prohibición*, op. cit. pág. 1.

⁹⁴⁹ ANTÓN ONECA en: ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *DP I*, 1949, 216; V., extensamente, TORÍO LÓPEZ, *III Jornadas de profesores de Derecho Penal*, 1975, págs. 317 y sigs., así también en OLAIZOLA NOGALES, Inés, *Regulación positiva del error de prohibición*, op. cit. pág. 2.

justificación⁹⁵⁰. Pongamos un ejemplo de legítima defensa privilegiada: X llega a su casa justo cuando Z está encima de su esposa asfixiándola con una sábana, por lo que X, según el para salvarla de su agresor sexual, ataca a Z y lo mata; informes investigativos posteriores demuestran que Z era el amante de la esposa de X y que éstos practicaban relaciones sexuales masoquistas, por lo que Z cuando fue asesinado no estaba agrediendo ilegítimamente a la esposa de X, sino que lo hacía de forma consentida como una práctica rutinaria. Dentro de este ejemplo hallamos un error de X, quien pensó que con su actuar estaba repeliendo una acción actual ilegítima y mató a Z en este sentido, cuando en realidad queda probado que tuvo una falsa percepción de lo que ocurría, por lo tanto no podría haber cabido la aplicación de una legítima defensa privilegiada de terceros.

Para el caso de los delitos simulados no veo forma de aplicar un error de prohibición invencible o invencible, no obstante, como veremos a continuación, es completamente posible aplicar un error de tipo, incluso que permitiría exculpar a un presunto simulador.

2. Error de Tipo

El error de tipo es el que efectivamente se puede presentar en los casos extremos propuestos de simulación de delitos, lo que anularía el dolo y exculparía al presunto simulador.

⁹⁵⁰ OLAIZOLA NOGALES, Inés, *Formas de error de prohibición*, Esta doctrina forma parte del libro *"El error de prohibición, Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad"*, Edición No. 1, Editorial LA LEY, Madrid, Septiembre 2007. LA LEY 20821/2009. págs. 1 – 30.

El error de tipo se encuentra reconocido jurídicamente por el art. 14.1 y 2 del Código Penal:

1. *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*
2. *El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación⁹⁵¹.*

Como conocemos, la persona a la que se le pretende imputar el cometimiento de una conducta típica debe conocer los elementos objetivos del tipo, así, basta con que conozca que “robar”, “matar”, “violar” es contrario a la ley. No se exige, por lo tanto, un conocimiento jurídico técnico del tipo.

El error de tipo, para que sea válido, debe tratarse sobre un error sobre cualquiera de los elementos integrantes del tipo penal. El error sobre un hecho constitutivo de la infracción suprime el dolo, aunque podría responder por imprudencia. Así, el que dispara contra una persona creyendo que se trataba de un oso, no responderá por homicidio simple, sino por homicidio imprudente⁹⁵².

Previo a entrar en materia, es importante tomar en cuenta que existen varios supuestos sobre los cuales puede recaer el error de tipo, estos son, principalmente:

- a) *Error in objecto vel in persona*: más conocido como “error sobre el objeto de la acción”, es relevante en cuanto a sobre lo que se cree del objeto o

⁹⁵¹ Art. 14. Código Penal. España. op. cit.

⁹⁵² MUÑOZ CONDE Francisco y, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Octava Edición, op. cit. pág. 276.

persona sobre la que recae la acción, así, el ejemplo propuesto, que se mate a una persona confundiéndolo con un oso.

- b) Error sobre la relación de causalidad: disparo contra B con la intención de matarle, el proyectil lo atraviesa e impacta a C, matando a C y sólo hiriendo a B. Aquí respondería por tentativa de homicidio contra B y homicidio imprudente contra C⁹⁵³.
- c) *Aberratio ictus*: el “error en el golpe” es aquel en el que pretendiendo dañar a X, se daña a Z. Es similar a la error sobre la relación de causalidad. Para más información sobre este supuesto ver el caso «Sirius»⁹⁵⁴.
- d) *Dolus generalis*⁹⁵⁵: cuando por el dolo sobre una cuestión, se responde por las lesiones en otra cuestión. Por ejemplo, Juan con la intención de matar a Carlos le dispara a la cabeza, posteriormente entierra su cuerpo. Una vez que la policía encuentra el cadáver y tras la realización de la autopsia, se determina que el disparo en la cabeza no le provocó la muerte y que únicamente le dejó inconsciente, siendo la verdadera causa de la muerte la asfixia por haber sido enterrado. Desde mi punto de vista, en aplicación del *dolus generalis*, no cabría la aplicación del error de tipo. Aquí Juan responde por homicidio simple.

Como postura personal, sostengo que para que haya error de tipo, mediando tanto error de Derecho como de hecho, basta con que yo sepa que una

⁹⁵³ MUÑOZ CONDE Francisco, y, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Octava Edición. op. cit., pág. 276.

⁹⁵⁴ BOLEA BARDON, Carolina, *Caso Sirius*, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011, págs. 277 – 290.

⁹⁵⁵ MUÑOZ CONDE Francisco. y, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. op. cit. pág. 277.

conducta es antijurídica, y que sin embargo, al ejecutarla, yo no sepa que la estoy ejecutando, pero que la ejecute de forma consciente y voluntaria; pongamos un ejemplo:

Juan sabe que mantener relaciones sexuales con menores de 13 años es delito⁹⁵⁶. Una noche sale a una bar y conoce a Alicia, una mujer que por su desarrollo corporal y estatura aparenta unos 19 o 20 años de edad. Esa noche, tras coquetear, Alicia va al departamento de Juan y voluntariamente mantiene relaciones sexuales con él. Al día siguiente el padre de Alicia se entera de lo sucedido y denuncia a Juan por abuso sexual por cuanto Alicia en realidad tiene 12 años de edad.

Evidentemente, en el ejemplo propuesto, Juan conocía que mantener relaciones sexuales con menores de 13 años, aunque sean consentidas, es delito, y además, mantuvo consciente y voluntariamente relaciones sexuales con Alicia. El error de tipo se aplica por cuanto Juan estaba convencido de que Alicia era mayor de edad y jamás se le pasó por la cabeza que tenía 12 años.

El error de tipo sobre la persona excluye el dolo⁹⁵⁷. Dentro de este marco y partiendo del ejemplo de Juan y Alicia, podemos utilizar el ejemplo idóneo sobre la simulación de delitos, para demostrar que, si bien POLAINO-ORTS tiene razón en cuanto a que no importa si es o no creíble la simulación, siempre y cuando active el segundo momento del tipo penal (provocar actuaciones procesales), habrá una gran cantidad de situaciones en las cuales no se podrá condenar por intermediación de un error de tipo:

Regresemos al caso de *Heaven's Gate*. En el momento que sus integrantes denuncian por estafa al dueño del local de telescopios por cuanto con ellos

⁹⁵⁶ Art. 183 Código Penal. España.

⁹⁵⁷ OLAIZOLA NOGALES, Inés, *Efectos y ubicación del error de prohibición*, esta doctrina forma parte del libro *"El error de prohibición, Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad"*, edición No. 1, Editorial LA LEY, Madrid, Septiembre 2007, LA LEY 20821/2009, pág. 6.

no se puede divisar la nave espacial que acompaña al cometa *Hale-Bopp*, la denuncia resulta increíble, inverosímil y absurda, sin embargo, esta calidad de insensatez la tiene para el público culto en general, mientras que para los denunciantes es una denuncia veraz y lógica porque realmente se lo creen.

Ahondemos en esta clase de ejemplos. Vimos que POLAINO-ORTS nos plantea que sí habría delito simulado si A denuncia haber sido secuestrado por una nave pilotada por extraterrestres por que el solo auto de inadmisión ya es una actuación procesal, empero, el ejemplo que como vimos no es descabellado, sino más bien de la vida real, por lo que debe profundizarse: A sabe que denunciar delitos inexistentes es delito, al igual que simular ser víctima o que simular ser responsable, sin embargo, cuando denuncia haber sido secuestrado por extraterrestres en su consciente cree firmemente que fue secuestrado por extraterrestres, por lo mismo, no solo que su conducta no es dolosa, sino que es errada en los hechos fácticos y en la prohibición, por lo que no puede ser imputado por un delito simulado; por otro lado, si sólo quiere burlarse de la Justicia porque sabe que es un absurdo lo que esta diciendo, ahí sí habría culpabilidad.

C) Que la simulación sea pura

Es importante que la simulación esté revestida de pureza, es decir, que se aparente un hecho/infracción de forma total, más no parcial. Una denuncia es falsa/inexistente cuando el hecho descrito no se ha cometido⁹⁵⁸, o cuando efectivamente no se tiene la calidad ni de víctima o de responsable según se

⁹⁵⁸ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 483.

relata. Esto significa que lo denunciado/relatado no tuvo existencia fenoménica o real⁹⁵⁹.

1. Se trata de simular una infracción penal

Para tener claro este requisito de idoneidad, debemos hacer un recuento histórico: en el primer capítulo se explicó que en los Códigos Penales de 1944, 1963 y 1973, el delito simulado se mantuvo tipificado en el art. 338 con el siguiente contenido:

Artículo 338.- El que ante Autoridad competente simulare a sabiendas ser responsable o víctima de un delito y motivare una actuación procesal, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 de pesetas⁹⁶⁰.

Si nos fijamos bien, una de las diferencias principales del antiguo art. 338 en relación con el art. 457 del Código Penal vigente, es que en la norma derogada la conducta era típica cuando la simulación era en relación a un «delito», mientras que el día de hoy cabe cuando es ante una «infracción penal». Por esto es muy común encontrar jurisprudencia que puede acarrear confusiones, como la siguiente, citada por PALOMO DEL ARCO:

En el presente supuesto, parece que existen los requisitos enunciados, ya que el inculpado denunció a la policía con falsedad la sustracción ilegal de su pasaporte, con lo que originó la apertura de un juicio de faltas que terminó con un auto de sobreseimientos o archivo por no existir autor conocido. Sin embargo, aun dándose como decimos, los requisitos tanto subjetivos, como objetivos, que exige el precepto para su tipificación, surge la duda [...] de si puede existir este delito cuando se trate de infracciones penales leves (faltas) o

⁹⁵⁹ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 483.

⁹⁶⁰ Código Penal español de 1944, Publicado en el BOE de 13 de enero de 1945, Iustel, PDF.

sólo en caso de infracciones graves (delitos). Ante este problema, si tenemos en cuenta que el precepto sancionador está incluido en el Capítulo IV, del Título IV de Libro 2.º del Código Penal, que acoge los delitos que se cometan contra la Administración de Justicia, podría entenderse, *prima facie*, que la *simulación de delito debería comprender la simulación de cualquier infracción penal sea cual fuere su entidad*, con los requisitos de que, de un lado, los hechos denunciados estén tipificados en cualquier precepto del Código, y, de otro que provoque una actividad procesal dirigida a la investigación del hecho denunciado. No obstante esta apariencia, la realidad es que el precepto examinado habla exclusivamente de *delito* y su propia literalidad, que constituye un medio hermenéutico de perfecta validez, nos induce a considerar que en el tipo delictivo de que se trata están excluidas las faltas, pues cuando el Código Penal ha querido incluirlas, las ha nominado expresamente. (S de 18 de febrero de 1989)⁹⁶¹.

Se hace esta referencia por cuanto se encontrará basta jurisprudencia que determina que sólo es punible el delito simulado cuando la simulación versa sobre un delito, para lo cual habrá que considerar la fecha de la sentencia, por cuanto, las anteriores a noviembre de 1995 sostendrán este criterio, pero en el Código Penal vigente, al ya no hablar de «delito» sino de «infracción penal», ha quedado abierta la puerta para que la simulación sea tanto de delitos como de faltas.

Ahora bien, para ahondar en el tema de la simulación de infracciones penales, debemos tomar en cuenta que puede ocurrir que lo denunciado sí sucedió fenomenológicamente o realmente, es decir, que la relación circunstanciada de los hechos descritos en la denuncia sean reales, pero que lo relatado no constituya infracción penal⁹⁶². Por ejemplo, puede ocurrir que una

⁹⁶¹ S de 18 de febrero de 1989, citada en PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 207.

⁹⁶² FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 483.

persona junto a su hija de ocho años de edad, al ver por la ventana, descubren en el ventana del hotel de al frente a dos mujeres desconocidas manteniendo relaciones sexuales, por lo que, escandalizado, presenta una denuncia por el “delito” de homosexualismo en contra de dos huéspedes sin identificarlas, además de señalar a su hija como víctima del delito por el daño que tal acto le ha ocasionado psicológicamente. Cabe resaltar que el denunciante sabe que el homosexualismo no es delito, pero pretende hacer un escándalo mediático con el tema para saciar su odio a los homosexuales.

En el caso descrito es atípico por cuanto el homosexualismo no está tipificado como infracción penal en España. Hay que recordar que para que se pueda perseguir penalmente a una persona es indispensable que su conducta sea completamente típica, es decir, que encaje a la perfección en la conducta típica descrita. Entonces, si el art. 457 habla expresamente de simular ser víctima de una «infracción penal» o denunciar una «infracción penal» inexistente, entonces si se denuncia un acto que no es infracción penal, no se puede bajo ningún concepto responder por el delito tipificado en el art. 457 del Código Penal.

Ahora imaginemos que en realidad esta persona nunca vio por la ventana la escena descrita y que lo único que pretendía era iniciar su “cruzada moral” utilizando como pedestal el sistema Penal. Aquí tampoco habría delito, por la misma razón explicada en el párrafo anterior.

Este ejemplo demuestra la insensatez legislativa del delito simulado, por cuanto si lo que se busca es sancionar a quienes vulneren el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia cuando utilizan información mendaz faltando a un deber de veracidad, entonces, no debería importar si lo denunciado constituye o no infracción penal, por cuanto incluso la denuncia de

conductas que no son típicas y que no tienen bajo ningún punto de vista configuración penal también causan un perjuicio al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, pues tanto en denuncias dolosas sobre infracciones penales inexistentes o sobre conductas de otra naturaleza, incluso cuando se emite un auto inhibitorio en ambas, se causa el mismo perjuicio en el desperdicio de recursos humanos, económicos y de tiempo.

Por otro lado, debemos considerar que el requisito de idoneidad de que se denuncie una infracción penal no basta *per se*, por cuanto no basta con que se denuncie una infracción penal, sino que la infracción penal circunstancialmente en el espacio y en el tiempo, desde el Derecho, también debe ser idónea.

Así, si se denuncian hechos perseguibles sólo a instancia de parte, delitos prescritos, delitos cometidos fuera de España, no habría idoneidad⁹⁶³, *ergo*, no habría conducta típica.

Conforme a lo anterior, si Ramiro en el año 2014 simula ser víctima de una estafa que se consumó y agotó en 1967, no comete una simulación de delito (porque está prescrito). Tampoco si denuncia en España un hurto ocurrido en Ecuador (principio de territorialidad). Nuevamente aquí hallamos una sinrazón. En estos dos ejemplos efectivamente se afecta a la Administración de Justicia y si bien si la infracción denunciada falsamente no es procesalmente perseguible por aspectos estrictamente formales, se causa el mismo efecto de despilfarro que se causaría si se denuncia una infracción procesalmente perseguible.

⁹⁶³ PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 211.

En fin, se debe simular una infracción penal, la cual debe ser pura e idónea, caso contrario estaríamos frente a un caso de atipicidad.

2. *No se aceptan exageraciones como configuración típica*

Se trata de sancionar simulaciones puras, es decir, simulaciones totales. Así, podrán haber casos en que lo enunciado en la denuncia sea exagerado, pero que los hechos sí sucedieron, pero no tal y como se los cuenta. FERREIRA DELGADO considera que en estos casos sí hay tipicidad, y pone por ejemplo que alguien denuncia a otro por homicidio agravado cuando en realidad conoce que se trata únicamente de un delito culposo⁹⁶⁴.

No puedo estar de acuerdo con FERREIRA DELGADO por cuanto la simulación debe ser pura: la mera exageración no puede constituir un caso de delito simulado por cuanto la obligatoriedad de la fijación motivada del tipo penal corresponde al Juez, más no al denunciante, y lo que el Juez debe analizar al resolver sobre un delito simulado es si el denunciante mintió o no mintió sobre los hechos y bajo ningún concepto sobre la calificación típica. Por ejemplo: Pedro ve como su esposa muere en un hospital a causa de que alguien en lugar de inyectarle morfina le inyectó erradamente formol⁹⁶⁵ y en consecuencia, desconociendo quien fue la enfermera que cometió craso error, por rabia y odio decide presentar una denuncia por homicidio agravado, esperando que se descubra al profesional de la salud que fue negligente y que se le sancione por el delito más grave como si hubiese sido doloso.

⁹⁶⁴ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 484.

⁹⁶⁵ Parecería de fantasía pero de hecho es un caso de la vida real ocurrido en Ecuador hace pocos años.

En el ejemplo propuesto, el hecho efectivamente sucedió por lo que no se estaría simulando delito alguno. La mera exageración de hechos reales del denunciante en sus fundamentos de Derecho no constituye simulación, y será el Juez competente quien, bajo la luz del Derecho, califique la tipicidad de la conducta.

Igualmente, puede ocurrir que a Sebastián efectivamente le robaron su coche mientras entraba al mercado para hacer las compras semanales, a las 15h00, por lo que al salir del mercado, no halló su coche. Pero éste, con rabia y el ánimo conseguir su *vindicta* privada, en su denuncia agrega: “fui agredido con un arma de fuego por siete individuos africanos que me aterrorizaron y se llevaron mi coche”. En este caso, una vez que el Ministerio Público hubiese conseguido los videos de las cámaras públicas del sector, descubrirán que lo relatado no sucedió así, pero que efectivamente dos individuos rompieron el cristal del coche y se lo llevaron.

En los casos propuestos en los dos párrafos anteriores, ¿hay simulación? Definitivamente no, porque simulación y exageración no son sinónimos, y al verificar en el último ejemplo que sí, que efectivamente el coche fue robado, la Administración de Justicia tiene la obligación de poner en marcha sus engranajes y resolver el caso.

Tratar los casos de exageración como si de simulación se tratara significaría interpretar extensivamente y a nuestro antojo el art. 457, lo cual es ilegal. Lo importante para que se configure un delito simulado es que lo denunciado nunca haya sucedido, pero que no haya sucedido en su totalidad.

3. *La víctima puede ser de fantasía*

Este es un requisito de idoneidad básico aunque polémico a la hora de tomar una postura. Como ya vimos no es una forma de cometer una simulación de delito calificar a un tercero como víctima a sabiendas de que no lo es. En todo caso y aunque resulte obvio, la víctima debe existir.

No pretendo volver a DESCARTES y a su *cogito ergo sum*, sino a establecer que también puede ocurrir que al simular ser víctima se pueda calificar falsamente como víctimas a terceros, pero para que se configure típicamente el delito simulado es *conditio sine qua non* que uno mismo, previamente, o en el grupo, se haya calificado como víctima.

¿Qué ocurre si las «otras» víctimas no existen físicamente y son de fantasía? Se considerarán actos investigativos adicionales los realizados que determinaron que tales o cuales «víctimas» no existen. Entonces, no importa que las víctimas sean de fantasía -mientras uno mismo no lo sea- por cuanto este aumento concurrente en la simulación de víctima puede ocasionar aún más daños en la Administración de Justicia y en el uso de sus recursos. Obviamente si estas aseveraciones se las realiza en calidad de testigo, simulando víctimas inexistentes, también estaríamos frente a un delito de falso testimonio, por lo mismo frente a un tema concursal, para cuya solución encontraremos respuesta en el último capítulo.

4. *En caso de “error” se aplica el iura novit curia*

Como veíamos en el numeral segundo de este requisito de idoneidad de pureza, puede ocurrir que el denunciante exagere, pero también puede ocurrir que hierre totalmente en el tipo penal de forma dolosa, por ejemplo, que a un acto lo califique como abuso sexual cuando únicamente se trata de lesiones.

El error de subsunción por parte del simulador, acerca de la condición delictiva de los hechos que narra, es irrelevante, mientras las conductas descritas sean típicas⁹⁶⁶. Esto es similar al argumento de que exagerar no es simular, pero analizado desde otra perspectiva.

En este caso, si el acto dañoso efectivamente sucedió, entonces es nuevamente es irrelevante la calificación típica que hace el denunciante, por cuanto lo relevante es la calificación típica que hace el Juez, quien se supone que conoce el Derecho y es quien debe encasillar la conducta en el tipo penal correcto.

Entonces, si se “equivoca” dolosamente en el tipo penal pretendido, no hay delito simulado, por cuanto sí hubo delito y los hechos sí corresponden con la realidad, aunque la calificación típica de quien no tiene jurisdicción esté “errada”.

⁹⁶⁶ PALOMO DEL ARCO, Andrés. *Realización Arbitraria del Propio Derecho. Acusación, Denuncia Falsa y Simulación de Delito*, op. cit. pág. 11.

IV. Sujetos intervinientes

Sujeto activo puede ser cualquier persona por tratarse de un delito común⁹⁶⁷, incluidos los funcionarios públicos o las autoridades a las que se refiere el Art. 24 CP⁹⁶⁸.⁹⁶⁹ En fin, no existe restricción alguna o condición que deba ser cumplida, pues basta con que el simulador sea imputable para que pueda ser autor del delito.

La autoría puede ser mediata o inmediata; son posibles los casos de coautoría⁹⁷⁰ y se admite la figura del cómplice.

El sujeto pasivo siempre es la Administración de Justicia⁹⁷¹, por lo mismo, como bien afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, es finalmente el propio Estado el sujeto pasivo de la simulación de delito⁹⁷².

⁹⁶⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 800.

⁹⁶⁸ Código Penal. España. Artículo 24.-

1. *A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.*

2. *Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*

⁹⁶⁹ MARES ROGER, Francisco; y, MARTÍNEZ LLUESMA, Joaquín, en GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. pág. 196.

⁹⁷⁰ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 159 y 160.

⁹⁷¹ MORÓN LESMA, Esther, en ÁLVAREZ GARCÍA, Javier F. (Director), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (coordinadora), VENTURA PÜSCHEL (coordinador), Arturo, *Tratado de Derecho Penal español, Parte especial, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 956.

⁹⁷² RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 801.

1. *Autoría y participación*

La acción consiste en fingir ser responsable o víctima, por lo que, cuando nos referimos a “responsable”, se nos abre un abanico de posibilidades conforme, principalmente, a los arts. 27⁹⁷³, 28⁹⁷⁴ y 29⁹⁷⁵ del Código Penal.

Es decir, al hablar el art. 457 de simular ser responsable, permite que tal responsabilidad sea tanto en calidad de autor, como de cómplice.

También son posibles los casos de coautoría, así, la Sentencia de 30 de noviembre de 1963 recoge el siguiente caso de autoría:

[...] cuando tres sujetos, puestos de acuerdo, empujan el automóvil por un barranco a fin de cobrar la indemnización del seguro y para dar mayor verosimilitud a lo planeado presentan una denuncia por hurto del automóvil, incurren en este delito pues aunque el autor de [SIC] material de la denuncia fuera el propietario del vehículo, la declaración del hecho afirma que fueron los tres procesados recurrentes para dar más verosimilitud a lo planeado, puestos de acuerdo, es decir, que desde la preparación a la comisión del delito actúan los tres y para el mismo fin, realizando cada uno los actos que eran necesarios por

⁹⁷³ Código Penal. España. Artículo 27.- *Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.*

⁹⁷⁴ Código Penal. España. Artículo 28.- *Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores:*

a) *Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*

b) *Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*

⁹⁷⁵ Código Penal. España. Artículo 29.- *Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.*

su parte para conseguir el objetivo que se habían propuesto, pero actuando siempre y con arreglo al plan propuesto de antemano⁹⁷⁶.

No puedo coincidir con dicha sentencia por cuanto los dos individuos que no presentaron la denuncia, sino que solo ayudaron a destruir y desaparecer el vehículo, no ejecutaron una conducta que sea típica conforme al art. 457 del Código Penal, por cuanto no presentaron denuncia por infracción inexistente, ni simularon ser víctimas, peor autores. Para que haya coautoría debe haber una conjunta ejecución, es decir, realización de acciones que pertenecen al núcleo del tipo⁹⁷⁷.

El tipo penal es claro, y las conductas típicas también lo son. La Sentencia de 30 de noviembre de 1963 no tiene fundamento. Ahora, en caso de que los otros dos individuos comparecieran a declarar que ellos estuvieron con el dueño del auto cuando aparcó el vehículo y posteriormente desapareció, entonces máximo podrían ser calificados como cómplices, aunque lo correcto sería procesarlos por falso testimonio; la calificación de «cómplices» es tentadora, pero errada.

Habría coautoría cuando, por ejemplo, son varios los que comparecen en calidad de denunciante de una infracción inexistente, más no cuando no se ejecutan ni una sola conducta típica. Esto se concluye cuando se tiene claro que para que alguien sea *per se* denominado autor, éste debe tener el dominio fina, es decir, el

⁹⁷⁶ S de 30 de noviembre de 1963, citada en PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CÁRDENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 224.

⁹⁷⁷ BELING en GIMBERTAN ORDEIG, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 20, 1ra edición, 1ra reimpression, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, pág. 7.

autor es el dueño y señor del hecho, en cuanto él lo genera a través de su decisión de voluntad con sentido⁹⁷⁸

2. *Responsabilidad Penal del abogado patrocinador*

Un aspecto que debe tomarse en consideración es la participación delictiva del abogado que patrocina una denuncia, quien por su grado de conocimiento jurídico, tiene una mayor responsabilidad al redactar denuncias escritas o al asesorar a sus clientes en un proceso.

En este sentido, deberemos considerar dos posibles panoramas: que el abogado participe con dolo o que lo haga con impericia; en caso de que Juan denuncie un delito inexistente, en una denuncia escrita redactada y firmada por su abogado, y que su abogado conozca que el delito es inexistente, entonces el abogado obligatoriamente deberá responder como coautor del delito tipificado en el art. 457 CP, o, al menos, como cómplice.

Otro caso será cuando el abogado actúe negligentemente, ya que éste tiene la obligación de cerciorarse de que la historia narrada por su cliente es cierta. Así, si su cliente le dice que fue víctima de una estafa inmobiliaria en la cual entregó un cheque de 100 mil euros a cambio de un piso y que éste nunca le fue entregado, el abogado al menos deberá verificar que el cheque sea real, que realmente la transacción haya existido, etc., por cuanto su función no se limita a la de redactar una denuncia, sino a la de planificar la estrategia probatoria en juicio, y si el cheque no existe y si ve que la historia es inverosímil, y aún así

⁹⁷⁸ WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, Trad. ABOSO, Gustavo Eduardo y LÖW, Tea, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 6, 1ra edición, 1ra reimpression, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, pág. 88.

participa en la denuncia, estaría siendo manifiestamente negligente, más no responsable de delito simulado.

El juzgador deberá siempre verificar el grado de participación del abogado, ya que éste, con su grado de conocimiento, puede incluso ser el gran estratega de un delito simulado.

B) Sujeto Pasivo

Sujeto pasivo es cualquier funcionario con calidad de autoridad administrativa o judicial, sin embargo, la jurisprudencia a señalado que “*sólo puede serlo el Estado, y más concretamente, la Administración de Justicia*” (STS de 18 de febrero de 1989)⁹⁷⁹.

V. Elemento subjetivo del tipo

Una vez verificado que un tipo penal debe tener un bien jurídico protegido, un verbo rector, un elemento objetivo, además, es fundamental verificar que debe tener un elemento subjetivo, es decir, según cada tipo penal, imprudencia o dolo.

⁹⁷⁹ MARES ROGER, Francisco; y, MARTÍNEZ LLUESMA, Joaquín, en GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. pág. 196.

El dolo en sentido amplio es la dirección de voluntad hacia una actividad o una inactividad determinada⁹⁸⁰. El delito simulado es un delito exclusivamente doloso⁹⁸¹ y bajo ningún punto de vista se configura por omisión.

El acto de «simular» es un acto consciente y voluntario en el que el autor denuncia o intenta ostentar la calidad de autor o víctima, a «sabiendas» que el delito es inexistente, o que él no es ni autor ni víctima. En caso de que el denunciante «crea» (verdad-correspondencia) lo denunciado o la calidad ostentada, como vimos, estaríamos frente a un caso de error de tipo.

En la determinación de la tipicidad, el juicio de atribución no sólo está basado en los elementos objetivos del tipo que describen los factores situacionales de la conducta, sino que además es necesario analizar el sentido subjetivo que cada sujeto ejecutante le da a la conducta⁹⁸².

A pesar de que el art. 457 CP no incluye actualmente la famosa y determinante frase «a sabiendas», no es viable su comisión de forma imprudente⁹⁸³, por cuanto el art. 12 del Código Penal es claro: “*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*”⁹⁸⁴. En este sentido, como el art. 457 no tiene cláusula de imprudencia, su elemento subjetivo es exclusivamente doloso.

⁹⁸⁰ MERKEL, Adolf, *Derecho Penal, Parte General*, Trad. DORADO MONTERO, Pedro, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 13, 1ra edición, 1ra reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, pág. 80.

⁹⁸¹ Enciclopedia Jurídica, Responsabilidad de la Administración, sistema de folio real, ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (Coordinador General), Tomo XX, 1ra edición, op. cit. pág. 11,838.

⁹⁸² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal, Parte General, Obras Completas*, Vol. III, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2008, pág. 742.

⁹⁸³ PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 223.

⁹⁸⁴ Código Penal. España. op. cit.

En el dolo hay un elemento cognitivo y uno volitivo, es decir, debe haber consciencia de lo que se hace y voluntad de hacerlo, si se juntan ambos elementos, tenemos una conducta dolosa. Así, en la simulación de delitos bastaría que el sujeto activo esté consciente de que no es víctima, y que sin embargo, libre y voluntariamente se presente en esta calidad.

El dolo es sin duda tan subjetivo que su prueba representa un reto, más aún cuando el dolo debe probarse y no presumirse. No obstante, en la práctica, la prueba suele resultar indiciaria. Por ejemplo, si una persona dispara a otra a la cabeza, a quemarropa, no hace falta ingresar en su cabeza para verificar qué estaba pensando, puesto que el Derecho es lógico y sería irrefutable que una persona imputable que dispara a la cabeza a quemarropa no lo hace para lesionar, por cuanto conoce que su acción está encaminada para matar. ¿Es esta una prueba indiciaria? Sí, además de ser de carácter lógico, pues toda persona medianamente culta sabe que en el cráneo se encuentra el cerebro, y que al disparar a la cabeza el resultado lógico y probable es causar la muerte, por esto, sería irrisorio que el imputado alegue que quería lesionar.

Lo mismo sucede con el delito simulado. Si X denuncia haber sido asaltado por dos desconocidos, quienes le robaron su coche, para posteriormente reclamar al seguro, y se comprueba que el coche se encuentra aparcado en el estacionamiento de su novia, entonces, se deduce lógicamente que este inventó el asalto, pues el coche nunca fue robado y tiene una relación estrecha con quien tiene guardado el coche. Es importante tener en cuenta que se requiere de dolo directo, más no de dolo eventual⁹⁸⁵.

⁹⁸⁵ CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 223.

Como explica PEÑA CABRERA FREYRE, la simulación de un delito supone una grave ofensa a los principios que guían la actuación de la Administración de Justicia, por lo que no estamos hablando de mera negligencia, o de falta de asesoría de un abogado, tampoco de quien tiene una ligera sospecha o de alguien que se deja llevar por rumores, sino que estamos frente a un individuo que sabe y conoce perfectamente que el delito no se ha cometido y que consciente y voluntariamente lo denuncia⁹⁸⁶.

Por lo mismo, tomando en cuenta el aspecto volitivo, la STS de 24 de enero de 1994 declaró⁹⁸⁷ que “[...] 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”⁹⁸⁸.

Como bien explica RODRÍGUEZ MOURULLO, el dolo en este delito debe abarcar la representación de que la simulación va a provocar, contrariamente a Derecho, actuaciones procesales por parte de organismos judiciales⁹⁸⁹.

En fin, la simulación se la realiza a sabiendas de que es un medio idóneo para provocar la actuación procesal con el objetivo de ocultar o dificultar el curso de una investigación⁹⁹⁰, o hacerla trabajar en vano.

⁹⁸⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VI, op. cit. pág. 195.

⁹⁸⁷ STS de 24 de enero de 1994. España.

⁹⁸⁸ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, edición 2011, reimpresión 2013, op. cit. pág. 893, nota de pie 13.

⁹⁸⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, La simulación del delito, op. cit., pág. 825.

⁹⁹⁰ MARES ROGER, Francisco; y, MARTÍNEZ LLUESMA, Joaquín, en GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. pág. 196.

CAPÍTULO VIII
IMPUTACIÓN NORMATIVA
EN LA SIMULACIÓN DELICTIVA

I. Requisitos y contenido de la imputación normativa

A) Teoría de los sistemas sociales

Tras haber estudiado, verificado y explicado de forma integral y extensa los elementos típicos del delito simulado, es momento de comprender su aplicación normativa y real, pero partiendo, antes de la verificación fáctica de su ejecución, analizando dentro de qué contexto teórico debería ser analizado, y como se ha visto la tendencia hasta este momento, debe ser aplicado en un marco funcionalista, esto es, con la comprensión de que el delito simulado se ejecuta en un sistema social.

Al funcionalismo sistémico o normativo le interesa, de forma esencial, estudiar la norma, la persona y la sociedad. El funcionalismo, para abarcar el ámbito del Derecho, primero analiza, desde la sociología, la “Teoría de los sistemas sociales”, cuyo representante más significativo fue el sociólogo alemán, Niklas LUHMANN.

La posición de LUHMANN, que aparece resaltada gracias a sus debates con Jürgen HABERMAS⁹⁹¹, sostiene que el ser humano no es más el centro de la evolución de los sistemas sociales, por lo que su estelaridad como eje articulador de los cambios y el devenir estructural de los tejidos sociales marcan su término⁹⁹². La sociedad es pensada desde la distinción sistema/entorno, en cuya dicotomía y concepto el ser humano se encuentra siempre en el *ambiente*.

Para LUHMANN, existen tres sistemas principales de interacción humana, y por lo tanto social: 1. Sistemas *sociales* propiamente dichos, entre los que hallamos al de carácter jurídico, político, económico, cultural, etc.; 2. Sistema del ser humano, denominado *psíquico*; y, 3. Sistema de los seres de la *naturaleza*, en el que se encuentran las especies animales y vegetales provistas de vida. A todos ellos la teoría sistémica los considera como independientes y autónomos, denominándolos subsistemas⁹⁹³.

LUHMANN estipuló que la sociedad es un sistema que se compone de comunicaciones y no de seres humanos. La sociedad en cuanto sistema sigue sus

⁹⁹¹ MATAMORRO, Blas, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Web. Publicado el 02 de julio de 2010. Consultado el 10 de enero de 2013 a las 11h05 GMT -5, <http://www.thecult.es/Opinion/la-sociedad-sin-hombres-niklas-luhmann-o-la-teoria-como-escandalo.html>.

⁹⁹² GONZÁLEZ, Luis, *Teoría crítica versus Teoría de los sistemas: la confrontación Luhmann-Habermas*, Inédito, México D.F., 1992, así también en BESABÉ SERRANO, Santiago, *La Teoría del Sistema de Niklas Luhmann, Apuntes Previos para una aplicación a la sociología del Derecho*, FORO Revista de Derecho N° 5, Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, CEN. Quito, 2005, Texto en PDF, pág. 3.

⁹⁹³ BESABÉ SERRANO, Santiago, *La Teoría del Sistema de Niklas Luhmann, Apuntes Previos para una aplicación a la sociología del Derecho*, FORO Revista de Derecho N° 5, Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, CEN. Quito, 2005, Texto en PDF, pág. 3.

propias reglas, al igual que los sistemas biológicos o psíquicos. Por eso es que sólo gracias a esas comunicaciones es posible la existencia de la sociedad y es la sociedad la que así está funcionando por intermedio de los individuos. La sociedad presupone la existencia de seres humanos, en la medida que –en palabras de FEIJÓO SÁNCHEZ– “es impensable una sociedad sin seres humanos, y está condicionada en su configuración por acciones humanas, pero éstos no son parte de la sociedad, sino que sistemas psíquicos y sistemas sociales son totalmente independientes”⁹⁹⁴.

El profesor Miguel POLAINO NAVARRETE explica que, para el funcionalismo, la sociedad es un “*sistema autopoietico y global, de estructura compleja, que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones*”⁹⁹⁵. Tal postura funcionalista de base sistémica es fuertemente criticada por Manuel ATIENZA desde el plano puramente argumentativo⁹⁹⁶.

LUHMANN pretendía demostrar que se debe tener una visión global de la sociedad como un sistema general que funciona a base de la Teoría de la

⁹⁹⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?*, en “Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y posibilidad de aplicación”, Editorial Ara, Lima, 2007, pág. 542, así también en MONTERO CRUZ, Estuardo, *El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs*, Revista Electrónica Derecho Penal Online, Web, Publicado el 02 de enero de 2008, <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>.

⁹⁹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Funcionalismo Normativo: Una Visión Crítica*. Resumen elaborado por el autor para el Máster de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2012, pág. 1.

⁹⁹⁶ ATIENZA, Manuel, *Podemos hacer más, Otra forma de pensar el Derecho*, Editorial Pasos Perdidos, Madrid, 2013, págs. 18 y 19.

Comunicabilidad, y no por nada decía que “*No es el hombre quien puede comunicar, sólo la comunicación comunica*”⁹⁹⁷. Y es que podemos argumentar que las personas sociales incluso nos comunicamos con instituciones y entelequias jurídicas, y que todo ente –orgánico, inorgánico, tangible o intangible– nos comunica algo, sin necesidad de entrelazar dos personas entre sí para que se transmita un mensaje.

Los sistemas psíquicos tienen como operación autopoietica a la conciencia y, como no puede existir comunicaciones entre conciencias porque éste es un sistema comunicacional cerrado, la sociedad no se compone de individuos aisladamente considerados, sino de expresiones de sentido, de comunicaciones⁹⁹⁸.

El método funcionalista prescinde de la causalidad –en el sentido positivista– porque no es posible encontrar relación causa-efecto ya que en el sistema social existen múltiples correlaciones que deberán ser resueltas en razón

⁹⁹⁷ LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme, Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, págs. 45 y sigs, en BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; y, ESPOSITO, Elena, *Glu, Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, págs. 93 y sigs, obra citada en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general, Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo 1, 6ta edición (Col. Polaino-Orts, Miguel), Editorial Bosch, Barcelona, 2012 (reimpresión), pág. 33.

⁹⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo 1, 6ta edición (Col. POLAINO-ORTS, Miguel), Editorial Bosch, Barcelona, 2012 (reimpresión), pág. 33.

de las necesidades del sistema, y para ello se elaboran “equivalentes funcionales”⁹⁹⁹.

LAMPE es claro al decir que el sistema del delito no se configura únicamente con las condiciones de la conducta punible, sino también con las funciones de la pena y de las medidas de seguridad¹⁰⁰⁰.

B) Imputación funcionalista

En 1976 JAKOBS publicó una corta pero contundente obra jurídica titulada *Schuld und Prävention* (Culpabilidad y prevención), en el que sostuvo que la culpabilidad es un “*medio para la realización del fin del Derecho Penal*” y que este fin es “*la estabilización de un orden determinado*”¹⁰⁰¹.

Entonces, siendo coherentes con la realidad, debemos partir de la función del Derecho Penal y no de la esencia de los objetos de la dogmática penal, para de este modo determinar sin equívocos que desde el punto de vista del sujeto,

⁹⁹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pág. 119.

¹⁰⁰⁰ LAMPE, Ernst-Joachim, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Trad. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; ORCE, Guillermo; y, POLAINO-ORTS, Miguel. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2003, pág. 246.

¹⁰⁰¹ JAKOBS, Günther, *Schuld und Prävention*, 1976, págs. pág. 3, obra citada en BACIGALUPO, Enrique, *Teoría y práctica del Derecho Penal*, Tomo 1, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 305.

éste no es el que produce o no impide un suceso, sino el que puede ser responsable de éste¹⁰⁰².

De este modo nace un criterio de imputación objetiva, que se aplica cuando se ha vulnerado, principalmente, el principio de confianza, la prohibición de regreso y el riesgo permitido¹⁰⁰³. Lo cual lo explica detalladamente JAKOBS en su obra *Moderna Dogmática penal. Estudios compilados*¹⁰⁰⁴.

Como sujetos integrantes del sistema tenemos un rol (en realidad varios, según la coyuntura) y estos no son solo activos, sino también pasivos, es decir, habrán conductas que dentro de nuestro rol no deberemos realizar, como por ejemplo, simular delitos.

La imputación objetiva tiene, marcadamente, cuatro caras: 1. Imputación Normativa (infracción de deber); 2. Imputación personal (quebrantamiento de un

¹⁰⁰² JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1ra edición, 1983, prólogo, obra citada en BACIGALUPO, Enrique, *Teoría y práctica del Derecho Penal*, Tomo 1, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 305.

¹⁰⁰³ CASTALDO, Andrea Raffaele, *La imputación objetiva en el delito culposus de resultado*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 16, 1ra edición, 1ra reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, págs. 15 y sigs.

¹⁰⁰⁴ JAKOBS, Günther, *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, 2da edición, op. cit. págs. 203 – 282.

rol); 3. Imputación social (defraudación de una expectativa social); y, 4. Imputación valorativa (sentido social comunicativamente estabilizador)¹⁰⁰⁵.

En este aspecto el simulador de delitos quebranta su rol de ciudadano respetuoso de las expectativas sociales al quebrantar su deber y, por lo mismo, quebranta las expectativas sociales, por lo que, al ser procesado y sancionado, se estaría estabilizando el sistema.

El ciudadano como persona debe cumplir la norma (no simular delitos) y así permitir que el resto de ciudadanos y en este caso la Administración de Justicia se vean amparados por el efecto protector de la expectativa social institucionalizada.

Forma parte del libre albedrío del ciudadano cumplir o no con la expectativa social, pues esa es su libertad como autodeterminación personal¹⁰⁰⁶, y en caso de no hacerlo, también libremente asume las consecuencias represivas de su conducta típica.

¹⁰⁰⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, en MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación y valoración en Derecho Penal, Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores, México D.F. 2013, pág. 75.

¹⁰⁰⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal como sistema de autodeterminación personal*, Colección Dogmática Penal, Tomo 8, Ara Editores, Lima, 2012, pág. 71.

Se ha estudiado a profundidad los elementos del tipo y el modo de imputárselo a determinada persona, no obstante, resulta fundamental determinar cómo descubrir que efectivamente se simuló un delito y que además se lo hizo como subjetivamente requiere el tipo penal para sancionar. Esto veremos a continuación.

II. Verificación fáctica del contenido falso

Existen claves de constatación fáctica que deben ser estudiadas, por cuanto un aspecto es el análisis teórico del delito simulado, otro muy distinto es el de su aplicación práctica, por cuanto en un proceso penal la simulación deberá ser probada, lo cual conlleva bastas dificultades.

Se debe entonces, desde un sentido lógico, partir de que inicialmente cinco aspectos categorizados deben ser verificados:

1. Verificar y ratificar la ausencia de evidencias en el hecho relatado en la *notitia criminis*¹⁰⁰⁷.
2. Poner en manifiesto la incompatibilidad de la evidencia aportada con lo narrado y con la realidad¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁷ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 166.

3. Proporcionar evidencia suficiente acerca de lo ocurrido realmente¹⁰⁰⁹.
4. Determinar qué actos procesales fueron ejecutados como provocación de la *notitia criminis*.
5. Concluir jurídicamente que no se trata de un error de tipo y que la persona actuó con dolo.

Para demostrar el elemento subjetivo del tipo, que como vimos es exclusivamente el dolo, debemos comprender que nos encontramos frente a un panorama estrictamente interno o psíquico¹⁰¹⁰, por lo que -en palabras de MIRANDA VÁZQUEZ- el único instrumento probatorio efectivo son las presunciones judiciales; así la SAP Castellón, sec. 2.^a, n.º 51/2007, de 25 de enero, fj 2.º:

El recurrente sostiene que no existe “prueba directa” de donde pueda inferirse que la denuncia fuere falsa. Ya suponemos que no se refería a la inexistencia de algún testigo directo o documento, dado que una denuncia falsa se basa en simular un hecho (delictivo) que no ha existido, no es posible la prueba directa

¹⁰⁰⁸ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 166.

¹⁰⁰⁹ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 166.

¹⁰¹⁰ MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Tratado de probática judicial, la prueba del hecho psíquico*, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, pág. 152, así también en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 168.

de lo inexistente por kafkiano, resultando aquí prueba imposible o diabólica la prueba directa¹⁰¹¹.

Por esto, MUÑOZ SABATÉ considera que la constatación fáctica de la simulación es una materia de *difficilioris probationes*¹⁰¹². Todo esto verificaremos a continuación.

Iniciando por el tipo objetivo, podemos, principalmente, tener tres formas de constatación directa:

A) Confesión del simulador

El simulador, dentro de un proceso existente, puede perfectamente confesar su delito de simulación, al igual que en cualquier otro delito. De este modo, podrá confesar de forma voluntaria o incluso podría confesar como consecuencia de la habilidad de los abogados, Jueces o Fiscales, para hacerle hablar en un interrogatorio o contrainterrogatorio correctamente ejecutado.

Por otro lado podemos, dentro de este mismo presupuesto probatorio, tener el caso de coimputados, que al momento de ser interrogados, se delaten entre sí. Es normal que un hábil simulador pierda su entereza cuando se encuentra privado de su libertad ambulatoria o, incluso, cuando tenga que hacer

¹⁰¹¹ SAP Castellón, sec. 2.^a, n.º 51/2007, de 25 de enero, fj 2.º. LA LEY 88420/2007, sentencia citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 168 y 169.

¹⁰¹² MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Cuadernos de Probática I y II*, editorial Banco Santander Central Hispano, Madrid, 1999, pág. 80, así también en MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 169.

frente a un aluvión de preguntas formuladas por autoridades, en dependencias judiciales.

Este caso lo podemos ver en el siguiente extracto judicial:

Importa destacar que la coimputada en un primer momento mantuvo en comisaría los mismos hechos que contenían la denuncia presentada por el Sr. Benedicto pero como quiera que los agentes empezaron a tener sospechas sobre la falta de autenticidad de la denuncia, tras visionar con el Sr. Benedicto la cinta grabada por la cámara de seguridad de la tienda, la Sra. Olga rectificó su declaración inicial admitiendo que el acusado al llamó por teléfono y le dijo que tenía que contar a la policía cómo dos mujeres habían entrado en la tienda, le habían amenazado con una navaja y ella les había entregado un sobre con el dinero después de haber sido amenazada¹⁰¹³. (SAP Vizcaya, secc. 2.ª, n.º 546/2007, de 28 de septiembre, fj 1.º).

B) Testimonios de terceros

La prueba testimonial de terceros que no participaron en el ilícito es fundamental para desenmascarar al simulador; estos testigos pueden ser personas que de algún modo presenciaron o conocieron sobre la verdadera naturaleza de lo denunciado, es decir, pueden determinar la falsedad o veracidad de lo relatado, o bien puede tratarse de testigos amigos o familiares del simulador que pueden conocer sus móviles.

¹⁰¹³ SAP Vizcaya, secc. 2.ª, n.º 546/2007, de 28 de septiembre, fj 1.º, LA LEY 255551/2007, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 171.

Los testigos, asimismo, deberán declarar bajo juramento, *so pena* de cometer perjurio, lo cual ejercerá la justa presión sobre su psiquis para que digan la verdad. Así, en Valencia hubo un caso en el cual un individuo al conducir su coche sufrió un accidente al impactarlo, por lo que lo aparcó y denunció básicamente lo siguiente: que oyó sonar la alarma de su coche, razón por la cual al ir a ver que sucedía, un individuo lo golpeo fuertemente en la cabeza y se robó el vehículo, y así fue como lo denunció. Lastimosamente para el poco hábil simulador, hubo un testigo presencial del accidente que fue decisiva para resolver la causa:

Así los policías locales intervinientes a los pocos momentos del accidente fueron testigos de referencia de lo manifestado por el transeúnte, el que dijo ver a dos personas en el vehículo siniestrado, dando sus descripciones, y por lo que respecta al acusado dijo ser uno de ellos, de aspecto sudamericano, vestido con polo de color naranja, tal como luego se comprobó en su domicilio. Pero además, es que en ese momento se le exhibió al testigo la copia del permiso de conducir del acusado, que estaba en el interior del vehículo, reconociéndolo por la fotografía que en el constaba, lo que no fue impugnado¹⁰¹⁴. (SAP Valencia, sec. 2.ª, n.º 195/2009, de 1 de abril, fñ 3.º.).

De igual forma, en Teruel, hubo un caso en que una mujer dijo que le robaron su coche, de lo que se dio cuenta al llegar a su casa, pero resulta que un testigo la habría visto conduciendo el vehículo con anterioridad, que por simple lógica debía estar en poder de sus sustractores, esto fue determinante para la decisión judicial ya que un testigo aseguró haber visto a:

¹⁰¹⁴ SAP Valencia, sec. 2.ª, n.º 195/2009, de 1 de abril, fñ 3.º, LA LEY 324947/2009, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 172.

[...] la acusada conduciendo el vehículo objeto de denuncia a las 10,00 horas del día 4 de diciembre entre tanto ella asegura que no llegó a su domicilio hasta las 15,30 horas del día¹⁰¹⁵. (SAP Teruel, n.º 31/2007, de 15 de noviembre, fj 1.º.)

Ahora, debemos considerar que el abogado de la defensa del simulador llamará a testigos que mantengan la tesis de “veracidad” del acusado de simulación, lo que, para ser debidamente refutado y controvertido, se requiere de un correcto y hábil conainterrogatorio, que genere contradicciones con la finalidad de generar duda en los juzgadores.

Así, tenemos el caso de un vehículo que fue incendiado con el propósito de recibir la debida indemnización de la compañía de seguros. La coartada del simulador es que se encontraba en una hotelería con unos conocidos suyos, quienes al declarar se contradijeron de tal modo que permitió al órgano juzgador tener certeza de la simulación:

Por lo que se refiere a la historia del encuentro del acusado Jenaro en el bar con su cliente José Manuel, acompañado por Baldomero y Noemi: ya es casualidad ir sin motivo especial al establecimiento, al que se ha ido en rara ocasión, la última hace años, y encontrarse con el cliente, que también ha ido al local muy pocas veces, y que recuerda perfectamente al cabo del tiempo la coincidencia, según dijo, un día que era jueves, porque los jueves suelen ir a cenar tras la estancia en un gimnasio próximo, del mes de junio de dos mil ocho; también llama la atención que los otros dos, Baldomero y Noemi, recordaran con toda seguridad la concurrencia y el saludo en el bar del mecánico y de quien utiliza los servicios de éste, precisamente un día del mes de junio, no de otro de las doce partes en que se divide un año, y que, igualmente, a pesar de haber visto una sola vez al acusado, más el tiempo transcurrido, para nada se les haya

¹⁰¹⁵ SAP Teruel, n.º 31/2007, de 15 de noviembre, fj 1.º, LA LEY 287853/2007, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 172.

despintado, y lo señalen con toda seguridad; de suerte que habría que alabar esa excelente memoria fotográfica, pero solo para las caras, porque ni estos dos testigos ni el primero fueron capaces de detallar, siquiera fuera a grandes rasgos, las dimensiones del establecimiento o el personal de servicio, con lo que hay una curiosa selección de imágenes para archivar en la memoria, aunque también es verdad que declararon los tres que habían ido muy pocas veces al bar, pero el caso es que en una de ellas, mira por donde se produce la coincidencia personal, que de ninguna manera es olvidada, sino que, antes al contrario, queda bien grabada en esa definida como facultad del alma, por la que se reproducen mentalmente objetos ya conocidos referidos al pasado, y, asimismo, a pesar de la insistencia del Ministerio Fiscal en la aproximación del horario de llegada, estancia y salida del restaurante, la imprecisión y vaguedades fueron totales. Ese orden de cosas, unido a la inmediación de la Sala en la prestación de esas declaraciones, mayormente imprecisas, inseguras, balbuceantes, entrecortadas, dubitativas, selectivas en el recuerdo, y de testigos en apariencia con coeficiente intelectual bajo, que no hace buenas migas con el preciso recuerdo de ciertos detalles bien archivados en la memoria, que tienen su contra en otros significativamente olvidados, hacen dudar seriamente de que el encuentro tuviera lugar, más concretamente, no cabe tenerlo por cierto, y además se revela como totalmente innecesario traerlo a colación, porque nada añade en favor del acusado, pues es irrelevante que cuando al Seat-Altea le pegaron fuego estuviera de cena en el bar, o en el cine, o de excursión por la capital, o donde fuera, y no viene obligado a probar que no estaba en el lugar al tiempo de la combustión del ingenio mecánico que se mueve por sí mismo, mientras que, por el contrario, la falta de credibilidad de esa reunión contribuye a abonar la convicción de culpabilidad, dicho sea esto último en el sentido de su participación en la quema¹⁰¹⁶. (Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5ª, Sentencia de 1 Sep. 2009, rec. 30/2009. Ponente: Turiel Sandín, Carlos.).

¹⁰¹⁶ SAP Valencia, Sección 5ª, Sentencia de 1 Sep. 2009, rec. 30/2009. Ponente: Turiel Sandín, Carlos. LA LEY 283507/2009.

C) Uso de tecnología

Sin lugar a duda, el uso de herramientas tecnológicas es, hoy en día, indispensable para alcanzar el éxito en la búsqueda de la verdad, o por lo menos, para que la verdad procesal se encuentre lo más cercana posible a la verdad histórica. Es más, me atrevo a decir que muchas veces la tecnología funciona como una máquina de tiempo, permitiéndonos percibir con nuestros propios sentidos la verdad histórica de lo sucedido.

Así ocurre con los medios tecnológicos que nos permiten reproducir de forma fidedigna el sonido y la imagen. Estos medios tecnológicos ahora son públicos, por cuanto las ciudades, cada vez más, implantan aparatos de vigilancia y monitoreo en lugares públicos.

Este avance tecnológico, que nos recuerda a *1984* de George ORWELL, no es sólo una realidad de los países de primer mundo. Por ejemplo, en Ecuador, fue implementado el sistema “ECU-911” que es un sistema de monitoreo nacional con cámaras de alta tecnología, pionero en toda Latinoamérica, que permite una coordinación entre la Policía Nacional, Bomberos, Ministerios Salud, Gestión de Riesgos, Cruz Roja Ecuatoriana, IEES (Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social), Ministerio de Defensa, Ministerio del Interior, Ministerio Coordinador de Seguridad, Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁷ Para más información: <http://www.ecu911.gob.ec>.

Entonces, dentro de este contexto, será común que las actuaciones mendaces del simulador queden registradas en cámaras de video-vigilancia:

Así consta que el acusado denunció en la Comisaría de Miranda de Ebro que, el día 30 de noviembre de 2008, persona/s desconocida/s habían efectuado cinco extracciones por importe de 50 euros cada una de su cuenta corriente en el cajero automático de la sucursal del BBVA sita en calle Vitoria de Miranda de Ebro, sin embargo de la grabación efectuada por el sistema de video vigilancia de la entidad bancaria, se aprecia que fue el acusado quien realizó las citadas extracciones en el cajero del BBVA de la calle Vitoria de Miranda de Ebro a las 17,37, 21,02, 21,40, 22,08 y 22,56 horas del día 30 de noviembre de 2008¹⁰¹⁸. (SAP Burgos, sec. 1.ª, n.º 140/2010, de 1 de junio, fj 3.º).

Así, verificamos que la simulación no es solo una conducta en abstracto, sino que se la puede comprobar en concreto y por eso sí es susceptible de ser llevada a la Justicia.

En otro caso, en Valladolid, sucedió lo siguiente:

Igualmente hemos de destacar que ante los guardias civiles que se personaron en la gasolinera la tarde de los hechos, sobre las 18,35 horas, José Miguel dijo que el robo se había perpetrado sobre las 18,20 horas, es decir, muy poco antes, con lo cual no cabe confusión posible (...). Sin embargo, los fotogramas extraídos por la guardia civil de las cámaras de seguridad de la estación de servicio e incorporados al atestado (...) demuestran que ese coche llegó a la gasolinera sobre las 16,19 horas y se marchó a las 17,04 horas. Aquí hay una divergencia horaria muy significativa, reveladora de que el Sr. José Miguel mencionó unos momentos temporales que no se correspondían con la realidad, mostrando así

¹⁰¹⁸ SAP Burgos, sec. 1.ª, n.º 140/2010, de 1 de junio, fj 3.º, LA LEY 105360/2010, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 174.

una actitud de fingimiento¹⁰¹⁹. (SAP Valladolid, sec. 2.ª, n.º 361/2009, de 6 de noviembre, fj. 2.º).

DE MIRANDA VÁZQUEZ incluso nos demuestra que existen modernos instrumentos tecnológicos como los Tacógrafos^{1020*} y GPS¹⁰²¹, y así fue utilizado en el siguiente caso:

Comenzando por el segundo de ellos (simulación de delito), señalar que, pese a las declaraciones prestadas por el acusado, dando dos versiones distintas sobre lo sucedido (una ante la Guardia Civil y ante el Juzgado en febrero de 2004, cuando suceden los hechos y otra en el acto de juicio oral) la documental obrante en autos (folios 44 a 49 y 106 a 110), consistente en informe detallado de la ruta, horas, kilómetros y velocidad seguidos por el camión y remolque matrícula BU-2021-U el día 20-2- 2004, extraído del disco tacógrafo y GPS instalado en el mismo, acredita la falta a la verdad en la narración de los hechos en la que incurre Juan Pablo y que efectúa ante la Guardia Civil de Talavera de la Reina, donde comparece para denunciar haber sido objeto de un secuestro y robo del remolque del camión por él conducido y donde transportaba mercancía estancada valorada en 518.437,78 euros¹⁰²². (Audiencia Provincial de Madrid,

¹⁰¹⁹ SAP Valladolid, sec. 2.ª, n.º 361/2009, de 6 de noviembre, fj. 2.º, LA LEY 247325/2009) citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 174.

¹⁰²⁰ * *Un tacógrafo es un dispositivo electrónico que registra diversos sucesos originados en un vehículo de transporte terrestre durante su conducción, sea de carga o de pasajeros y de carretera o ferroviario. Los sucesos que registra un tacógrafo normalmente son: velocidad (promedio y máxima), aceleraciones y frenadas bruscas, tiempo de ralentí (periodo durante el cual el vehículo permanece detenido con el motor en marcha), entre otros. Estos datos, dependiendo del tacógrafo, pueden ser recopilados por una computadora y almacenados en una base de datos o imprimirse en forma de gráficos para su posterior análisis, en <http://es.wikipedia.org/wiki/Tacógrafo>.*

¹⁰²¹ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 174.

¹⁰²² SAP Madrid, Sección 16ª, Sentencia de 29 Jul. 2009, rec. 34/2009. Ponente: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza, LA LEY 140957/2009.

Sección 16ª, Sentencia de 29 Jul. 2009, rec. 34/2009. Ponente: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza, LA LEY 140957/2009).

II. Verificación indirecta del tipo objetivo

Continuando con probática del tipo objetivo, podemos tener básicamente dos formas de constatación indirecta:

A) Indicio de ausencia

Este es el indicio *absentia*, que trata sobre un vacío absoluto en el que cabría esperar la existencia de determinada realidad. Esto ocurre cuando hay inexistencia de vestigios, que es lo contrario a lo que cabría esperar si lo relatado hubiese sucedido realmente¹⁰²³.

Un buen departamento de criminalística puede hallar hasta los vestigios más inimaginables, por lo que en un país como España no se podría dejar de esperar que en una investigación sea o no fácil determinar determinadas situaciones. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 456/2007 de 2 de julio:

Otro indicio resulta de las circunstancias del lugar donde presuntamente, fue atado y abandonado Armando; según la declaración del agente (...), en el lugar no hay rastros de pisadas de otras personas a pesar de ser un lugar con bastante humedad, ni las ramas se encontraban rotas pese a estar algunas secas, también

¹⁰²³ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 176.

la forma de estar enrollada la cinta no es la propia de atar a una persona, ni en la cinta había adherida materia alguna (restos de tejido, de piel o semejantes) como sería preciso de haber estado en contacto con la ropa o la piel del acusado¹⁰²⁴. (SAP Granada, sec. 1.ª, n.º 456/2007, de 2 de julio, fj 3.º). (Así también: STS, sala 2.ª, n.º 268/2008, de 19 de mayo, fj 1.º LA LEY 47636/2008; SAP Toledo, sec. 2.ª, n.º 45/2005, de 24 de octubre, fj 1.º, LA LEY 207014-2005; y, STS, sala 2.ª, n.º 59/2009, de 29 de enero, fj 2.º, LA LEY 1917/2009).

Ahora bien, esos son casos en que cualquier persona, observando detenidamente, puede encontrar un indicio de ausencia de vestigios que sustenten los relato utilizando la técnica de la «abducción», no obstante, existirán caso en los que se requiera de cierto grado de especialización, como se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 433/2007 de 20 de septiembre:

Si ya todo lo expuesto sería suficiente para poner en duda su pretendida condición de víctima, el informe pericial emitido por los dos Médicos Forenses del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, permite afirmar que la acusada falta a la verdad. Se trata de dos facultativos que reconocieron a más de tres mil personas con motivo de los atentados cometidos el 11 de marzo de 2004, personas que presentaban un cuadro típico, absolutamente distinto del observado en Clara quien, además, expuso un relato vago, carente de datos y contrario a lo acaecido en muchos, que hizo a los facultativos concluir que no quedaba acreditado, desde el punto de vista médico-forense que fuera víctima del atestado [sic]¹⁰²⁵. (SAP Madrid, secc. 3.ª, n.º 433/2007, de 20 de septiembre, fj 1.º). (Así también la SAP Madrid, secc. 6.ª, n.º 15/2008, de 16 de enero, fj 2.º, LA LEY 64531/2008).

¹⁰²⁴ SAP Granada, sec. 1.ª, n.º 456/2007, de 2 de julio, fj 3.º, LA LEY 187118/2007, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 176.

¹⁰²⁵ SAP Madrid, secc. 3.ª, n.º 433/2007, de 20 de septiembre, fj 1.º, LA LEY 162897/2007, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 177 y 178.

B) Indicio de incompatibilidad

Este es el indicio *repugnatia*, el cual se refiere ya no a la ausencia de vestigios, sino a la existencia de vestigios que demuestran lo contrario a lo que relata el simulador, haciendo que la realidad fingida sea claramente incompatible con la realidad verificable.

Así, tenemos podemos verificar dos casos reales prácticos

Los partes médicos en relación a la lesión que tenía Guillermo no son compatibles, médicamente, con la forma en que, según ellos se produjo el atropello, y en el mismo sentido no resulta compatible el hecho del atropello en un paso cebra con un vehículo a gran velocidad con que no existieran huellas de frenado según la oportuna pericial [sic] practicada por el Sr. Luis, Ingeniero Industrial¹⁰²⁶. (STS, sala 2.^a, n.º 59/2009, de 29 de enero, fj 2.º). (Así también: SAP Álava, secc. 2.^a, n.º 344/2007, de 12 de noviembre, fj 1.º, LA LEY 251017/2007; y, SAP Pontevedra, secc. 4.^a, n.º 31/2006, de 15 de marzo, fj 2.º, LA LEY 34225/2006).

Otro caso:

[...] imposibilidad de que el televisor de 28 pulgadas saliera por los barrotes o no corresponder las marcas del forzamiento con las que aparecieron en la puerta según el perito Sr. Ignacio¹⁰²⁷ (SAP Madrid, secc. 23.^a, n.º 689/2007, de 3 de octubre, fj 2.º).

¹⁰²⁶ STS, sala 2.^a, n.º 59/2009, de 29 de enero, fj 2.º, LA LEY 1971/2009, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 179.

¹⁰²⁷ SAP Madrid, secc. 23.^a, n.º 689/2007, de 3 de octubre, fj 2.º, LA LEY 292111/2007, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 179.

III. Constatación fáctica del tipo subjetivo

Como ha quedado sentado, el delito simulado es un delito exclusivamente doloso, lo que dificulta su prueba, sin embargo, no es imposible demostrarlo, así, se deberán usar criterios probatorios ante-fácticos, in-fácticos y post-fácticos, como veremos a continuación.

A) Móvil

Como punto de partida de los indicios ante-fácticos, primero se debe analizar el móvil del simulador, es decir, el estímulo o motivación que lo movió a actuar en determinado sentido¹⁰²⁸.

Estos móviles pueden ser de índole económica, como por ejemplo de falta de liquidez del individuo que debe simular para cobrar determinado valor. Puede también tratarse de evitar gastos o de adquirir el dominio de un bien sin tener que realizar ningún desembolso; incluso puede tratarse de evitar pérdidas económicas. Así la jurisprudencia:

[...] Se habían formado telarañas en su diferentes elementos, y ello evidencia bien claramente que el acusado daba por extinguidas sus obligaciones como arrendatario, pues no tiene sentido, económicamente hablando, tener alquiladas por más de dos millones de pesetas al mes unas excavadoras para tenerlas guardadas. Y si no era arrendatario y seguía siendo poseedor de las excavadoras, es porque ya se había convertido (ilícitamente) en su dueño (...). Es claro, por

¹⁰²⁸ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 181.

ello, que con ánimo de apropiarse de las máquinas el acusado primero las escondió en la nave de su propiedad y después denunció su sustracción, trasmutando así, ilícitamente, su posesión en concepto de arrendatario en posesión en concepto de dueño¹⁰²⁹. (SAP Albacete, secc. 1.ª, n.º 4/2010, de 9 de febrero, fj 3.º). (Así también: SAP Barcelona, secc. 2.ª, n.º 271/2007, de 2 de abril, fj 2.º, LA LEY 112349/2007: y, SAP Zaragoza, secc. 3.ª, n.º 428/2009, de 7 de julio, fj 2.º, LA LEY 137673/2009).

Otra posibilidad es que lo simulado sea una coartada como estrategia de defensa en otro delito (esto es a lo que ya denominamos como auto-encubrimiento). Así la jurisprudencia:

[...] La propia denuncia interpuesta por la hoy recurrente no puede ser cierta, si se advierte que a las 3,30 horas -esto es, quince minutos antes del momento de la pretendida sustracción- la furgoneta en cuestión había sido inspeccionada e incautada por la Policía Local de Santa Fe por su evidente relación con un intento de robo en un camión de transporte estacionado en la Avda. Palos de la Frontera de aquella población [...] ¹⁰³⁰. (SAP Granda, secc. 2.ª, n.º 17/2008, de 18 de enero, fj 1.º).

B) Previsión

Otro indicio ante-fáctico es la *previsio*, que se trata de verificar los actos previsorios del simulador, es decir, actuaciones previas realizadas con la finalidad de obtener un beneficio futuro. Así, si justamente alguien aumenta el

¹⁰²⁹ SAP Albacete, secc. 1.ª, n.º 4/2010, de 9 de febrero, fj 3.º, LA LEY 21365/2010, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 182.

¹⁰³⁰ SAP Granda, secc. 2.ª, n.º 17/2008, de 18 de enero, fj 1.º, LA LEY 139189/2008, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 182 y 183.

valor de cobertura del vehículo y misteriosamente este desaparece unos días después, se puede tener una idea del dolo del simulador. Así la jurisprudencia: “El “robo” [tuvo] lugar pocos días después de haber asegurado el continente de la vivienda (...)”¹⁰³¹ (SAP Barcelona, secc. 2.ª, n.º 408/2009, de 15 de junio, fj 3.º).

Así también:

[...] un mes antes del robo [...] el acusado elevó el importe de la cuantía asegurada contra robo, pasándolo de 18.000 euros a 36.000 euros, el máximo permitido. Y casualmente el valor de lo que se dice robado supera los 30.000 euros¹⁰³². (SAP Barcelona, sec. 2.ª, n.º 271/2007, de 2 de abril, fj 2.º). (Así también SAP Zaragoza, secc. 6.ª, n.º 27/2008, de 23 de mayo, fj 2.º, LA LEY 257166/2008; y, STS, sala 2.º, n.º 1221/2005, de 19 de octubre, fj 4.º, LA LEY 14064/2005).

Incluso existen casos en que las coincidencias son tan grandes que queda claro que hubo previsión al simular, así:

Resulta muy relevante (...) el dato de que la única mercancía no desaparecida era, precisamente, la que llevaba incorporado el localizador electrónico dispuesto, por evidentes razones de seguridad, para el seguimiento remoto de la carga, cuando eran los propios acusados las personas encargadas de su ubicación o, al menos, obligadas conocedoras de ésta para evitar su descarga en una de las entregas de su recorrido¹⁰³³. (STS, sala 2.ª, n.º 268/2008, de 19 de mayo, fj 1.º).

¹⁰³¹ SAP Barcelona, secc. 2.ª, n.º 408/2009, de 15 de junio, fj 3.º, LA LEY 177963/2009 citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 183.

¹⁰³² SAP Barcelona, sec. 2.ª, n.º 271/2007, de 2 de abril, fj 2.º, LA LEY 112349/2007, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 183.

¹⁰³³ STS, sala 2.ª, n.º 268/2008, de 19 de mayo, fj 1.º, LA LEY 47636/2008, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 184.

(Así también: SAP Zaragoza, secc. 6.^a, n.º 27/2008, de 23 de mayo, fj 2.º, LA LEY 257166/2008; SAP Granada, sec. 1.^a, n.º 456/2007, de 2 de julio, fj 3.º, LA LEY 187118/2007; y SAP Cádiz, secc. 8.^a, n.º 49/2006, de 17 de febrero, LA LEY 238927/2006).

En estos casos el dolo resulta evidente, pues claramente se verifica que no simularon el robo de precisamente aquellos productos que eran rastreables, sobretodo cuando la ubicación del GPS es secreta y es imposible que un tercero al negocio sepa qué productos tienen esta seguridad especial.

C) Preconstitución

El indicio *preconstitutio* esa aquel indicio ante-fáctico con el cual se comprueba que el simulador dispone intencionadamente evidencias con la finalidad de probar lo aseverado, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid: “[...] *había objetos tirados en el suelo como simulando desorden [...]*”¹⁰³⁴ (SAP Madrid, secc. 1.^a, n.º 102/2009. De 26 de febrero, fj 2.º). (Así también: SAP Burgos, secc. 1.^a, n.º 19/2005, de 26 de febrero, fj 2.º, LA LEY 32686/2005; y, SAP Madrid, Sección 1.^a, Sentencia de 30 Jun. 2009, rec. 88/2008, Ponente: Benito López, Alejandro María, LA LEY 127858/2009).

El departamento de criminalística podrá verificar que estos vestigios resultan artificiales o antinaturales, lo que generará obvias sospechas¹⁰³⁵. Usando

¹⁰³⁴ SAP Madrid, secc. 1.^a, n.º 102/2009. De 26 de febrero, fj 2.º, LA LEY 43393/2009, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 185.

¹⁰³⁵ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 185.

la técnica de la abducción se puede determinar si los vestigios son reales o simulados.

D) Ocultación

Continuado con los indicios ante-fácticos, tenemos la *ocultatio*, que no es más que aquellas conductas que buscan hacer desaparecer evidencias¹⁰³⁶. Aquí se debe tener mucho cuidado por cuanto podríamos estar entrando al campo de una estafa procesal o al de un encubrimiento.

La *ocultatio* en cuanto a la probática del delito simulado, no se refiere a hacer desaparecer evidencias del delito, sino más bien a la ocultación del objeto material del delito, como por ejemplo, cuando se denuncia el robo de un televisor y resulta que el televisor está oculto en el sótano de la casa. Justamente casos así han existido y se los puede verificar en las siguientes sentencias: SAP Valencia, secc. 2.^a, n.º 330/2010, de 7 de mayo, fj 3.º, LA LEY 10963/2010; SAP Valencia, secc. 4.^a n.º 592/2009, de 13 de octubre, fj 8.º, LA LEY 277394/2009; y, SAP Albacete, secc. 1.^a, n.º 4/2010, de 9 de febrero, fj 3.º, LA LEY 21365/2010.

E) Ausencia sospechosa de documentación

La *indocumentatio suspectiva* es otro indicio ante-fáctico del dolo, por cuanto representa aquellos casos en los cuales se espera que exista documentación de respaldo, o que si esta no está a la mano, sea fácil obtener un duplicado, y que, sin embargo, el simulador no la tiene y no hay como

¹⁰³⁶ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 187.

conseguirla, esto sucede justamente cuando uno asevera que le robaron algo y no existen facturas o documentos de respaldo de su existencia. Así la jurisprudencia:

En segundo lugar, la Policía como los empleados de la compañía pidieron a Francisco que les aportara fotos, catálogos, facturas del género robado, la policía con la finalidad de facilitar la recuperación de las alfombras y la compañía para acreditar la preexistencia de las mismas. El acusado no pudo hacerlo y según manifestaciones de Lorenzo, no tenía ni contabilidad, ni declaración del IVA, ni facturas, tampoco ponía etiquetas a sus alfombras. En definitiva, no había indicio alguno que permitiera la existencia de un negocio real de venta de alfombras¹⁰³⁷. (STS, sala 2.º, n.º 1221/2005, de 19 de octubre, fj 4.º, LA LEY 14064/2005). (Así también SAP Barcelona, secc. 2.ª, n.º 408/2009, de 15 de junio, fj 3.º, LA LEY 177963/2009; y, SAP Madrid, secc. 1.ª, n.º 302/2009, de 30 de junio, fj 1.º, LA LEY 127858/2009).

F) Coyuntura y tiempo

Los indicios de *tempo* y oportunidad (coyuntura) son aquellos indicios ante-fácticos que tratan el exceso de tiempo transcurrido entre el supuesto delito y la denuncia, y que se denuncie solo por alguna razón particular, respectivamente¹⁰³⁸.

Así, sobre el indicio tiempo, la jurisprudencia:

No es que se tarde mucho en tomar conocimiento de que alguien utiliza una tarjeta sin conocimiento del titular, sino que cuando se toma conocimiento de ello se tarda más de un mes en denunciar en denunciar los hechos, véase que si

¹⁰³⁷ STS, sala 2.º, n.º 1221/2005, de 19 de octubre, fj 4.º, LA LEY 14064/2005, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 189 y 190.

¹⁰³⁸ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 190 y 191.

fue a últimos de agosto cuando se percibe de esas extracciones de dinero, no es hasta el nueve de octubre cuando acude a interponer la denuncia¹⁰³⁹. (SAP Cáceres, 2.ª, n.º 20/2009, de 11 de noviembre, f.º 1.º). (Así también: SAP Álava, secc. 2.ª, n.º 344/2007, de 12 de noviembre, f.º 1.º, LA LEY 251017/2007; y, SAP Burgos, secc. 1.ª, n.º 114/2010, de 4 de mayo, f.º 2.º, LA LEY 86918/2010).

Sobre el indicio oportunidad (coyuntura), tenemos los siguientes precedentes jurisprudenciales:

[...] hubiera podido sostenerse que producida la sustracción del vehículo no se denunció inicialmente la misma al haberse recuperado el coche, de manera que la denuncia se interpuso cuando se tuvo conocimiento de la denuncia de tráfico, pero tampoco los hechos fueron así, puesto que, cuando menos, desde el 14 de febrero tuvo conocimiento el acusado de aquélla, lo que no justifica que tardase una semana más cuando fue ya consciente de la sanción de tráfico [...] ¹⁰⁴⁰. (SAP Navarra, secc. 3.ª, n.º 122/2009, de 29 de julio, f.º 3.º). (Así también: SAP Madrid, secc. 1.ª, n.º 418/2007, de 4 de octubre, f.º 1.º, LA LEY 189115/2007).

G) Similitud

He incluido la *similitudo* como indicio ante-fáctico por cuanto así la doctrina lo ha considerado como prueba del dolo¹⁰⁴¹, sin embargo, considero que es errado utilizar como prueba del elemento subjetivo del tipo, por cuanto la indicio de similitud se refiere a aquellos casos en que una misma denuncia ha

¹⁰³⁹ SAP Cáceres, 2.ª, n.º 20/2009, de 11 de noviembre, f.º 1.º, LA LEY 235133/2009, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 190.

¹⁰⁴⁰ SAP Navarra, secc. 3.ª, n.º 122/2009, de 29 de julio, f.º 3.º, LA LEY 327706/2009, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 191.

¹⁰⁴¹ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 192 y 193.

sido presentada por dos o más ocasiones, y en que el juzgador verifica que son iguales.

Estos son, normalmente, los casos en que el denunciante en una primera denuncia no obtiene el beneficio deseado, y decide presentar la denuncia nuevamente. No obstante, considero que esto no prueba de modo alguno un caso de simulación, por cuanto la similitud no representa una falsedad *per se*, por cuanto lo denunciado puede ser real. En este sentido, este indicio no prueba nada por si mismo y no puede ser tomado dogmáticamente como un indicio probatorio, por impertinente, a más que dentro de un contexto específico se auto sustente.

H) Hábito y personalidad

El *habitus* o tendencia también es un indicio ante-fáctico, el cual se refiere a aquellos casos en que determinada persona es reincidente, es decir, cuando la simulación es el *modus vivendi* de una persona ya determinada como tal¹⁰⁴².

Es decir, si se verifica que el acusado por simular un delito, previamente ya tiene un historial de denuncias falsas, simulaciones, etc., se puede así tener un indicio de su mala fe (aunque se supone que la buena fe se presume), de su consciencia y voluntad al simular, lo que facilitaría al juzgador la certeza del dolo.

¹⁰⁴² DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 193.

La mentira también puede corresponder a una patología mental del acusador falaz. Esto se llama indicio *character* que no es lo mismo que el indicio *morbos* que ya se refiere concretamente a una enfermedad. El *character* debe ser considerado con mucha delicadeza, porque al igual que el *morbos*, podría generar la imputabilidad del procesado¹⁰⁴³, por lo que ya no estamos hablando estrictamente del *habitus*, sino de un trastorno que vicia la voluntad del simulador, eliminando cualquier insinuación de dolo.

I) Vinculación afectiva

La *affectio*, al igual que en la mayoría de delitos, es un indicio ante-fáctico que nos da mucho que pensar cuando existe una vinculación afectiva o de parentesco de quien denuncia, por ejemplo, para beneficiar a un tercero.

Sin duda este es un indicio aceptable pero que contiene demasiadas limitaciones de certeza, el cual en realidad tiene más relevancia en el delito de encubrimiento.

En caso de que se probare una vinculación afectiva de un testigo que ayude en la coartada del simulador, no estaríamos frente a un delito simulado por parte del falso testigo, sino frente a un falso testimonio. No obstante, no debemos olvidar que el aspecto de la *affectio* siempre debe ser considerada para constar la objetividad e imparcialidad de los actos procesales.

¹⁰⁴³ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 194 y 195.

J) Conocimiento profesional

Este indicio no goza de frecuencia, sin embargo, el conocimiento profesional en la rama de seguros, considerado como un indicio de intencionalidad ante-fáctico, en determinados casos puede resultar muy relevante, puesto que quien conoce de seguros y de manejo en reclamación de siniestros, sabe a la perfección como ejecutar el siniestro simulado, como preparar la escena, como presentar el caso, como denunciar, de tal modo que a la aseguradora le resulte imposible negar el reclamo, y es tanto así que existe jurisprudencia al respecto:

Son relevantes a juicio de esta Sala los conocimientos profesionales del acusado en la rama de seguros, y el que la desposesión de sus pertenencias fue presentada y descrita con el definido propósito de eludir la calificación penal de posible hecho denunciado de modo asimilable a la del hurto al descuido¹⁰⁴⁴. (SAP Málaga, secc. 3.^a, n.º 703/2006, de 23 de noviembre, fj 3.º).

K) Imposibilidad y absurdo

Los indicios de *impossibilitas* y de *absurdus* son ya indicios de dolo in-fácticos. El indicio de *impossibilitas* es aquel que trata aquellos supuestos en que

¹⁰⁴⁴ SAP Málaga, secc. 3.^a, n.º 703/2006, de 23 de noviembre, fj 3.º, LA LEY 293812/2006, citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 194.

un hecho contraviene las leyes que rigen la realidad material/natural, ya sean físicas, químicas o de cualquier otro tipo¹⁰⁴⁵.

La *impossibilitas*, entonces, es un indicio de intencionalidad con el que se puede tener la certeza que el denunciante sabe que lo relatado no puede corresponder con la realidad porque es materialmente imposible, pero que lo hace una persona imputable, como el caso real que cito a continuación:

Si tenemos en cuenta que la acusada señala que le robaron el bolso a las 7,30 horas de la mañana, y el propietario de un taller de automóviles que había junto al citado establecimiento señaló en el acto del plenario que entre las 7,30 y las 7,40 o 45 horas del mismo día 4 de octubre ya vio parcialmente subido el cierre de la papelería, resulta materialmente imposible, aun cuando partiéramos de la hora más tardía que indicó el testigo, que los supuestos autores de la sustracción del bolso mismo hubieran podido en un máximo de quince minutos, huir a pie corriendo del lugar como dijo la propia acusada en su denuncia, examinar el contenido del bolso, advertir la existencia de un manajo de nueve llaves donde acogiendo la novedosa versión de la acusada en el juicio solo ponía "papelería colorines", llegar a la conclusión de que una de esas llaves pertenecería a ese establecimiento, averiguar y encontrar el lugar donde se encontraba el local comercial, dirigirse al mismo, probar dentro de ese manajo de llaves hasta acertar con la que abría el cierre exterior, proceder a su apertura, conseguir desactivar la alarma que la propietaria dijo que había dejado conectada cuando salió por última vez, encontrar dentro del establecimiento la llave que permitía el acceso a la cabina donde se encontraba la caja fuerte, a pesar de que la propia acusada reconoció que estaba metida dentro de un cubito, encontrar después la llave que permitía abrir la caja fuerte que según la propietaria del local se encontraba en la parte superior de un cuadro de interrupción y no se veía a primera vista, apoderarse del contenido que había en su interior, y salir finalmente huyendo del local sin ser visto por el propietario del taller de automóviles que dijo que entre las 7,30 y las 7,45 horas ya estaba el cierre

¹⁰⁴⁵ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 195.

subido y no vio nada extraño en el establecimiento. Es evidente que por muy rápidos, ocurrentes y expertos que fueran los autores del supuesto robo denunciado por la acusada, era materialmente imposible llevar a cabo todas esas actuaciones en un espacio de tiempo máximo de quince minutos. Solo quien disponía de toda esa información y tenía a su disposición todas las llaves necesarias para efectuar el acto de apoderamiento podía llevarlo a cabo¹⁰⁴⁶. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª, Sentencia de 26 Feb. 2009, rec. 9/2009, Ponente: Alvaro López, María Cruz). (Así también: STS, sala 2.ª, n.º 1221/2005, de 19 de octubre, fj 4.º, LA LEY 14064/2005; SAP Pontevedra, secc. 5.ª, n.º 198/2008, de 1 de diciembre, fj 1.º, LA LEY 316606/2008; SAP Toledo, secc. 2.ª, n.º 45/2005, de 24 de octubre, fj 1.º, LA LEY 207014/2005; SAP Burgos, secc. 1.ª, n.º 114/2010, de 4 de mayo, fj 2.º, LA LEY 86918/2010; y, SAP Alicante, secc. 3.ª, n.º 661/2009, de 27 de noviembre, fj 1.º, LA LEY 323016/2009).

Por otro lado, el indicio *absurdus* se refiere a la falta de lógica, a tal punto que ya no solo resulta imposible, sino además absurdo. El tema aquí es que existen elementos objetivos del relato que no pueden ser modificados, como el tamaño de una puerta, y al contrastar en contexto o el entorno con lo relatado, se constata el absurdo, lo cual, si el simulador es imputable, se entiende que él también se da cuenta del absurdo, y aún así hace llegar la noticia mendaz a la autoridad judicial o administrativa.

Así la jurisprudencia:

Durante el período que media entre la presunta sustracción y la anulación de la tarjeta de crédito, con ésta se viene realizando una multiplicidad de reintegros o disposiciones (extractos bancarios obrantes a los folios 8 y 9 de las actuaciones) hasta sumar un total de 1.543'80 euros. No parece muy normal que quien se ha apoderado de una tarjeta de crédito ajena la mantenga en su poder con el peligro

¹⁰⁴⁶ SAP Madrid, Sección 1ª, Sentencia de 26 Feb. 2009, rec. 9/2009, Ponente: Alvaro López, María Cruz, LA LEY 43393/2009.

de ser descubierto y vaya realizando pequeños reintegros a lo largo del tiempo. Basta observar en los extractos como en la fecha de 31 de enero la cuenta corriente tiene un saldo de 809´17 euros, lo normal hubiera sido hacer una o dos extracciones y dejar vacía la cuenta, y sin embargo se van realizando pequeñas disposiciones de hasta 5 euros¹⁰⁴⁷. (SAP Burgos, secc. 1.ª, n.º 114/2010, de 4 de mayo, fj 2.º). (Así también: SAP Valladolid, secc. 4.ª, n.º 192/2010, de 4 de mayo, fj 1.º, LA LEY 93208/2010; SAP Barcelona, secc. 5.ª, n.º 380/2008, de 2 de junio, fj 3.º, LA LEY 104368/2008; SAP Cáceres, secc. 2.ª, n.º 20/2009, de 11 de noviembre, fj 1.º, LA LEY 235133/2009; SAP Pontevedra, secc. 5.ª, n.º 97/2008, de 27 de junio, fj 1.º, LA LEY 151184/2008; y, SAP Barcelona, secc. 2.ª, n.º 271/2007, de 2 de abril, fj 2.º, LA LEY 112349/2007).

Es evidente que en el caso citado el denunciante no sufrió un hurto de tarjeta, puesto que no existe ladrón tan iluso que además de usar prolongadamente la tarjeta, pague sus valores y se permita tener saldo disponible. Irrefutablemente el simulador pretendía aquí que se le restituyan sus propios gastos, simulando ser víctima, recurriendo al absurdo.

L) *Vagus y ordo*

Los indicios *vagus* y *ordo* son también indicios in-fácticos que en el acto de la simulación pueden demostrar intencionalidad. Así, el indicio *vagus* se refiere a la narrativa vaga, esto es, a la intencionada y planificada falta de concreción, precisión y detalle del relato fáctico¹⁰⁴⁸. Este narrador mendaz actúa así por cuanto conoce que abundar en detalles puede significar el fácil descubrimiento de su mentira, por lo que, al hacer un relato vago, deja

¹⁰⁴⁷ SAP Burgos, secc. 1.ª, n.º 114/2010, de 4 de mayo, fj 2.º, LA LEY 86918/2010. citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 198 y 199.

¹⁰⁴⁸ MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 200.

demasiados cabos sueltos, provocando aún mayores actuaciones procesales e investigativas. Así la SAP Madrid, secc. 3.ª, n.º 433/2007, de 20 de septiembre, fj 1.º, LA LEY 162897/2007.

Por otro lado, el *ordo* se refiere al orden en cuanto al contexto narrativo, el cual consiste en la presentación de un relato excesivamente ordenado, demasiado perfecto para una vivencia traumática¹⁰⁴⁹, o incluso para una mente humana promedio.

Según los expertos en psicología de la mentira, una de las características de un relato veraz en el desorden, especialmente el cronológico¹⁰⁵⁰. Por el contrario, el simulador planifica detenidamente su narración, por lo que inconscientemente se delata cuando no tiene cuidado en su relato cronológico, el cual resulta ser perfecto.

M) Exageración e incongruencia

Otros indicios in-fácticos son la *histrionalis* y la *incongruentia*, que no pueden dejar de ser mencionados. La *histrionalis* o exageración se refiere a un indicador de alerta de mentira cuando el relato resulta muy exagerado¹⁰⁵¹, no obstante, como vimos en el capítulo anterior, la exageración no constituye típicamente un delito simulado, puesto que puedo denunciar un delito real pero

¹⁰⁴⁹ MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 201.

¹⁰⁵⁰ MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 201.

¹⁰⁵¹ MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 201.

exagerar en el relato, y el requisito es que lo relatado sea una simulación como un todo.

En esta línea, el indicio de exageración se refiere a un indicador de simulación de un relato simulado, que nos permite tener cierto nivel de certeza sobre la intencionalidad de mentir del denunciante. Para que quede claro, el indicio *histrionalis* es un indicio de dolo de aquello que es falso, más no un presupuesto de simulación de aquello que es verdadero.

Por otro lado, la *incongruentia* se refiere a un indicio de contradicción, es decir, que en el relato fáctico se constaten elementos discordantes, incluso excluyentes¹⁰⁵².

N) *Qui bono*

Sin perjuicio de que se consideren como indicios post-fácticos al *lucrum* (lucro), *obstaculum* (impedimentos) y *sigillum* (sigilo)¹⁰⁵³, considero que el mejor indicio de dolo post-factico es el *qui bono*, es decir, verificar a quién beneficia la conducta, esto es, si el simulador se ve beneficiado notablemente de su conducta típica y aprovecha todo aquel beneficio, entonces claramente actuó con dolo, pero además, consumó y agotó su delito.

¹⁰⁵² MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 201.

¹⁰⁵³ MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 202, 203 y 204.

CAPÍTULO IX

ITER CRIMINIS Y MODALIDADES ESPECIALES

I. Fases del *iter criminis*

Si bien ha quedado explicada la mayor parte del contenido del delito simulado, existen otros elementos de importante reflexión que no pueden ser ignorados. Algunos de estos no merecen mayor espacio en esta investigación, pero si ser mencionados para evitar confusiones y permitir que este estudio sea completo.

Este es el caso del *iter criminis* o el «camino del delito», que en palabras del insigne maestro JIMÉNEZ DE ASÚA es la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde su ideación hasta su agotamiento. El *iter criminis* estudia todo lo que ocurre desde que la idea delictiva nace en la mente de la persona hasta que tras ejecutarlo lo consuma y agota¹⁰⁵⁴. Es fundamental tomar en cuenta que el *iter criminis* estudia el delito doloso únicamente, por cuanto el delito imprudente no tiene un camino consciente describible¹⁰⁵⁵.

El *iter criminis* tiene dos fases fundamentales, la fase interna y la fase externa, que es lo que veremos a continuación, para verificar, en cada una de estas, como se podría, hipotéticamente, configurar el *iter criminis* del delito simulado, lo cual tiene especial relevancia en cuanto a verificar algo que a los abogados y jueces les suele costar constatar: la ejecución, la consumación, el agotamiento, pero además y muy importante, la tentativa punible.

¹⁰⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, Tomo IV, 2da edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 217.

¹⁰⁵⁵ GIL GIL, Alicia, en GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDO, Mariano; y, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2011, pág. 317.

A) Fase interna

La fase interna es aquella en que la idea de delinquir nace en la mente del sujeto, quien pasa por un proceso de ideación, deliberación y resolución, pero sigue siendo una mera idea, y las ideas no delinquen ni son punibles¹⁰⁵⁶.

Como decía ROSSI: “*El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre[...]*”¹⁰⁵⁷. En este sentido, estamos frente a la misma idea de delinquir, pero esta no es punible. Sin dudarlo, me atrevo a decir que todos y cada uno de nosotros hemos pensado, y muy seriamente, en delinquir, más de una vez en nuestras vidas, sin embargo, en el proceso interno de nuestra mente, hemos optado por rechazar la idea, aunque la sola idea de su comisión hubiese resultado placentera. Por eso ULPIANO creó la vieja máxima latina *cogitationis poenam nemo patitur*¹⁰⁵⁸ y CICERÓN decía *liberae sunt cogitationes nostrae*¹⁰⁵⁹.

Ahora bien, en cuanto al delito simulado, puede surgir por varias razones, como vimos en el correspondiente capítulo, como puede ser para buscar fama, buscar indemnizaciones que solo son destinadas a las víctimas de tal o cual delito, mantener distraídas a las autoridades, o incluso auto encubrirse.

Sin perjuicio de cuál fuere el móvil, lo relevante en esta primera fase es que la idea de simular una infracción, ya sea denunciando una inexistente o simulando ser responsable o víctima, debe surgir en la mente de la persona, ya

¹⁰⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, Tomo IV, 2da edición, op. cit. págs. 217 y 218.

¹⁰⁵⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, Tomo IV, 2da edición, op. cit. pág. 218.

¹⁰⁵⁸ Los pensamientos no son punibles.

¹⁰⁵⁹ Nuestros pensamientos son libres.

que su comisión no puede responder a actos reflejo o instintivos, sino a decisiones conscientes y voluntarias, puesto que sólo así podemos atribuir un «acto» a determinada persona.

Para concluir esta primera parte: a la persona se le ocurre que debe simular un delito y a sabiendas de que el mismo está penado por ser un acto antijurídico -aunque no conozca con exactitud el art. 457 del Código Penal- resuelve cometerlo, pero mientras sigue siendo una simple idea, decidida, pero una idea, no exteriorizada, seguimos en la fase interna. En el caso del art. 457 del Código Penal, la fase interna no está penada.

B) Resoluciones manifestadas

Desde mi punto de vista, las resoluciones manifestadas marcan el fin de la fase interna y el inicio de la fase externa, la cual está compuesta por distintas etapas, como lo explicaré prontamente, sin embargo, JIMÉNEZ DE ASÚA considera que entre la fase interna impune y la externa, existen dos zonas intermedias: 1. Resoluciones manifestadas; y, 2. Delito putativo¹⁰⁶⁰.

A las resoluciones manifestadas se las puede estudiar desde la proposición, la conspiración y el complot. En estas tres posibilidades no tenemos actos externos materiales, sino actos externos meramente verbales¹⁰⁶¹.

Para que se entienda, hay resoluciones manifestadas cuando exteriorizo la idea que surgió en la fase interna, y verbalmente la hago conocida y externa, sin

¹⁰⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, Tomo IV, 2da edición op. cit. pág. 226.

¹⁰⁶¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, Tomo IV, 2da edición, op. cit. pág. 226.

embargo, no se hacen actos materiales de preparación, sino que seguimos ante meras ideas -o incluso planes- que no se han materializado de forma alguna.

Es normal que las resoluciones manifestadas sean una etapa del *iter criminis* fácilmente identificable cuando se trata de proposiciones o conspiraciones, ya que en estos casos obligatoriamente se requiere de la participación de más de una persona, empero, esta es una etapa de la fase externa no punible, que ni siquiera pueda ser considerada para identificar una tentativa, por cuanto no entran en el núcleo del tipo penal¹⁰⁶² ni le son atribuibles, por consiguiente, ninguno de los elementos del tipo penal, que como vimos en el anterior capítulo, son: bien jurídico protegido, verbo rector, elemento objetivo, elemento subjetivo. Así es clara la vieja máxima que establece que *consilium habuisse non nocet, nisi et factum secutum fuerit*¹⁰⁶³.

Como paréntesis se debe aclarar que sí existen casos en que se llega a hacer punible una resolución manifestada, así sucede en los casos del Derecho Penal del Enemigo¹⁰⁶⁴, en el que se adelanta la punibilidad para neutralizar un peligro.

Se debe cuidar que la resolución manifestada sea pura, es decir, se debe analizar según cada tipo penal, por cuanto existen delitos que penan las conductas transmitidas por expresiones verbales, como la apología del delito o la proposición, o la sola conspiración contra el Rey.

¹⁰⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, Tomo IV, 2da edición, op. cit. pág. 227.

¹⁰⁶³ No es castigable un consejo (para delinquir) si no va seguido de un acto (delictivo).

¹⁰⁶⁴ Ver: CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*, Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, N° 44, 2002, págs. 19-26.

Para tener esto claro, resolución manifestada es la exteriorización de la idea delictiva, tal cual como decir a un amigo: “que te parece si simulamos el robo de tu choche para que el seguro te de uno nuevo, y el viejo lo escondemos en mi casa unos meses para luego venderlo”. Esta sola proposición no es punible, ni siquiera pone en peligro un bien jurídico protegido, es una simple y llana resolución manifestada.

Para no dejar un cabo suelto, al delito putativo al que se refiere JIMÉNEZ DE ASÚA es aquel en que existe una especie de error de tipo anticipado, en el que el sujeto que se manifiesta no sabe que lo que manifiesta no puede ser ni aún ejecutado, típico. Por ejemplo el sujeto que propone a sus hermanos robar el coche de su padre que nunca los reconoció, cuando no saben que el coche está nombre de los hermanos por voluntad del padre. El delito de robo recae sobre cosas ajenas, más no las propias, por lo que esa resolución manifestada ni siquiera versa sobre delinquir, y si lo hicieren efectivamente, habría error de tipo.

Es importante considerar que no en todos los casos existe esta etapa de resoluciones manifestadas, por cuanto cuando el simulador actúa solo, se salta, directamente de la fase interna a la fase externa de actos preparatorios, que veremos en el siguiente subcapítulo.

Para concluir esta segunda parte: a la persona se le ocurre que debe simular un delito y a sabiendas de que el mismo está penado por ser un acto antijurídico -aunque no conozca con exactitud el art. 457 del Código Penal- resuelve cometerlo, busca un cómplice y exterioriza la idea, pero sigue siendo una mera idea, exteriorizada ya, pero una simple idea. En el caso del art. 457 del Código Penal, las resoluciones manifestadas no están penadas.

C) Actos preparatorios

Para JIMÉNEZ DE ASÚA -he optado por usar un clásico para explicar conceptos clásicos- con los actos preparatorios empieza la fase externa del *iter criminis*¹⁰⁶⁵, sin embargo, no coincido con el gran tratadista y considero que realmente empezó con las resoluciones manifestadas, por lo que sin temor asevero: la fase externa se divide en dos categorías: 1. Fase externa no punible; y, 2. Fase externa punible.

La fase externa no punible empieza con las resoluciones manifestadas y la fase externa punible empieza con los actos preparatorios. Los actos preparatorios son la exteriorización materializada en actos que sirven para ejecutar el delito tal cual fue ideado y manifestado. Así, por ejemplo, quien planea matar a su vecino, como acto preparatorio comprará el arma, vigilará a su objetivo para conocer sus horarios, etc.

Los actos preparatorios son actos exteriorizados que no deben ser punibles porque no ponen *per se* en peligro bien jurídico protegido alguno, menos aún lo lesionan. En el caso anteriormente mencionado, la persona que planea matar a su vecino puede comprar el arma y prepararlo todo y, sin embargo, decidir no hacerlo, o incluso puede morir de un infarto antes de hacerlo, o su vecino puede morir en un accidente de tránsito antes de que ejecute su plan. Es decir, los actos preparatorios, en un Estado en el que por principio prima una Derecho Penal de mínima intervención, no deben ser punibles.

¹⁰⁶⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, Tomo IV, 2da edición, op. cit. pág. 241.

La regla general es que los actos preparatorios no son punibles, sin embargo, esta es una de aquellas reglas que tienen su excepción. Se trata de los casos en que la misma ley dispone un adelantamiento de la punibilidad a etapas anteriores a la de ejecución -etapa que veremos en el siguiente subcapítulo- , como es el caso de la asociación ilícita, que se sanciona por el solo hecho de la organización de la partida sin importar que no hubieren cometido el delito para el que se asociaron.

En el caso del delito simulado, según cada caso tendría que considerarse cual es el acto preparatorio, sin embargo, podríamos ejemplificar con lo siguiente: se consideraría acto preparatorio la redacción de la denuncia escrita, su impresión, incluso el ir a presentarla, pero hasta ahí llega. Una vez que se presenta entramos a la etapa de ejecución.

Para concluir esta tercera parte: a la persona se le ocurre que debe simular un delito y a sabiendas de que está penado por ser un acto antijurídico -aunque no conozca con exactitud el art. 457 del Código Penal- resuelve cometerlo, busca un cómplice y/o exterioriza la idea, acto seguido, por ejemplo, redacta la denuncia cuyo contenido narra infracciones inexistentes y la imprime. En el caso del art. 457 del Código Penal los actos preparatorios no están penados.

D) Ejecución

La etapa de ejecución es la más importante del *iter criminis*, pues es la que marca la autorización de aplicabilidad del *ius puniendi* en las conductas humanas. La ejecución es la acción u omisión típica, es decir, es la ejecución de la conducta que se encuentra sancionada por la ley.

Así, en el delito de homicidio, no basta con que se compre el arma de fuego, se la cargue con munición, se la rastrille para que este lista para disparar, se la apunte a la cabeza del vecino y se ponga el dedo en el gatillo. En las conductas expuestas seguimos en actos preparatorios, y para entrar a la etapa de ejecución es indispensable una sola acción: que efectivamente se jale el gatillo. Sólo cuando el gatillo ha sido jalado se ejecuta la acción.

La relevancia de esta etapa está en que nos permite determinar con claridad la punibilidad de la conducta subsumida a un tipo penal, pero además, es la que marca la posibilidad de no imputar un delito consumado, sino más bien una mera tentativa.

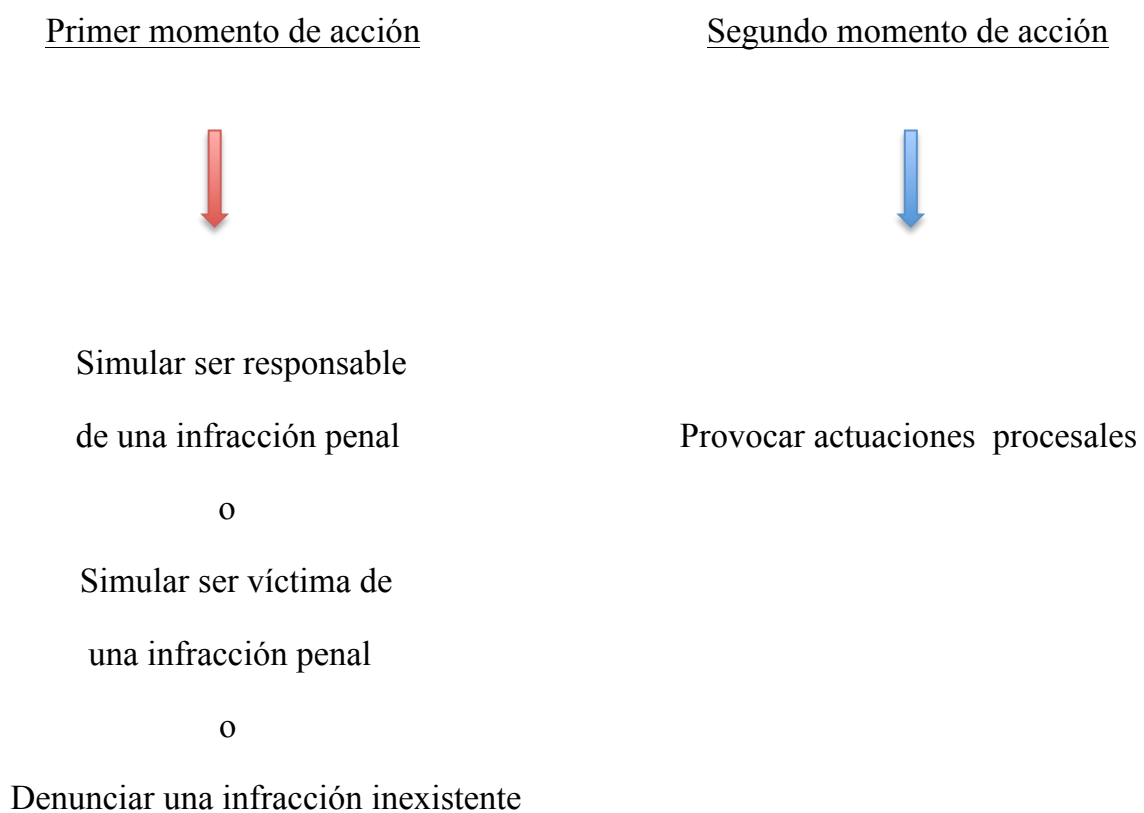
La tentativa forma parte de la ejecución como acción u omisión, por lo que, si no ha existido ejecución no puede existir tentativa. Así, si el ejecutante dispara y el proyectil no mata al vecino, sino que únicamente le produce una parálisis facial perpetua tras impactarle en una zona no mortal del cerebro, estaríamos frente a una tentativa de homicidio.

Es decir, la ejecución es la conducta que efectivamente pone en peligro real el bien jurídico protegido ajeno, el cual puede quedar en mero peligro o terminar en resultado lesivo. Esto permite deducir que la simple ejecución no conlleva a la garantía de la consumación del delito.

Ahora bien, la ejecución no siempre es pura o mejor dicho, no siempre esta compuesta por un único momento de acción. Podría ser que se necesiten de varios momentos de acción para que se complete la ejecución, empero, en

materia penal, basta con que se haya iniciado la ejecución para que ésta etapa se entienda realizada.

Así, tenemos el claro ejemplo del delito simulado, que tiene dos momentos de acción, que por fines didácticos volveré a graficar con el esquema previsto por POLAINO-ORTS¹⁰⁶⁶:



¹⁰⁶⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial* op. cit. pág. 399.

Queda claro que la ejecución en el delito simulado empieza con un primer momento de acción, por lo que se entiende que el segundo momento de acción podría no llegar a ocasionarse.

Ya verificamos que varios autores erraron al aseverar que provocar actuaciones procesales es el resultado de la acción de simular, por cuanto en realidad provocar actuaciones procesales forma parte de la acción, como presupuesto indispensable para ocasionar verdaderos resultados materiales.

Consecuentemente surgen dos posibilidades: 1. Que los dos momentos de acción se cumplan en la ejecución, por lo mismo, que estemos frente a un delito consumado; y, 2. Que el segundo momento de acción no llegue a suceder y que por lo mismo estemos frente a un caso de tentativa.

El aspecto de la tentativa resulta tan complejo que dedicaré en este mismo capítulo un subcapítulo completo a su estudio, por lo que me limitaré por el momento a decir que al parecer la tentativa será de fácil identificación en el caso del delito simulado por estar su etapa ejecutiva compuesta por dos momentos al tratarse de un delito cuya estructura es compleja.

Es importante recordar que el delito simulado nos presenta un panorama poco común: la ejecución del delito está estructurada en dos momentos, en cuyo primer momento el dominio funcional de la acción corresponde al simulador y en cuyo segundo momento el dominio funcional de la acción corresponde a la autoridad judicial o administrativa¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 812.

Para que no exista tentativa y que la ejecución sea completa, se requiere que la segunda parte de la ejecución sea ejecutada por la misma Administración de Justicia, ya que “provocar actuaciones procesales” es una provocación ejecutada por la Autoridad que tiene la obligación de investigar lo simulado.

La etapa de ejecución del delito simulado entonces podrá ser: 1. Denunciar un delito inexistente; 2. Simular ser víctima; 3. Simular ser autor; y, 4. Provocar actuaciones procesales.

Para concluir esta cuarta parte: a la persona se le ocurre que debe simular un delito y a sabiendas de que está penado por ser un acto antijurídico –aunque no conozca con exactitud el art. 457 del Código Penal– resuelve cometerlo, busca un cómplice y/o exterioriza la idea, acto seguido, por ejemplo, redacta la denuncia cuyo contenido narra infracciones inexistentes y la imprime, para posteriormente presentarla oficialmente ante la autoridad judicial o administrativa descrita en el art. 456 CP provocando o no actuaciones procesales. En el caso del art. 457 del Código Penal la etapa de ejecución es la que precisamente está penada.

Se debe tomar en cuenta que no es lo mismo simular que falsificar, en este sentido, se entiende que se simula cuando intencionalmente la relación circunstanciada de los hechos no corresponde con la realidad, es decir, cuando los hechos que dan forma al Derecho son falsos y provocan actuaciones procesales.

Por otro lado, tenemos la falsificación, esto es, cuando para probar lo simulado, se fabrican pruebas, lo cual puede ser en cuanto a lo material que

provocaría una estafa procesal o a lo testimonial que provocaría un falso testimonio. Como bien dice FERREIRA, una cosa es simular la prueba y otra falsearla¹⁰⁶⁸.

En el delito simulado se simula la prueba, más no se la falsea, por lo que cuando hablamos de simulación de prueba nos referimos realmente a la simulación de todo el proceso encaminado a la falsa verdad pretendida. Se simula el medio probatorio cuando se fingen razonamientos o instrumentos, con los que se pretende reproducir en la mente judicial como verdad lo que no lo es, como por ejemplo cuando se cita a personas como testigos cuando en realidad no lo fueron o incluso pueden ni existir¹⁰⁶⁹.

Como se dijo, cosa muy distinta es la falsificación de prueba, que significa adulterar, corromper, contrahacer lo que es verdad, de manera que se falsifica lo que tiene existencia¹⁰⁷⁰, mientras que cuando se simula se simula desde la inexistencia. Se falsifica la prueba que está ahí, que tiene cuantificación propia, valorable, y se lo hace para darle una dimensión diferente con el objetivo de lograr una evaluación probatoria a conveniencia¹⁰⁷¹.

Por especialidad, cuando se trata de falsedad del testimonio no se aplica el art. 457 CP sino los tipos penales detallados en los arts. art. 458 a 462 del CP; igualmente, cuando se trata de falsedad de pruebas se puede incurrir tanto en falsedades documentales (arts. 390 a 399 CP) como en el delito de estafa

¹⁰⁶⁸ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 490.

¹⁰⁶⁹ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 491.

¹⁰⁷⁰ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 492.

¹⁰⁷¹ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 492.

procesal (art. 250.1.7 CP¹⁰⁷²), que sería el más aplicable al caso descrito que permite verificar claramente la diferencia dogmática como legal entre falsedad/falsificación y simulación.

E) Consumación

Es importante entender que la consumación es un elemento de extrema relevancia para la determinación de la tentativa, puesto que, si una conducta típica fue ejecutada pero no consumada, entonces nos enfrentamos a un delito intentado y sancionamos por lo intentado, más no por lo consumado, lo cual hace que la pena varíe significativamente.

En realidad, la consumación no es una etapa/fase del *iter criminis*, pues el camino del delito acaba en la ejecución, no obstante, la consumación es el resultado del *iter criminis*, sin el cual el solo estudio del *iter criminis* resultaría vano.

Entonces, tenemos consumación cuando el delito pensado, manifestado, preparado y ejecutado llega al resultado material ideado, manifestado y preparado a través de lo ejecutado. Así, el individuo que decide robar un banco, organiza a sus amigos para dicho acto, compra las armas y elabora el plan, para finalmente ejecutarlo robando un millón de euros de la bóveda del banco, habría

¹⁰⁷² Código Penal. España. Artículo 250.-

1. *El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:*

[...]

7.º *Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.*

consumado el delito, es decir, la ejecución fue exitosa conforme a lo deseado en la fase interna.

Ahora bien, si una vez en el banco no consiguen robar por que los sistemas de seguridad del banco frustran el asalto, y armados son capturados en el interior del banco, tenemos un robo ejecutado, pero no consumado, por lo mismo, un robo intentado.

En este mismo sentido el delito simulado se consumará únicamente cuando el segundo momento de la acción es ejecutado por la autoridad judicial o administrativa, esto es, cuando se provocan actuaciones procesales y de este modo se lesiona el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

Aquí cabe recordar que «provocar actuaciones procesales» no es análogo a «causar la muerte» en un homicidio, por cuanto «causar la muerte» es el resultado (consumado) de por ejemplo, «jalar el gatillo», mientras que «provocar actuaciones procesales» no es el resultado, sino la acción, equivalente a «terminar de jalar el gatillo» y por lo mismo el análogo de «causar la muerte» para hablar de consumación es «lesionar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia».

En otras palabras, la consumación es el requisito indispensable en un Derecho Penal de *ultima ratio* para que se pueda asegurar que se ha dado cumplimiento al principio de lesividad.

Para concluir esta quinta parte: a la persona se le ocurre que debe simular un delito y a sabiendas de que está penado por ser un acto antijurídico –aunque

no conozca con exactitud el art. 457 del Código Penal- resuelve cometerlo, busca un cómplice y/o exterioriza la idea, acto seguido, por ejemplo, redacta la denuncia cuyo contenido narra infracciones inexistentes y la imprime, para posteriormente presentarla oficialmente ante la autoridad judicial o administrativa descrita en el art. 456 CP provocando actuaciones procesales, y de este modo lesionando efectivamente el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

F) Agotamiento

El agotamiento es la realización perfecta de lo ideado en la fase interna y tampoco forma parte del *iter criminis* pero es importante para analizar el delito como un todo.

Podemos decir que un delito está agotado cuando la consumación ha dado cabal cumplimiento con el móvil e intención del ejecutante, así, en el caso del robo del banco, consideraremos que el delito se ha agotado si una vez consumado, consiguen llevarse el millón de euros a un sitio seguro, para distribuírsele y enriquecerse ilegalmente de este modo.

Para tener clara la idea, en caso de que los ladrones del banco consumen el delito robando efectivamente el millón de dólares, pero una vez en camino a su “sitio seguro” fueran interceptados por la policía, se entendería que el delito fue consumado pero nunca agotado, pues de nada les sirvió consumir el robo, y el millón de dólares regresaría íntegramente al banco y ellos serán procesados por el delito cometido.

Entonces, no puede existir agotamiento sin consumación, pero si puede existir consumación sin agotamiento.

Para concluir esta sexta y última parte: a la persona se le ocurre que debe simular un delito y a sabiendas de que el mismo está penado por ser un acto antijurídico -aunque no conozca con exactitud el art. 457 del Código Penal- resuelve cometerlo, busca un cómplice y/o exterioriza la idea, acto seguido, por ejemplo, redacta la denuncia cuyo contenido narra infracciones inexistentes y la imprime, para posteriormente presentarla oficialmente ante la autoridad judicial o administrativa descrita en el art. 456 CP, provocando actuaciones procesales, y de este modo lesionando efectivamente el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, consiguiendo su objetivo, ideado en la fase interna.

G) *Iter criminis* incompleto

Previo a entrar a estudiar la tentativa que en esta materia esta revestida de cierta complejidad, es importante considerar que el *iter criminis* es un estudio ideal del camino del delito, más no puro, por cuanto dogmáticamente nos permite, como hemos visto, diseccionar las conductas típicas en dos fases y cuatro etapas principales, mientras que en los casos prácticos nos enfrentamos a tres alternativas:

1. Que el *iter criminis* sea fácilmente identificable en cada una de sus etapas: como en los casos previstos (aunque vale decir que la fase interna es tan íntima que difícilmente se la identifica con claridad).
2. Que exista un *iter criminis* incompleto, es decir, que una de las etapas simplemente no exista: no es obligatorio que se transite por cada una de las etapas del camino del delito, así, por ejemplo: un policía que llega a su

casa y encuentra a su mujer yaciendo con otro hombre y en el humano arrebatado de ira saca su arma y mata al amante. No podemos aseverar que hubo resoluciones manifestadas y menos verdaderos actos preparatorios (a más que se quiera considerar sacar el arma y rastrillarla como acto preparatorio, que no es, porque el acto preparatorio debe ser minucioso y razonado para un fin prediseñado), sino únicamente fase interna y ejecución.

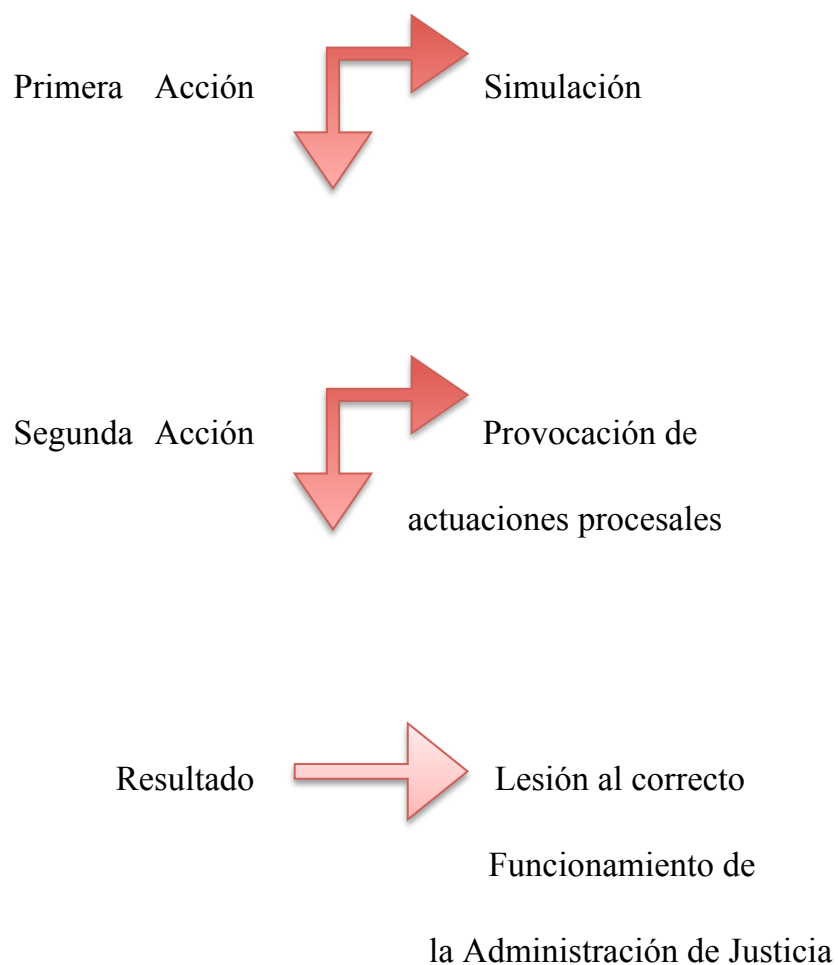
3. Que sea imposible verificar el *iter criminis* sino únicamente la etapa de ejecución: existen casos en que no es posible diseccionar las etapas del *iter criminis*, y aunque existan las distintas etapas, nos quedamos con un *iter criminis* incompleto.

En el caso de la simulación de un delito podríamos caer en cualquiera de las formas antes descritas, aunque si se trata de una denuncia escrita, será más sencillo fragmentar cada una de las etapas tal cual como se lo ha realizado en el transcurso de este capítulo.

Una vez verificado el *iter criminis* como base de la tentativa, es momento de dar forma a la idea principal, para que no parezca que ésta ha sido meramente retórica y sin fin, sino para que se verifique que el problema de la tentativa es muy complejo, sobre todo porque hasta el día de hoy existen demasiadas opiniones encontradas sobre la tentativa del delito simulado.

II. Tentativa

Para empezar este tema es inevitable repetir el cuadro elaborado en el capítulo anterior para tenerlo de punto de partida:



Como se recordará, es primera acción o primer momento de acción que aquí he denominado llanamente como «simulación» puede estar compuesto por: a) simular ser víctima de una infracción penal; b) simular ser responsable de una infracción penal; y, c) denunciar una infracción penal inexistente.

Ya discutimos lo suficiente para determinar de forma irrefutable que provocar actuaciones procesales no es el resultado material del delito simulado como RODRÍGUEZ MOURULLO¹⁰⁷³ y otros sostienen, sino que es un segundo momento de la acción, que forma parte de la ejecución como etapa del *iter criminis* como defiende VIVES ANTÓN. Sin duda, estamos frente a un delito de resultado¹⁰⁷⁴.

La Corte Suprema ha establecido que se requiere de forma inexcusable que se efectúen actuaciones procesales para que se entienda que ha existido delito simulado¹⁰⁷⁵, no obstante la STS de 15 de marzo de 1958 ha determinado que para la consumación de este delito se necesita que se haya practicado una actuación procesal y, la STS de 31 de octubre de 1973 ha determinado que en la simulación de delitos no cabe la tentativa¹⁰⁷⁶.

La STS de 31 de octubre de 1973 ha sido correctamente rebatida por el Juez ponente BACIGALUPO ZAPATER en la STS de 17 de mayo de 1993, en la cual, refiriéndose a la naturaleza de la provocación de actuaciones procesales, adecuadamente motiva lo siguiente:

La segunda cuestión que aquí se presenta concierne al significado de la «motivación de una actuación procesal», que requiere el art. 338¹⁰⁷⁷ CP. Es

¹⁰⁷³ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, op. cit., pág. 811.

¹⁰⁷⁴ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 159.

¹⁰⁷⁵¹⁰⁷⁵ STS de 29 de enero de 1953; STS de 10 de diciembre de 1954; STS de 04 de noviembre de 1955; STS de 24 de febrero de 1956; STS de 09 de diciembre de 1949; STS de 24 de mayo de 1957.

¹⁰⁷⁶ MARES ROGER, Francisco; y, MARTÍNEZ LLUESMA, Joaquín, en GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. pág. 199.

¹⁰⁷⁷ Nuevamente recordemos que en el Código Penal de 1973 el delito simulado se encontraba tipificado en el Art. 338 y no en el Art 457 como actualmente lo está.

sabido que ocasionalmente se ha sostenido que se trata de una condición objetiva de punibilidad. Este punto de vista tendría por consecuencia que el tipo penal quedaría reducido a la pura actividad de realizar la denuncia del delito simulado, lo que impediría, a quienes piensan que los delitos de estas características excluyen la tentativa, reprimir el simple intento de denuncia de delito simulado. Dicho de otra manera: la acción de denunciar un delito simulado sería ya constitutiva de toda la ilicitud y resultaría punible si se producen actuaciones procesales. En el presente caso, este punto de vista determinaría la absolución del procesado. En efecto, si «motivación de actuación procesal» fuera una condición de punibilidad, en el caso que ahora se juzga no se habría producido y, en consecuencia, el hecho, aunque típico, antijurídico y culpable, no resultaría punible [...]

Pero la única razón que podría fundamentar la tesis de la condición objetiva de punibilidad en este delito se vincula con una cierta «interrupción de la causalidad», entre la acción (denuncia) y el resultado (la actuación procesal), producida por la necesaria intervención de la autoridad que debe ordenar la actuación. Si este punto de vista se aceptara, con la generalidad que refleja dicha argumentación es indudable que la disposición patrimonial en la estafa (art. 528 CP) se debería considerar una condición objetiva de punibilidad de la estafa y la ejecución del hecho por el inducido, una condición de punibilidad de la inducción. Pero, el propio derecho positivo desautoriza tales puntos de vista, dado que nadie ha propuesto que la estafa sea considerada un delito de pura actividad sometido a una condición de punibilidad, y el propio texto de la ley sanciona en la provocación sin éxito (art. 4, II CP) que, en verdad, es una inducción intentada o frustrada [...]

Consecuentemente, nada se opone a que la actuación procesal que debe haber motivado la denuncia del delito simulado sea considerada como el resultado de la acción. Esta tesis se ve apoyada, por lo demás, por razones materiales, que, en última instancia, son las que deben decidir sobre esta cuestión. En este sentido resulta claramente comprensible que la necesidad político criminal de la pena de este delito no depende de que se haya 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 (coincidentalmente SSTS 2-5-1970 y 31-10-1973) en el art. 338 CP¹⁰⁷⁸.

No cabe duda que sí cabe la tentativa en este delito, por cuanto el art. 16 del Código Penal es muy claro: “1. *Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*”¹⁰⁷⁹.

Como quedó demostrado, el delito simulado está compuesto por dos momentos de acción, por lo mismo, irrefutablemente el acto de simular o de denunciar una infracción inexistente ya es «dar principio a la ejecución del delito» y además es «practicar parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado» por lo que, si no se produce el segundo momento de acción, es decir, si a pesar de la simulación no se provocan actuaciones procesales, las cuales deben ser ejecutadas por la Administración de Justicia, entonces, evidentemente se cumple que «el resultado no se produce por causas independientes a la voluntad del autor».

Sólo basta con entender que el Art. 457 es un tipo penal complejo estructurado en dos momentos de acción para concluir, sin la menor duda, que la tentativa cabe, y que esta es posible únicamente cuando se ha ejecutado la simulación ante autoridad competente y por alguna razón ajena a la voluntad del simulador no se efectuaron actuaciones procesales.

¹⁰⁷⁸ STS de 17 de mayo de 1993. Ponente Sr. Bacigalupo Zapater.

¹⁰⁷⁹ Art. 16.1. Código Penal. España.

Es importante considerar que la tentativa es aplicable a actos idóneos para alcanzar un resultado, por lo mismo, la simulación deberá ser idónea conforme se la explicó en el capítulo respectivo.

En el desarrollo dogmático de la tentativa, M.E. MAYER es esclarecedor: el dolo es el elemento esencial de la tentativa por cuanto lo característico de la tentativa es el fracaso de la realización del dolo. Por eso, si alguien tuviese seriamente el dolo de llegar sólo hasta tentativa quedaría impune, porque un “dolo” de tentativa no es dolo¹⁰⁸⁰.

La tentativa se encuentra en medio camino a la consumación, por eso es considerado un *crimen in itinere*¹⁰⁸¹. En el caso del delito simulado, este se considera como un delito de resultado¹⁰⁸² por lo que en ámbito de ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la *notitia criminis* simulada no llega a producir una actuación procesal (así STSS de 20 de septiembre de 1991; 17 de mayo de 1993; 20 de noviembre de 1995; 21 de octubre de 1996; y, 9 de enero de 2003)¹⁰⁸³, por lo que si tras la simulación conforme al Art. 457 CP no se llega a producir actividad procesal alguna, ello no supondría la atipicidad de la conducta, sino únicamente su calificación como delito intentado¹⁰⁸⁴. Y así lo considera POLAINO-ORTS, ya que correctamente sostiene que sí cabe la tentativa, y que incluso no cabe la retractación, “*por cuanto provocar actuaciones*

¹⁰⁸⁰ MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal, Parte General*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 25, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, pág. 426.

¹⁰⁸¹ MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal, Parte General*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 25, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, pág. 427.

¹⁰⁸² SOTO NIETO, Francisco, *Simulación de delito. Significado de «actuación procesal»*, op. cit. pág. 2.

¹⁰⁸³ SOTO NIETO, Francisco, *Simulación de delito. Significado de «actuación procesal»*, op. cit. pág. 2.

¹⁰⁸⁴ SOTO NIETO, Francisco, *Simulación de delito. Significado de «actuación procesal»*, op. cit. pág. 2.

*procesales no constituye el resultado material del delito, sino que forman parte de la acción típica*¹⁰⁸⁵.”

Por último, es importante mencionar que ya comprobamos que no únicamente hay simulación cuando se lo hace ante autoridad judicial, sino también administrativa, y la Policía Judicial, como órgano de las Fuerzas de Seguridad del Estado, pertenece a la Administración del Estado como un organismo de apoyo investigativo de la Función Judicial, por lo que son erradas las jurisprudencias que dicen que hay tentativa cuando se denuncia ante la Policía Judicial pero nunca llega a un órgano de Administración de Justicia (SS de 01 de junio de 1951; 4 de noviembre de 1955; y, 16 de mayo de 1975)¹⁰⁸⁶.

III. Modalidades especiales de simulación

Existen anómalas modalidad de simulación, las cuales deben ser mencionadas para poder determinar si son o no típicas, las cuales serán explicadas a continuación.

C) Simular causas de justificación

También es posible simular causas de justificación, es decir, denunciar, por ejemplo, haber asesinado a un ladrón durante la noche, al defenderse, no

¹⁰⁸⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. op. cit. pág. 402.

¹⁰⁸⁶ SS de 01 de junio de 1951; 4 de noviembre de 1955; y, 16 de mayo de 1975, citadas en PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CÁRDENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. págs. 226 y 227.

obstante, no se trataba de un ladrón, sino de un amigo con quien se tuvo una desavenencia.

De este modo se podría simular o aseverar en una investigación cualquier causa de justificación, no obstante, no estaríamos frente a un caso de simulación de delito, por cuanto el Art. 457 es muy claro, lo que debe simularse es ser autor o víctima de un delito, o, en su defecto, denunciar un delito que se sabe inexistente, por lo que si se incorpora la falsedad de una causa de justificación inexistente, eso no variaría que el delito hubiese ocurrido o no en realidad.

Por ejemplo, en el caso propuesto, el denunciante sí mató a su amigo, por lo que no hay simulación. Por lo mismo, deberá descartarse esta modalidad como una posible simulación conforme al Art. 457

D) Auto-encubrimiento

Es perfectamente posible que alguien simule un delito como un medio para auto-encubrirse, y sin perjuicio de que el encubrimiento ya se desarrolló con detenimiento en un capítulo aparte, es importante considerar que la simulación puede ser un auto-encubrimiento. ¿Cómo? Por ejemplo: Juan, tras una noche de fiesta y mucho consumo de alcohol, se quedó dormido regresando a su casa mientras conducía su coche, por lo que lo impactó contra un coche estacionado. Al día siguiente, para evitar ser procesado por la conducta típica en la que incurrió, denuncia que su coche fue robado la noche anterior y así deslinda cualquier responsabilidad.

Claramente lo que Juan pretende es que se piense que fue un ladrón quien impactó el coche. Entonces, el auto-encubrimiento es el delito fin, y la simulación el delito medio.

Otro caso podría ser el de aquel que con la finalidad de hacer desaparecer la contabilidad de su empresa para no ser auditado por la Hacienda, queme su propia oficina, denunciando posteriormente este hecho, o como PALOMO DE ARCO propone, podría tratarse de un caso en el que se denuncia un hurto inexistente para ocultar la apropiación o malversación en que se ha incurrido¹⁰⁸⁷.

Los casos de auto-encubrimiento han sido tratados en la STS de 05 de junio de 1995 (Ponente: Sr. Hernández Hernández) y STS de 23 de diciembre de 1995¹⁰⁸⁸, y sin duda estaríamos frente a un caso típico conforme al Art. 457 del Código Penal.

IV. Prejudicialidad

Uno de los elementos más relevantes en el delito simulado es la prejudicialidad de lo penal a lo penal, por cuanto, cabe hacerse una simple pregunta: ¿Cómo pruebo una simulación de delito si en el proceso iniciado mediante simulación tal simulación no se ha declarado constatado? Para que el delito se presuma simulado, tiene que haber sido sentenciado y juzgado como tal, habiendo ganado firmeza la resolución que así lo declara, es decir, no será

¹⁰⁸⁷ PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 228.

¹⁰⁸⁸ GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. pág. 180.

posible perseguir un delito simulado sino hasta que conste revisada la sentencia anterior¹⁰⁸⁹.

FERREIRA DELGADO, refiriéndose al Derecho Penal colombiano, sostiene en este sentido lo siguiente:

El delito de falsa denuncia ha concurrido siempre que el delito denunciado falsamente, como un problema prejudicial. La *falsa imputación* se agota en el momento de la denuncia fraudulenta o falsa. Pero mientras que el delito denunciado no se investigue y falle, en forma definitiva, no habrá posibilidad jurídica de decir que “no se ha cometido” por quien fue denunciado. El fallo del segundo es requisito que integra la tipicidad de aquel. Aplicando normativas vigentes sobre procedimientos al respecto, el fallo de la falsa imputación se detiene prudencialmente hasta cuando se falle el delito denunciado y se califique al denunciado como persona que no lo ha cometido. El fenómeno de prescripción de su acción corre inmisericordemente, como el tiempo mismo, y entre tanto no se puede remediar, como tampoco tiene remedio el que nos volvamos viejos¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁹ GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. pág. 180.

¹⁰⁹⁰ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, op. cit. pág. 487.

CAPÍTULO X
PROBLEMAS CONCURSALES

I. Generalidades en materia concursal en España

En materia concursal, analizada desde su punto de vista más relevante, éste es, desde el ámbito normativo, encontramos en España su expresa regulación en el art. 8 CP y en los arts. 73 al 79 del CP.

Específicamente tanto en la norma como en la doctrina, existen dos clases macro de concursos: concurso de leyes y concurso de delitos. En la primera se analizarán específicamente los criterios normativos para la aplicación de una ley sobre las otras en conflicto; mientras que en la segunda se analiza la pena aplicable para un sujeto que en un acto –podría ser también en varios actos continuados- ejecuta varios delitos¹⁰⁹¹.

STRATENWERTH sostiene, correctamente, lo siguiente:

Si el autor realiza con su conducta solo un tipo penal, la correspondiente amenaza penal determina inequívocamente el marco dentro del cual ha de mantenerse la sanción; todo lo demás, especialmente la determinación de la pena, pertenece a la teoría de las consecuencias del injusto penal. Sin embargo, si aquel ha conculcado varios preceptos, habrá que aclarar primero en que relación- se encuentran los preceptos entre sí: la aplicación de uno de ellos podrá excluir la de otro u otros varios; en cuyo caso se habla de concurrencia inauténtica o concurso de leyes. Pero puede ser que varios preceptos 'pretendan' ser aplicados conjuntamente, es decir, se encuentran en concurrencia auténtica¹⁰⁹².

¹⁰⁹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 251.

¹⁰⁹² STRATENWERTH, G., *Strafrecht A. T. I, Die Straftat*, 2. Aufl., Köln, 1976, pág. 319, obra citada en CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La frontera entre el concurso de leyes y el*

Previo a analizar por separado cada clase de concurso, debemos tener claro lo siguiente: concurso de leyes es cuando una sola conducta delictiva encaja típicamente en distintos tipos penales, es decir, es distintas leyes, entonces se deberá analizar qué ley se aplica sobre las otras; por otro lado, el concurso de delitos es cuando una sola conducta delictiva -podrían ser más pero de forma continuada- acarrea la comisión de varios delitos, esto es, típicamente se configura como más de un tipo penal, por lo tanto, se deberá decidir por qué delito o delitos se sanciona y cómo se sanciona. En este sentido, acertadamente Joaquín CUELLO CONTRERAS sostiene que las cuestiones concursales son, por encima de todo, problemas de determinación del marco de la pena¹⁰⁹³.

A) Concurso de leyes

Como se estableció, “[e]l concurso de leyes penales contempla la hipótesis en que un comportamiento delictivo es subsumible en varias normas penales¹⁰⁹⁴”, por constar en ellas todos los elementos típicos de incriminación.

Una acción delictiva -sostiene M.E. MAYER- sólo puede ser penada por una ley penal, empero, existen caso en lo que una acción delictiva cae bajo dos o más parágrafos, quedando así sometida a varias conminaciones penales¹⁰⁹⁵. En

concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I), Anuario de Derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 32, Fasc/Mes 1, 1979, Dialnet, pág. 47.

¹⁰⁹³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)*, op. cit. pág. 46.

¹⁰⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 251.

¹⁰⁹⁵ MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal, Parte General*, Colección: Maestros del Derecho Penal, op. cit. pág. 620.

este caso diversas leyes convergen y aspiran a ser aplicadas (de ahí lo adecuado de la palabra «concurso»), pero el Juez deberá escoger sólo una de ellas¹⁰⁹⁶.

Cuando esto ocurre, se deben aplicar las reglas del art. 8 del Código Penal español, que establece textualmente lo siguiente:

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

- 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*
- 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.*
- 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*
- 4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor¹⁰⁹⁷.*

Es decir, las reglas aplicables al concurso de leyes son: 1. Especialidad; 2. Subsidiariedad; 3. Consunción; y, 4. Alternatividad. Para esto justamente deberemos aplicar técnicas de interpretación legal¹⁰⁹⁸ y, justamente de este modo, analizaremos sumariamente cada una a continuación.

1. Regla de especialidad

Veamos nuevamente qué dispone el art. 8.1ª: “*El precepto especial se aplicará con preferencia al general*”.

¹⁰⁹⁶ MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal, Parte General*, Colección: Maestros del Derecho Penal, op. cit. pág. 620 y 621.

¹⁰⁹⁷ Código Penal. España.

¹⁰⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 252.

En este caso deberemos analizar aquellos casos en que en un concurso de leyes, una de ellas regule -sancione- la conducta en con un carácter más general respecto a la otra norma que sea más específica¹⁰⁹⁹.

Se entiende por norma *general* o *genérica* a aquella que en su contenido contempla los elementos básicos del delito; mientras que *específica* es aquella que además de reunir los elementos básicos del delito -como si fuese genérica-, también contiene algún elemento singular que es privativo de ella y no está presente en la norma general¹¹⁰⁰.

CUELLO CONTRERAS lo aclara: “La relación de especial a general supone que la ley especial reúne todos los caracteres de la general y, al menos, uno nuevo constitutivo de la especialidad”¹¹⁰¹.

ZAFFARONI, siguiendo este lineamiento, explica lo siguiente:

El *principio de especialidad* responde a la antigua y conocida regla según la cual la ley especial deroga a la general. Conforme a este principio, un tipo que tiene, además de los caracteres de otro, algunos más – como acontece con los tipos calificados respecto de los tipos básicos (parricidio y homicidio simple, por ejemplo)- deviene especial respecto de tipos no alterados (robo y hurto, por ejemplo)- deviene especial respecto del que tiene menor número de características, al que excluye por general. También resulta por desplazante –por

¹⁰⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. págs. 252 y 253.

¹¹⁰⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 253.

¹¹⁰¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 32, Fasc/Mes 1, 1979, Dialnet, pág. 458.

especial- el tipo del injusto más grave, cuando el injusto menor es excluido por una cláusula especial (generalmente dice la ley “si no resultare otro delito más severamente penado”). La especialidad es un fenómeno que tiene lugar en razón de un encerramiento conceptual que un tipo hace del otro y que presupone una relación de subordinación conceptual entre ellos¹¹⁰².

Esta claro, entonces, que si dos leyes de hallan en una relación de especialidad, sólo debe aplicarse la especial. La característica principal de la especialidad de una norma es que ella tiene incorporado un elemento a un tipo básico, a través de ello se crea un concepto más estrecho, que abarca al más extenso¹¹⁰³.

Evidentemente la relación entre ambas leyes es la de género a especie. Por lo manifestado y aplicando la regla del número primero del art. 8 CP, deberemos entonces entender que la norma específica excluye a la general, pues solo la especial contempla específicamente los elementos singulares del caso, lo que se manifiesta con claridad en el principio latino: *specialis derogat legi generali*¹¹⁰⁴.

Pongamos un ejemplo genérico -aun no afrontando el examen de los casos de concursos en los que el delito simulado entra en escena- para comprender un caso práctico -desarrollado por POLAINO NAVARRETE- en que se aplique la regla de especialidad en un concurso de leyes: el asesinato, tipificado en el art. 139 del CP¹¹⁰⁵, comprende todos los elementos típicos del delito de homicidio, tipificado

¹¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2da edición, op. cit. págs. 679 y 680.

¹¹⁰³ MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal, Parte General*, Colección: Maestros del Derecho Penal, op. cit. pág. 622.

¹¹⁰⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 253.

¹¹⁰⁵ Código Penal. España. **Artículo 139.-** *Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

en el art. 138 CP¹¹⁰⁶, pero también contempla además elementos constitutivos específicos, como la alevosía, el sicariato o matar con ensañamiento. Si bien el asesinato y el homicidio incriminan la conducta de *matar*, el asesinato lo hace de manera más específica que el homicidio. Por ello, cuando se mata a una persona dentro del marco objetivo de alguno de los elementos constitutivos de asesinato, la acción se subsume en el asesinato, excluyendo al homicidio, haciendo que se aplique, en este concurso, por especialidad, el asesinato¹¹⁰⁷.

2. *Regla de subsidiariedad*

Veamos lo que dispone al respecto el art. 8.2^a: *El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.*

Este caso contempla un caso en que concurren dos normas penales que regulen un mismo supuesto delictivo, empero, esta concurrencia regulatoria -sancionatoria- tiene una configuración normativa en la cual una de las normas es primaria respecto de la otra, que sería subsidiaria, y que sólo podría -la segunda- ser aplicada en defecto de la primera¹¹⁰⁸.

Para que se comprenda, es primaria la norma que contempla un supuesto fáctico que directa y primordialmente es subsumible en ella, mientras que la

1.ª Con alevosía.

2.ª Por precio, recompensa o promesa.

3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

¹¹⁰⁶ Código Penal. España. **Artículo 138.-** *El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.*

¹¹⁰⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 253.

¹¹⁰⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 253.

norma secundaria es aquella que sólo puede ser aplicable en defecto de la primera. Este es el principio *lexx primaria derogat legi secundariae*¹¹⁰⁹.

Sobre esta regla, ZAFFARONI expone:

El tercer principio que produce el descarte de uno de los tipos es el de *subsidiariedad*, que tiene lugar cuando hay una *progresión* en la conducta típica, en que la punibilidad de la etapa más avanzada mantiene *interferida* la tipicidad de las etapas anteriores. Es el fenómeno de la *interferencia por progresión*, que se produce cuando la tentativa queda interferida por la consumación punible, o cuando el acto preparatorio eventualmente típico [...] queda interferido por el acto de tentativa, o el delito consumado en el curso de la tentativa de un delito más grave queda interferido por ésta (las lesiones y la tentativa de homicidio). El mecanismo que rige la subsidiariedad es la *interferencia*, lo que debe tenerse presente, pues es lo que explica la razón por la cual es punible el delito consumado en el curso de una tentativa calificada cuando por desistimiento no resulta punible la tentativa: se trata de un fenómeno de interferencia y, desaparecido el mecanismo interferente al desaparecer la punibilidad de la etapa posterior, resurge la tipicidad punible de la anterior¹¹¹⁰.

La subsidiariedad expresa hace referencia -según explica CUELLO CONTRERAS- a la voluntad legal de que un tipo penal sólo será aplicado en el caso de que el tipo preferente no pueda ser tenido en cuenta. La subsidiariedad tácita, en cambio, no es producto de la voluntad explícita del legislador- sino de la conexión de sentido de los tipos implicados¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 253.

¹¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2da edición, op. cit. pág. 680.

¹¹¹¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)*, op. cit. pág. 458.

En este sentido, la norma secundaria se puede aplicar únicamente cuando la primera no se puede aplicar. La prioridad de una sobre otra puede ser expresa o tácita¹¹¹². POLAINO NAVARRETE expone los siguientes ejemplos:

- a. *Ejemplo de subsidiariedad expresa*: el art. 28 CP¹¹¹³ describe a los autores de un delito, y entre ellos, a los cooperadores necesarios. Esta es ley primaria respecto a la norma del art. 29 CP¹¹¹⁴ en la que se incriminan a los cómplices como quienes, *no hallándose comprendidos* en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho (cooperadores necesarios) con actos anteriores o simultáneos¹¹¹⁵.

- b. *Ejemplo de subsidiariedad tácita*: el art. 435.3º CP¹¹¹⁶ que regula la malversación ejecutada por depositarios de dinero o bienes depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, es subsidiario tácitamente respecto del art. 435.2º CP¹¹¹⁷ que sanciona la malversación de los particulares

¹¹¹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 253.

¹¹¹³ Código Penal. España. **Artículo 28.-** Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

¹¹¹⁴ Código Penal. España. **Artículo 29.-** Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

¹¹¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 253.

¹¹¹⁶ Código Penal. España. **Artículo 435.-** Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

[...]

3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

¹¹¹⁷ Código Penal. España. **Artículo 435.-** Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

[...]

2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

legalmente designados como depositarios legales de caudales o efectos públicos¹¹¹⁸.

3. *Regla de consunción*

El art. 8.3ª del CP establece: *El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*

La regla de consunción contempla la hipótesis de una conducta encajable plenamente en un tipo penal pero cuyos efectos pueden tener relevancia en otro tipo penal, que en realidad no se aprecian autónomamente por entenderse que el desvalor principal lo absorbe al secundario que quedaría extinto por su integración en aquél¹¹¹⁹.

Lo que caracteriza estos caso es que una ley abarca a otra a la que le falta su significación independiente¹¹²⁰; la consunción se determina en virtud de la mayor cantidad de desvalor de la norma de consunción, quedando así extinta la relevancia típica del desvalor de la norma consumida por la primera. Este es el principio *lex consumens derogat legi consumptae*¹¹²¹.

Para ZAFFARONI, la explicación de esta regla sería la siguiente:

¹¹¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 254.

¹¹¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 254.

¹¹²⁰ MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal, Parte General*, Colección: Maestros del Derecho Penal, op. cit. pág. 623.

¹¹²¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 254.

En función del *principio de consunción*, un tipo penal descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo, es decir, porque hay un *encerramiento material*. Es un caso de consunción el del hecho posterior que resulta consumido por el delito previo, como en el supuesto en que la retención indebida [...] tiene lugar respecto de la cosa obtenida mediante un ardid (estafa, [...]): en tal supuesto la tipicidad de la estafa [...] rescata la retención indebida. Otra hipótesis es la del hecho copenado o hecho típico acompañante, que es el que tiene lugar cuando un resultado eventual ya está abarcado por el desvalor que de la conducta hace otro tipo legal, como en el caso de las lesiones leves que resultan de la violencia ejercida en acciones cuya tipicidad requiere la violencia (robo, violación, etc.). Otro supuesto tiene lugar cuando un resultado una tipicidad va acompañada de un *eventual resultado que es insignificante* frente a la magnitud del injusto principal: tal es el caso del daño que sufren las ropas de las víctimas en un homicidio o que sufre el vino que fue envenenado¹¹²².

Debe quedar claro que la característica de la regla de consunción radica en la mayor gravedad del desvalor normativo del injusto, que es, obviamente mayor el de una norma al de otra¹¹²³. La segunda, en consecuencia, en su aplicación es absorbida por la primera, ya que la que consume se aplica y la que es consumida se omite.

Nuevamente POLAINO NAVARRETE nos ilustra con un ejemplo al respecto:

A dispara a su enemigo B con ánimo de matarlo y el proyectil del arma disparada alcanza a la víctima en un órgano vital, de forma que ésta muere por el impacto. El art. 138 CP califica la conducta como homicidio doloso consumado, quedando sin aplicación -a pesar de que el proyectil hubiera perforado el traje de la víctima o destrozado el vidrio tras el que se encontraba- el art. 625 CP (falta

¹¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2da edición, op. cit. pág. 680.

¹¹²³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 254.

de daños) o el art. 263 (delito de daños en propiedad ajena), por estimarse que el contenido del objeto de desvaloración típica de estas disposiciones es absorbido por la norma de consunción (delito de homicidio), en cuyo ámbito tales efectos se apreciarán como consecuencias civiles derivados de delito¹¹²⁴.

Surge una pregunta necesaria: ¿El principio de consunción en el concurso de leyes elimina la posibilidad de aplicar un concurso de delitos? La respuesta será: no; el principio de consunción se aplica únicamente en aquellos casos que la gravedad del desvalor de una norma sea muy superior a la gravedad de la norma que consume y absorbe; empero, en aquellos casos en que el grave desvalor de ambas normas en conflicto sean de igual o similar gravedad, entonces, ninguna será consumida por la otra y, en este caso particular, se aplicará el concurso de delitos –que estudiaremos en un subcapítulo aparte- y no el concurso de leyes.

4. Regla de alternatividad

Por último, el art. 8.4ª del CP dispone: *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.*

La propia ley establece que la regla de alternatividad será aplicada únicamente en defecto de las tres anteriores, es decir, si no pudiesen aplicarse la regla de especialidad, de subsidiariedad y de consunción. Es decir, tiene un carácter de regla secundaria¹¹²⁵.

¹¹²⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. págs. 254 y 255.

¹¹²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 255.

La regla de alternatividad establece que, cuando dos leyes penales ante un mismo caso estén en conflicto, y no puedan ser aplicadas las reglas de especialidad, de subsidiariedad y de consunción, entonces prevalecerá aquella que establezca la sanción más grave. Este es el principio *poena major absorbet minorem*¹¹²⁶.

Sin duda esto se va en contra del principio *indubio pro reo*, que establece que, entre otras cosas, que en caso de conflicto entre dos normas, se aplicará la que más beneficie al procesado.

Queda claro, entonces, que en el concurso de leyes se utilizan criterios excluyentes de prevalencia, por lo que sin perjuicio de la regla aplicable, sólo una norma podrá ser aplicada para cada caso.

B) Concurso de delitos

Como ya se dijo al inicio de este capítulo, el concurso de delitos existe cuando una sola conducta delictiva –podrían ser más pero de forma continuada– acarrea la comisión de varios delitos, esto es, típicamente se configura como más de un tipo penal, por lo tanto, se deberá decidir por cuál delito o delitos se sanciona y cómo sancionar.

¹¹²⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 255.

La teoría de la concurrencia delictiva –sostiene SANZ MORÁN– se ocupa de los supuestos en los cuales un mismo responsable debe responder por varios delitos, siendo la finalidad del análisis la determinación de la sanción específica aplicable¹¹²⁷.

Ahora bien, el concurso de delitos puede ser –principalmente– de tres tipos: ideal, medial o real, subcategorizaciones que se aclararán en los próximos subcapítulos.

1. Concurso ideal

Hay concurso ideal de delitos cuando existe una unidad de acción que conlleva una pluralidad de delitos¹¹²⁸, es decir, aquí la acción o el segmento de la misma, recortado por el tipo, es subsumible simultáneamente en dos o más preceptos, esto es, se realiza a la vez dos o más tipos diferentes¹¹²⁹.

Esta posibilidad concursal se encuentra normada en el art. 77.1 del Código Penal:

Art. 77.1.- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

¹¹²⁷ SANZ MORÁN, Ángel José, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 505.

¹¹²⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 257.

¹¹²⁹ GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDO, Mariano; y, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit. pág. 723.

En este caso, la conducta tiene una trascendencia plurinormativa, y por ello una plural relevancia penal. A modo demostrativo, POLAINO NAVARRETE lo ejemplifica de la siguiente forma: X para matar a B, pone una bomba en su coche, pero el explosión mata a 4 peatones. En este caso, por una sola conducta típica, X responderá por cinco delitos contra la vida distintos.¹¹³⁰

Esto sería un “concurso ideal de delitos” por cuanto la unidad de acción ejecutada se contrapone a la real comisión de una pluralidad de distintas acciones delictivas. Es decir, cuando una sola conducta lesiona distintos bienes jurídicos protegidos, por lo mismo es típicamente relevante dentro de varios tipos y debe responder penalmente por todos ellos.

Otro ejemplo sería: X, para matar a Y, incendie su casa, lo cual efectivamente lo mata, pero el incendio se expande y produce daños a todo el vecindario. X responderá por la muerte de Y pero además por la destrucción de los bienes ajenos ocasionado por el fuego.

2. *Concurso medial*

El concurso medial existe cuando la comisión de un delito se la realiza como medio necesario para la comisión de otro¹¹³¹ (este *otro* es el objetivo del infractor). Entonces, cuando dos delitos convergen es una concurrencia en la cual uno es delito medio de un delito fin, por lo que, obviamente, no tendremos como en el concurso ideal de delitos una sola conducta que acarrea una pluralidad de conductas típicas, sino dos actos distintos en el cual el delito medio se ha de ejecutar antes que el delito fin.

¹¹³⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 257.

¹¹³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 258.

En este caso tenemos un segmento de la unidad de acción que ha sido recortado por un tipo penal como la acción típica y es a su vez el medio necesario para realizar otro tipo penal que recoge otro segmento, distinto de esa acción típica. Ambos delitos mantiene una relación de medio a fin¹¹³².

Como vimos en relación al art. 77.1 CP, el legislador español equiparó al concurso ideal con el concurso medial¹¹³³, pensando en que son tan próximas la una conducta de la otra que son como una sola acción¹¹³⁴, pero doctrinariamente no son lo mismo.

Un ejemplo sería cuando B, para robar a W, le arranca los pendientes de diamantes de las orejas y la derriba al suelo. En realidad B le causó las lesiones a W para poderle robar, es decir, tenemos dos acciones: lesionar (delito medio) y robar (delito fin); la lesiona primero para reducir el riesgo de defensa y así poderla robar sin mayores complicaciones.

La penalidad tanto en los casos de concurso ideal como de concurso medial, conforme al art. 77.2 del CP¹¹³⁵, es la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, pero siempre que dicha penalidad no supere a la que correspondería aplicar en un caso de concurso real (ya veremos que hay concurso

¹¹³² GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDO, Mariano; y, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit. pág. 724.

¹¹³³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 259.

¹¹³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 259.

¹¹³⁵ Código Penal. España. Artículo 77.-

[...]

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

[...]

real cuando se sanciona por las dos infracciones, esto es, cuando se suman las dos penas).

3. *Concurso real*

Por último el concurso real tiene lugar cuando un mismo sujeto ejecuta en un mismo momento (entiéndase un mismo momento como un tiempo cercano relacionado) varias infracciones penales relacionadas entre sí. El sujeto realiza una pluralidad de acciones u omisiones, cada una de las cuales realiza un delito¹¹³⁶.

Un claro ejemplo sería que X, para robar la casa de Z, ingresa a su casa rompiendo la ventana. Posteriormente roba los televisores y para poderlos sacar destruye la puerta. Pero antes de salir, encuentra al cuidador de la casa y lo ataca con un cuchillo y lo mata para no dejar testigos. X será detenido saliendo de la casa con los televisores y le encuentran dos armas de fuego sin permiso. En este caso X será juzgado y sancionado por: robo (véase que entre el robo y la destrucción de propiedad privada hay concurso medial, equiparado por el legislador al concurso ideal), homicidio y porte ilegal de armas.

El concurso real de delitos es también denominado “concurso material”, y -conforme explica POLAINO NAVARRETE- responde al siguiente esquema delictivo¹¹³⁷:

- Sujeto activo: el mismo o los mismos sujetos

¹¹³⁶ GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDO, Mariano; y, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, op. cit. pág. 722.

¹¹³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 263.

- Pluralidad de acciones
- Pluralidad de infracciones cometidas.

Para que haya concurso real no es suficiente una pluralidad de conductas, sino que es necesario que cada conducta de lugar a un único delito, y que estos no se consideren desplazados por concurso de leyes¹¹³⁸.

Queda claro, entonces, que la diferencia del concurso real con el concurso ideal es que en el concurso ideal hay una unidad de acción con afectación a una pluralidad de bienes jurídicos protegidos, mientras que en el concurso real hay una pluralidad de acciones con afectación a una pluralidad de bienes jurídicos protegidos¹¹³⁹.

Para CUELLO CONTRERAS, es de especial relevancia, en este punto, distinguir con claridad la «unidad de acción» con la «pluralidad de acciones», de forma técnica; en este sentido, dice que en el caso de concurso de leyes no estamos frente al problema de esta distinción, por cuanto evidentemente hay una unidad de acción pero no un problema concursal mismo, por cuanto lo único que en esos casos se cuestiona es el hecho de que una única conducta es subsumible en varios preceptos de la Parte Especial¹¹⁴⁰, mientras que en los casos de concurso de delitos sí estamos frente a un verdadero problema concursal y esta distinción se debe realizar.

¹¹³⁸ JOSHI JUBERT, Ujala, *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, Dialnet, pág. 622.

¹¹³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. pág. 263.

¹¹⁴⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)*, op. cit. pág. 50. También en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2da edición, op. cit. págs. 669 – 680.

JESCHECK, siguiendo esta línea, sostiene lo siguiente:

Desde el punto de vista del Derecho vigente, la concurrencia real y la ideal representan formas de determinación combinada de la pena de diversas amenazas penales, mientras que en el concurso de leyes no se trata de una cuestión de determinación de la pena, sino de penetración total de tipos. La diferenciación entre las dos formas de concurrencia autentica se determina conforme a los conceptos unidad y pluralidad de acciones; la relación de concurso de leyes entre diversos tipos, por contra, solo puede establecerse mediante la interpretación¹¹⁴¹.

La regla para la aplicación de la pena en el concurso real la encontramos en el art. 73 CP:

Artículo 73

Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

Se debe poner mucha atención en no confundir a los concursos con los delitos permanentes o continuados. Hay delito permanente cuando el desvalor jurídico se prolonga en el tiempo, como por ejemplo en una calumnia subida al internet. El acto no se entiende ejecutado cuando se escribe el texto injurioso, sino que se entiende que se sigue ejecutando mientras sigue en la web pudiendo ser leído por cualquier persona; por otro lado, tenemos delito continuado cuando varios delitos, ejecutados en un mismo momento, se consideran como uno solo, como por ejemplo la cajera de un banco que todos los días durante un año sustrae

¹¹⁴¹ JESCHECK, H. H., *Die Konkurrenz*, en ZStW (67), 1995, págs. 529 – 555, obra citada en CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)*, op. cit. pág. 51.

100 euros de la caja. Ella será juzgada y condenada por el hurto de 24,000 euros (contando con que el año tenga 240 días laborables) y no por 240 hurtos de 100 dólares¹¹⁴².

CHOCLÁN MONTALVO sostiene que hay un principio general del Derecho Penal que sostiene que en ningún caso en una pluralidad de delitos puede imponerse una pena que exceda de la suma de las individuales, y que dicho principio estaría “tímidamente” recogido en el art. 77 CP¹¹⁴³.

En realidad el desarrollo dogmático en materia concursal es mucho más complejo que lo aquí expuesto, no obstante, la finalidad de esta investigación no permite profundizar más este tema, sobre todo cuando lo ya expuesto es suficiente para analizar la materia concursal en la que el delito simulado se ve involucrado.

Una vez explicados los concursos y habiendo comprendido su aplicación legal, podemos pasar a ver qué sucede cuando existen concursos ya sea de leyes como de delitos, entre el delito simulado y sus figuras afines.

¹¹⁴² Para mayor información, el jurista ALBÁN GÓMEZ, en ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Sexta Edición. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana. Quito. 2008, pág. 128, explica: *Los delitos pueden ser: Permanentes: son aquellos delitos en que la consumación perdura en el tiempo por un lapso más o menos largo, por cuanto también perdura la lesión del bien jurídico protegido. Tal es el caso de los delitos de plagio o de raptó, en que la consumación dura tanto tiempo cuanto dure la privación de la libertad que sufre el sujeto pasivo. Continuado: estos delitos se integran con varios actos ocurridos a lo largo del tiempo, cada uno de los cuales constituye por sí solo un delito, sin embargo, debido a una ficción jurídica, se considera a todos los actos en conjunto como un solo delito. Supongamos que un cajero, durante varios meses o años, dispone ilícitamente de los dineros entregados a su custodia. Cada uno de estos actos, desde el primero, es un delito; pero, debido a la continuidad de su conducta, se produce la ficción de considerar a todos los actos como un solo delito. Ahora bien, para que esta situación proceda será indispensable que el tipo de delito sea el mismo, que sean los mismos los sujetos activo y pasivo y que exista una sola intención delictiva continua.*

¹¹⁴³ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Tratamiento penal de la pluralidad delictiva de los concursos de delitos: una reforma necesaria*, 2006, PDF, págs. 182 y 183.

II. Delito simulado y encubrimiento

El delito simulado, como ya estudiamos, probablemente puede ser ejecutado para encubrir a una tercera persona; el caso más común es el de aquel que simula ser responsable de un delito, pero que lo hace con el único fin de auto-inculparse para proteger al verdadero responsable.

Como se estableció con anterioridad, el encubrimiento está tipificado en el art. 451 CP¹¹⁴⁴ y principalmente sanciona las siguientes conductas: a) Auxiliar a los autores o cómplices para que puedan beneficiarse del producto de su delito, es decir, ayudar al agotamiento, siempre y cuando no haya ánimo de lucro propio; b) Ocultar, alterar o inutilizar el resultado material del delito con la finalidad de evitar que sean descubiertos, como por ejemplo, escondiendo el encubridor en su casa el coche que su vecino se robó; y, c) Ayudar a los autores o

¹¹⁴⁴ Código Penal. España. Artículo 451.- *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:*

1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.

2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.

3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos.

b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave

cómplices a que no puedan ser investigados con normalidad o a ocultarse para no ser detenidos.

Cuando se simula ser autor para encubrir estamos, evidentemente, ante un concurso de leyes, en la cual, el delito simulado es desplazado y se aplica exclusivamente el encubrimiento como habíamos adelantado.

RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ sostienen que cuando el delito simulado se comete por causas personales, como ocultar la verdad relevante sólo para los afectados, a un tercero, se responde por la simulación, como por ejemplo cuando alguien simule ser autor de un delito por solidaridad con el verdadero autor, o para construir una coartada o incluso para ocultar un error propio¹¹⁴⁵. Ejemplo de esto último es quien dice haber sido víctima de una violación por vergüenza a confesar que ha tenido relaciones sexuales consentidas (muy común en sociedades religiosas o muy conservadoras); otro ejemplo sería la persona que denuncia haber sido víctima de un robo de su pasaporte por no aceptar que lo perdió por descuido.

DE MIRANDA DE VÁSQUEZ sostiene que:

Si el simulador está protegiendo a otra persona, haciéndose pasar por responsable de un delito al objeto de desviar la atención de la persona a la que encubre, se tratará de un caso de encubrimiento por favorecimiento personal (art. 451.1.3. CP), que puede dar lugar a un concurso de normas con el delito de

¹¹⁴⁵ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 207.

simulación de delito, a resolver a favor de la calificación del encubrimiento, por mayor amplitud de injusto y superior pena imponible¹¹⁴⁶.

Así lo sostiene también QUINTERO OLIVARES, quien entiende que, cuando el simulador protege a un tercero, haciéndose pasar por responsable, se trataría de un encubrimiento por favorecimiento personal, que da lugar a un concurso de normas, y que en estos casos se aplica el tipo penal de encubrimiento por tener este mayor amplitud de injusto como superior pena imponible¹¹⁴⁷.

MARES ROGER, Francisco y MARTÍNEZ LLUESMA sostienen lo siguiente: “[S]i por el contrario, es utilizada para ocultar un delito ya cometido, será de aplicación de art. 73 CP, como norma que establece la regla general en la penalidad de los concursos¹¹⁴⁸.” Este sería un caso de concurso de leyes entre encubrimiento y simulación¹¹⁴⁹.

Existen casos de gran complejidad concursal. Éstos son aquellos en los que la simulación se ejecuta a través de una denuncia presentada con la intención de ocultar un delito; como por ejemplo cuando se denuncia un hurto o robo

¹¹⁴⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos contra la Administración de Justicia. De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos*, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit. pág. 1960, así también en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 160.

¹¹⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos contra la Administración de Justicia. De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos*, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit. pág. 1960, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 209.

¹¹⁴⁸ MARES ROGER, Francisco; y, MARTÍNEZ LLUESMA, Joaquín, en GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. pág. 201.

¹¹⁴⁹ PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 229.

(inexistente) para ocultar la apropiación o malversación en que se incurrido¹¹⁵⁰, o cuando se denuncia el hurto de una oficina con la finalidad de no contar con la información que justifique a la Hacienda la contabilidad de un empresa (que ha incurrido en defraudación tributaria).

En estos casos habrá que determinar si el encubrimiento es a un tercero o a sí mismo¹¹⁵¹. El encubrimiento absorbe al delito simulado en materia concursal, no obstante, en casos de auto encubrimiento, se aplicará únicamente el delito simulado¹¹⁵².

Esto último es importante recalcarlo: vimos que es posible auto-encubrirse, como una estrategia para desviar la atención de un delito realmente cometido. En estos casos de auto-encubrimiento, por no estar encubriendo a un tercero, habría quizá un concurso de normas, pero por el principio de especialidad se aplicaría únicamente el delito simulado, es decir, esta es la única posibilidad de que el delito simulado tenga más peso que el encubrimiento.

¹¹⁵⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 208.

¹¹⁵¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 207.

¹¹⁵² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, BOLEA BARDÓN, Carolina; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi; GALLEGO SOLER, José Ignacio; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; SANTANA VEGA, Dulce; HORTAL IBARRA, Juan Carlos; FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia; CARPIO BRIZ, David; BESIO HERNÁNDEZ, Martín; SALVADORI, Iván, *Derecho Penal, Parte Especial, Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 786.

III. Delito simulado y estafa procesal

Como ya se mencionó, la estafa procesal no es un delito contra la Administración de Justicia, sino una estafa agravada tipificada en el art. 250.7 del CP¹¹⁵³, siendo su *ratio legis* reprimir a aquellas personas que induciendo a engaño al Juzgador consiguen un resultado injusto, perjudicando a un tercero.

Se trata de una manipulación de pruebas sobre las cuales se pretende fundar las alegaciones, esto es, manipular las pruebas, cambiándolas artificialmente, con la finalidad de que sobre éstas específicamente radique la decisión judicial.

El tipo también admite cualquier otra forma de simulación análoga (tipo penal abierto), que podría tratarse incluso de la información misma que se introduce en las alegaciones, como el cambio de fechas, nombres, etc.

¹¹⁵³ Código Penal. España. Artículo 250.-

1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

1.º Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

3.º Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

4.º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

5.º Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros.

6.º Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

7.º Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero¹¹⁵³. (La negrilla me pertenece).

La estafa procesal es el engaño utilizado en el proceso para obtener una resolución injusta, induciendo a error al Juez, con el fin de conseguir un lucro o daño ajeno. Las maniobras que se empleen han de poseer una apariencia de verosimilitud que conduzca razonablemente a provocar el error del Juez, y, con ello, el resultado lesivo deseado¹¹⁵⁴.

En este caso estaríamos ante un concurso medial de delitos, en el cual la simulación es el medio utilizado para estafar procesalmente, engañando al juzgador y perjudicando a la contraparte, por lo que, se sancionará por el cometimiento de la estafa procesal, dejando desplazado al delito simulado. En este particular la doctrina y jurisprudencia española son claras y tajantes: la simulación de delito sería absorbida por la estafa procesal¹¹⁵⁵.

En opinión de MAGGIORE, la estafa procesal tiene mayor afinidad con las falsedades, en cuanto su contenido es siempre un “cambio de la verdad”, la cual supone una ofensa a la fe publica¹¹⁵⁶.

SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAILLÓ exponen al respecto lo siguiente:

Si el simulador, como a veces ocurre, finge la comisión de un delito para ulteriormente defraudar a otro, es evidente que estaríamos ante un concurso real

¹¹⁵⁴ ALMAGRO NOSETE, José, *El fraude procesal*, Diario La Ley, No 7807, Sección Columna, 28 Feb. 2012, Año XXXIII, Ref. D-91, Editorial LA LEY, LA LEY 905/2012.

¹¹⁵⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, BOLEA BARDÓN, Carolina; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi; GALLEGO SOLER, José Ignacio; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; SANTANA VEGA, Dulce; HORTAL IBARRA, Juan Carlos; FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia; CARPIO BRIZ, David; BESIO HERNÁNDEZ, Martín; SALVADORI, Iván, *Derecho Penal, Parte Especial, Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 1, op. cit. pág. 786.

¹¹⁵⁶ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial*, 2da edición, Vol. III, Temis, Bogotá, 2000, pág. 384, así también en HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, Pablo, *El fraude procesal penal, una nueva visión*, op. cit. pág. 83.

de delitos que no encierra dificultad alguna de apreciación¹¹⁵⁷. En sede de concursos con otros delitos, especial mención merece el delito de estafa, pues el delito que ahora analizamos es un instrumento previo para cometer estafas respecto de aseguradoras^{1158 1159}.

Con frecuencia, el delito simulado es utilizado como medio instrumental para cometer otro delito, especialmente –sostienen RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ– el de estafa, y concretamente en el sector de seguros, como por ejemplo cuando se simula ser víctima de un robo para cobrar al seguro, o cuando se simula ser autor de un siniestro para que el cobro lo perciba un tercero (amigo)¹¹⁶⁰. En estos casos estaríamos frente a un concurso ideal de delitos.

Es usual su concurso con el delito de estafa, en la praxis judicial, en la cual el delito de simulación suele ser el instrumento previo para cometer estafas a las aseguradoras¹¹⁶¹. En este caso la simulación de delito sería absorbida por la estafa procesal¹¹⁶².

¹¹⁵⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos contra la Administración de Justicia. De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos*, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit. pág. 1960, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 209.

¹¹⁵⁸ SERRANO GÓMEZ Alfonso y SERRANO MAILLÓ Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, 10ma edición, op. cit. pág. 867, así también en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 209.

¹¹⁵⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 209.

¹¹⁶⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, op. cit. pág. 207.

¹¹⁶¹ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 160.

¹¹⁶² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, BOLEA BARDÓN, Carolina; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi; GALLEGO SOLER, José Ignacio; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; SANTANA VEGA, Dulce; HORTAL IBARRA, Juan Carlos; FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia; CARPIO BRIZ, David; BESIO HERNÁNDEZ, Martín; SALVADORI, Iván,

Sin miedo podemos sostener que el caso de estafas a aseguradoras utilizando simulaciones de delitos es el uso más común que se le da a esta conducta típica.

IV. Delito simulado y acusación y denuncia falsas

La acusación y denuncias falsas se encuentra reprimido en el Art. 456 del Código Penal¹¹⁶³ y se encuentra junto al delito simulado porque ambos casos provocan procesos penales sin objeto, dando a cabo una actividad jurisdiccional vacía, que persigue inexistencias¹¹⁶⁴.

Como bien sabemos, los requisitos típicos para que exista una acusación o una denuncia falsa son: 1. Una imputación precisa y categórica de hechos muy concretos y específicos dirigida contra determinada persona; 2. Que tales hechos, de ser ciertos, constituirían infracción penal perseguible de oficio; 3. La

Derecho Penal, Parte Especial, Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, Tomo 1, op. cit. pág. 786.

¹¹⁶³ Código Penal. España. Artículo 456.-

1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados:

1.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave.

2.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave.

3.º Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara una falta.

2. No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Estos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido.

¹¹⁶⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 175.

imputación debe ser falsa, y puede ser tanto de un delito como de una falta¹¹⁶⁵; 4. La denuncia o acusación debe presentarse ante autoridad que tenga la obligación de actuar; y, 5. Que exista intención delictiva, esto es, conciencia de que el hecho denunciado es delictivo y falso, es decir, mala fe del sujeto activo (STS de 23 de septiembre de 1987¹¹⁶⁶).

Con lo expuesto vemos que la principal diferencia que existe entre estos dos tipos penales es que en la simulación de delito se finge ser autor o víctima, o se denuncie una infracción inexistente, a sabiendas, un delito inexistente, pero sin imputar a un tercero la autoría, mientras que en la acusación y denuncia falsa sí se imputa la infracción a un tercero.

En este sentido, entre estos dos tipos penales lo que podría haber es un concurso de leyes que debe ser resuelto por la regla de especialidad, esto es, se debe aplicar la norma que específicamente regule el caso. Así, si se simula un delito en cualquiera de sus modalidades pero se imputa su cometimiento a cualquier tercero, entonces por la regla de especialidad se aplica exclusivamente el delito de acusación o denuncia falsas y se omite aplicar el delito simulado.

Para MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA, “[s]i la simulación de ser víctima o la denuncia de un delito o falta inexistentes van acompañados de imputación, aquéllos quedan desplazados por la acusación o denuncia falsa”¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁵ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª edición, op. cit. pág. 890.

¹¹⁶⁶ STS (Sala de lo Penal) de 23 de septiembre de 1987, Ponente: Excelentísimo Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo (RJ 1987/6624). España, así también la STS (Sala de lo Penal) de 01 de febrero de 1990, Ponente: Excelentísimo Dr. D. Gregorio García Ancos (RJ 1990/1025). España.

¹¹⁶⁷ MARES ROGER, Francisco; MARTÍNEZ LLUESMA, Joaquín, en GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, op. cit. pág. 201.

PALOMO DEL ARCO sostiene lo siguiente:

[...] su diferencia con la acusación falsa, estriba en la identificación del sujeto delictivo de la faltas imputación; que bien se designa a sí mismo, o bien no identifica en el caso de que se haga pasar por víctima, o denuncie una infracción inexistente.

Dada la facilidad de su distinción, resulta improbable la posibilidad de especiales problemas concursales; en el entendimiento de que si tras la simulación o denuncia se realiza una imputación personal, el delito de acusación y denuncia falsa absorbe al de simulación¹¹⁶⁸.

La única forma posible en que pueda haber concurso entre estos delitos es el concurso de leyes, por lo tanto, si la simulación no es pura, entonces primará siempre la acusación y denuncias falsas.

V. Delito simulado y falso testimonio

Por último, el delito simulado puede cometerse en un testimonio, cuya contenido de simulación lo haría falso; el falso testimonio, que está tipificado en el art. 458 CP¹¹⁶⁹, si bien tiene un fin similar al del delito simulado, en realidad

¹¹⁶⁸ PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 199.

¹¹⁶⁹ Código Penal. España. Artículo 458.-

1. *El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.*

2. *Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.*

3. *Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución*

su *ratio legis* es más específica en cuanto a la prueba, ya que el falso testimonio implica una perturbación en el normal funcionamiento de la función jurisdiccional referida a la prueba por cuanto una falta de respeto a la Justicia implicaría el peligro de que se dicten sentencias injustas¹¹⁷⁰.

El falso testimonio es faltar a la verdad. Se podría faltar a la verdad mintiendo deliberadamente sobre los hechos concretos o, cometiendo un delito simulado, esto es, cuando una persona en el testimonio se declara responsable o se declara víctima.

Queda por lo tanto excluida la posibilidad de la modalidad de simulación de denunciar un delito inexistente en un testimonio, por cuanto, el acto de denunciar es el acto formal de presentar la *notitia criminis* a la autoridad competente, en cambio el testimonio es la práctica de la prueba dentro de juicio.

En el caso de que existiera una simulación en un falso testimonio este último desplaza la primero, por lo que, nuevamente, el delito simulado queda absorbido e inaplicado.

Española, ejerzan competencias derivadas de ella, o se realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero.

¹¹⁷⁰ CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, *Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-117, tomo 4, Editorial LA LEY, LA LEY 10955/2001, pág. 2.

VI. Simulación medial

Claramente se pudo establecer que la simulación de un delito no es más que un medio para alcanzar un determinado fin, el cual, en si mismo -el fin- es un delito. En tal virtud, el delito simulado resulta ser delito medio y casi nunca delito fin, y siempre que entra en concurso normativo, es desplazado e inaplicado.

Ya se mantuvo en el transcurso de toda esta investigación que su tipificación resulta innecesaria, por cuanto es de difícil aplicación y fácilmente puede ser remplazada por otro tipo penal, o incluso puede pasara formar parte de la descripción típica de otro tipo penal. Ahora, como vimos, no sólo que para su persecución se debe poner nuevamente en marcha el aparato judicial y así utilizar sus recursos para perseguir al simulador, sino que incluso, como queda demostrado, el delito simulado pierde la batalla concursal casi siempre.

Conclusiones

1. El delito simulado, que es una derivación especializada del delito de acusación y denuncia falsas, encuentra sus orígenes remotos en el Código de Hammurabi; también estuvo regulada en el sistema acusatorio ateniense;
2. Posteriormente en Roma, con las instituciones de la *cognitio y accusatio*, se reguló la penalidad para los falsos acusadores, los cuales podían cometer *calumnia, tergiversatio o prevaricatio*.
3. Con posterioridad al Derecho romano, el Derecho germano, contribuiría a desarrollar como institución el sistema acusatorio, lo que se perdería más tarde en la Edad Media, hasta que con el renacimiento y la ilustración los glosadores recuperarían el Digesto y la normativa antigua, sobre todo la romana, para legislar en Derecho nuevamente.
4. Rupturas en el tiempo como la Revolución Francesa arrebatarían el poder absoluto de los monarcas y permitirían que el Poder Judicial sea un poder independiente, lo cual nos llevaría a los sistemas jurídicos modernos que rigen en la gran mayoría de países civilizados del mundo,.
5. España –país sobre el que se asienta la delimitación territorial de esta investigación– pertenece a los países que mantienen un ordenamiento jurídico moderno de raíz romano-germánica, que ha debido evolucionar normativamente conforme la coyuntura social en la perspectiva histórica lo ha exigido, aunque en otras ocasiones lo haya hecho a la voluntad del régimen político dominante, ha tenido básicamente nueve Códigos Penales, los cuales a su vez han sido objeto de decenas de reformas.

6. Con el Código Penal de 1822, el primer Código Penal promulgado en España, se introdujo formalmente el delito de falsa acusación en el art. 429 del cuerpo punitivo.

7. Los Códigos Penales de 1848 y 1850 se limitaron a sancionar exclusivamente aquellas acusaciones que hubieren sido declaradas calumniosas a través de sentencia ejecutoriada (art. 248)¹¹⁷¹, mientras el primer Código Penal, el de 1822, sancionaba tanto la denuncia temeraria (sin malicia) como la calumniosa (con malicia).

8. El Código Penal de 1870 mantuvo el delito de “acusación o denuncia falsa” en el art. 340, pero significó un primer acercamiento a lo que futuramente será el delito simulado, en cuanto al bien jurídico protegido, por cuanto estableció que además se comete acusación o denuncia falsa cuando las descritas falsas imputaciones se las realiza ante un funcionario administrativo o judicial que, por su cargo, debe proceder a su averiguación y castigo. Así, pues, el Código Penal de 1870 ya contempló el solo hecho de poner en marcha el aparato judicial como suficiente razón para que su malicioso impulsador sea merecedor de un reproche penal.

9. El Código Penal de 1928 –el Código de Primo de Rivera– tipificó el delito de acusación o denuncia falsas en los arts. 403, 404 y 405; no pasarían ni tres años y se promulgaría el Código Penal de 1932, que en el art. 331 tipificó la acusación o denuncia falsa, en términos literalmente exactos al artículo 340 del Código Penal de 1870, es decir, éste se mantuvo intacto.

¹¹⁷¹ Código Penal español de 1850, Edición Oficial Reformada, Imprenta Nacional, Madrid, 1850, PDF

Por otro lado, el art. 332 de este Código también mantuvo la estructura de art. 341 del Código de 1870, si bien varió las penas, actualizándolas al nuevo tiempo y valor monetario de la época.

10. El Código Penal de 1944 –el Código Penal de postguerra del régimen franquista– es históricamente el más relevante en la regulación del tipo de referencia, pues es el primer Código Penal español en que por primera vez aparece una incriminación del delito simulado desligado del delito de acusaciones o denuncias falsas, determinando el momento histórico en que el delito simulado se tipifica como delito autónomo en el Derecho Penal español.
11. Así lo mantendrían los Códigos Penales de 1963 y 1973, hasta llegar al hoy vigente Código Penal de 1995, que ha sido reformado en innumerables ocasiones, contando con la última reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (con entrada en vigor el 1 de julio de 2015), anecdóticamente el día de la elaboración de las presentes conclusiones.
12. En el Código Penal de 1995 aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que es el Código Penal vigente en España, se tipifica el delito simulado en el art. 457, el cual estaría inspirado principalmente en el art. 392 del Código Penal italiano, y fue incorporado con la finalidad de remediar las carencias normativas del alcance típico del delito de acusación y denuncias falsas.

13. «Simular» significa aparentar como real algo que no lo es, sin embargo, la dificultad impera en determinar qué es efectivamente la verdad y qué no lo es. En este sentido, se puede concluir que, en esta batalla filosófica, metafísica y científica milenaria, prima la denominada teoría de la verdad-correspondencia, según la cual una creencia es verdadera si, y sólo si, corresponde con un hecho o con un estado de cosas objetivamente existente, siendo aplicable la fórmula de la verdad: es verdad *p* si, y sólo si, es *p*.

14. Los recursos más importantes con los que cuenta el Derecho para determinar o hallar esa anhelada verdad, son la ciencia y la lógica, no obstante las mismas sólo nos acercarán a la verdad procesal, cuyo objetivo es estar lo más apegados posible a la verdad histórica. Aquí prima la vieja máxima: *quod non est in actis, non est in mundo* (lo que no está en las actas, no está en el mundo).

15. El delito simulado entonces es, típicamente, simular ser responsable, simular ser víctima o conscientemente denunciar una infracción inexistente, conforme lo tipifica el art. 457 del Código Penal español.

16. La finalidad de la tipificación del delito simulado es sancionar el uso doloso y abusivo de la Administración de Justicia, es decir, conductas que alteren el correcto funcionamiento de la misma. Tales conductas son integradas por todas aquellas que la pongan en marcha para perseguir delitos que nunca llegaron a cometerse, es decir, que hacen mover el engranaje de la Justicia para que se investiguen ficciones.

17. El delito simulado parece presuponer que el bien jurídico protegido es el «correcto funcionamiento de la Administración de Justicia», que sin embargo no es un bien jurídico que deba ser protegido por el Derecho Penal, sino un loable objetivo de la Administración de Justicia. Por consiguiente, el delito simulado es un delito que no tiene bien jurídico protegido, sino únicamente una *ratio legis*.
18. La *ratio legis* de este delito se integra, en orden de importancia, por las siguientes finalidades legislativas: 1. Completar los vacíos del delito de denuncias falsas; 2. Evitar un quebranto del potencial de trabajo del aparato judicial; 3. Evitar el despilfarro de recursos económicos; 4. Reprimir la falta el respeto a la institución; 5. Evitar que se cause alarma social.
19. El verbo rector del delito simulado es «simular».
20. El delito simulado es un delito complejo, por cuanto esta dividido en dos momentos de acción, el primero de los cuales tiene a su vez tres formas distintas de ejecución. Así, el primer momento de acción puede ser constituido por los siguientes actos: a) simular ser responsable de una infracción; b) simular ser víctima de una infracción; c) denunciar un delito inexistente (a sabiendas de que es inexistente); por otro lado, el segundo momento de acción, es representado por la provocación de actuaciones procesales por medio de cualesquiera de las formas del primer momento de acción.

21. El primer momento da inicio a la fase de ejecución del *iter criminis*, mientras el segundo momento, esto es, provocar actuaciones procesales, es la forma en la que se consuma el delito.
22. El tipo penal se refiere específicamente a quien simulare ser “responsable”, por lo que podría incluso tratarse de la simulación de cualquier clase de autoría y participación, como por ejemplo simular ser cómplice. Esto dependerá de cada caso específico y la autoridad competente deberá tenerlo en cuenta. Por eso debe quedar muy claro: simular ser autor y simular ser responsable no son sinónimos; el primero es la especie, el segundo el género.
23. Se puede simular ser responsable de una “infracción penal”, por lo que se entiende que no sólo estaríamos frente a la simulación de responsabilidad sobre el cometimiento de un delito, sino también frente a una posible simulación de responsabilidad de una contravención.
24. Simular ser responsable de una infracción penal puede ser fácilmente combinada con la tercera forma de ejecución del primer momento: denunciar un delito inexistente. Esto se da porque cuando se finge ser responsable de una infracción afrontamos dos posibles situaciones: 1. Que el delito nunca existió por lo mismo no se puede ser responsable; 2. Que el delito existió pero que quien se atribuye la responsabilidad del mismo no es tal; esto mismo sucede en el caso de que se finja ser víctima.

25. Denunciar un delito inexistente se trata de hacer llegar una *notitia criminis* de falaz contenido a aquellos funcionarios que por razón del cargo tienen la obligación de su persecución sin que medie imputación personal.
26. Una vez culminado el primer momento de acción, deberá alcanzarse el segundo para que exista ejecución idónea y completa para la consumación; provocar una actuación procesal significa causar, generar, ocasionar, etc., cualquier actuación procesal, es decir, cualquier acto, diligencia, respuesta, etcétera, en el aparato de Justicia.
27. Es irrelevante la relevancia de la actuación procesal, por cuanto, si dolosamente, faltando a un deber de veracidad, se genera una insignificante actuación procesal, sin duda esta actuación procesal, aunque fuere para desestimar una denuncia, conllevará tiempo, recursos económicos, recursos humanos, etc.
28. Provocar actuaciones procesales no es el resultado consumado del primer momento de acción, sino que provocar actuaciones procesales es en realidad otro momento de acción de la ejecución. En otras palabras: provocar actuaciones procesales no es el resultado, sino que el resultado es la lesión al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.
29. El segundo momento de acción del delito es una ejecución *sui generis*, por cuanto quien ejecuta el segundo momento de acción es el funcionario encargado de la investigación al ejecutar las actuaciones procesales que le fueron provocadas; el simulador no ejecuta actuaciones procesales, sino que únicamente las ocasiona, esto es, consigue que un tercero ejecute

actuaciones procesales. Esto genera que este tipo penal sea único en su especie, por cuanto se requiere que un tercero termine la fase de ejecución iniciada por el sujeto responsable, no teniendo, quien toma la posta en la fase final de la ejecución, calidad de autor o cómplice

30. Para que sea idónea la conducta típica ésta debe ejecutarse ante autoridad competente y determinada, esto es, ante funcionario judicial o administrativo, y en esa categoría están contemplados: la Policía (entendiéndose como tal cualquier Cuerpo o Fuerza de Seguridad del Estado, como el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil, las Policías Autonómicas, las Policías Locales, la Policía Judicial, etc.), Fiscalías o Instrucción de Guardia, funcionarios fiscales y Jueces.

31. La simulación puede ejecutarse por escrito o de forma verbal, pero siempre en referencia a una infracción penal. Si se denuncian hechos perseguibles sólo a instancia de parte, delitos prescritos, delitos cometidos fuera de España, o conductas que no son típicas, como un incumplimiento contractual, no habría idoneidad¹¹⁷², *ergo*, no habría conducta típica.

32. No es necesario que lo simulado por su contenido tenga la capacidad de engañar. Toda simulación, creíble o increíble, es capaz de engañar formalmente, ya que si se la presenta ante el funcionario competente, éste tendrá que dedicar tiempo en atender la causa, aunque sea para desestimarla.

¹¹⁷² PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pág. 211.

33. La simulación debe ser pura, es decir, que se aparente un hecho/infracción de forma total, más no parcial. Una denuncia es falsa/inexistente cuando el hecho descrito no se ha cometido, o cuando efectivamente no se tiene la calidad ni de víctima o de responsable según se relata. Esto significa que lo denunciado/relatado no tuvo existencia fenoménica o real. En este sentido, la mera exageración no puede constituir un caso de delito simulado por cuanto la obligatoriedad de la fijación motivada del tipo penal corresponde al Juez, más no al denunciante, y lo que el Juez debe analizar al resolver sobre un delito simulado es si el denunciante mintió o no mintió sobre lo sucedido. Es decir, no cuenta como simulación denunciar como tentativa de asesinato lo que sólo fue un caso de lesiones.
34. La víctima puede ser de fantasía, es decir, se puede atribuir la calidad de víctima a alguien que no existe.
35. El delito simulado es siempre y únicamente un delito doloso. No se admite imprudencia bajo ningún concepto.
36. No es lo mismo simular que falsificar, en este sentido, se entiende que se simula cuando intencionalmente la relación circunstanciada de los hechos no corresponde con la realidad, es decir, cuando los hechos que dan forma al Derecho son falsos y provocan actuaciones procesales.
37. El delito simulado se consumará únicamente cuando el segundo momento de la acción es ejecutada por la autoridad judicial o administrativa, esto es, cuando se provocan actuaciones procesales y de este modo se lesiona el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

38. Resumidamente el *iter criminis* empieza cuando el sujeto quiere simular un delito y a sabiendas de que el mismo está penado por ser un acto antijurídico –aunque no conozca con exactitud el art. 457 del Código Penal– y resuelve cometerlo, busca un cómplice y/o exterioriza la idea por cualquier medio, por ejemplo, redacta la denuncia en cuyo contenido narra infracciones inexistentes y la presentar oficialmente ante la autoridad judicial o administrativa descrita en el art. 456 CP, provocando actuaciones procesales, y de este modo lesionando efectivamente el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, consiguiendo o no su objetivo ideado en la fase interna.

39. Sí cabe la tentativa de una simulación de delito, por cuanto el delito simulado está compuesto por dos momentos de acción, por lo mismo, irrefutablemente el acto de simular o de denunciar una infracción inexistente ya es “dar principio a la ejecución del delito” y además es “practicar parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado” por lo que, si no se produce el segundo momento de acción, es decir, si a pesar de la simulación no se provocan actuaciones procesales, las cuales deben ser ejecutadas por la Administración de Justicia, entonces, evidentemente se cumple que “el resultado no se produce por causas independientes a la voluntad del autor”, y en este sentido estaríamos ante un delito simulado intentado.

40. Estamos frente a un caso de prejudicialidad de lo penal a lo penal, por cuanto, para que el delito sea simulado, tiene que haber sido sentenciado y juzgado como tal, habiendo ganado firmeza la resolución que así lo declara, es decir, y no será posible perseguir un delito simulado sino hasta

que conste revisada la sentencia anterior (la de la investigación provocada por la simulación).

41. Desde la Criminología, se determinó que el simulador de delitos encaja en el enfoque actividades rutinarias basadas en la oportunidad situacional.

42. El principal móvil del simulador es el de obtener un beneficio ulterior por medio de la simulación, y así la simulación se presenta como el medio idóneo para llegar a un fin determinado, por lo que dependerá de que el sujeto en cuestión esté frente a una situación que amerite ejecutar la conducta típica de simular delitos.

43. El delito simulado tiene similitud con sus figuras afines: la acusación y denuncia falsas, el encubrimiento, la estafa procesal y el falso testimonio; será muy normal que entre el delito simulado y sus figuras afines exista un conflicto concursal, en el cual nunca prima el delito simulado, sino que este siempre es desplazado por sus figuras afines (a excepción de la figura dogmática del auto-encubrimiento).

44. Claramente se pudo establecer que la simulación de un delito no es más que un medio para alcanzar un determinado fin, el cual en sí mismo –el fin– es constitutivo de delito. Entonces, el delito simulado resulta ser delito medio y casi nunca delito fin, y siempre que entra en concurso normativo, es desplazado e inaplicado.

45. La tipificación del delito simulado resulta innecesaria, en tanto no sea susceptible de determinarse ningún bien jurídico protegido, siendo de

difícil aplicación y fácilmente puede ser remplazado por otro tipo penal, o incluso pasar a formar parte de la descripción legal de otro tipo penal.

46. El delito simulado debe convertirse en una forma atenuada de acusación y denuncia falsas, pues su autonomía legal resulta excesiva, o en su defecto debe sancionarse y ejecutarse la pena prevista de multa en el mismo proceso generado por el delito simulado, pues en caso contrario resulta desorbitadamente costoso y desgastante el iniciar un nuevo proceso (con todas sus fases e instancias) para llegar a la misma conclusión que llegaron los juzgadores en el conocimiento y resolución del caso simulado.

Bibliografía

LIBROS Y TEXTOS

AGNEW, R., *Foundation of a general strain theory of crime and delinquency*, Criminology, 30, 1992.

AKERS, Ronald L., *Criminological theories. Introduction, evaluation, and application*, 3ra edición, Roxbury Publishing Company, Los Angeles, 2000.

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 6ta Edición. Ediciones Legales, Colección Profesional Ecuatoriana, Quito, 2008.

ALMAGRO NOSETE, José, *El fraude procesal*, Diario La Ley, No 7807, Sección Columna, 28 Feb. 2012, Año XXXIII, Ref. D-91, Editorial LA LEY, LA LEY 905/2012.

ÁLVAREZ GARCÍA, Javier F. (Director), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (coordinadora), VENTURA PÜSCHEL (coordinador), Arturo, *Tratado de Derecho Penal español, Parte especial, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AMBOS, Kai, *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Editorial Palestra, Lima, 2010.

ANTOLISEI, Francesco, *Il problema del bene giuridico*, en “Rivista Italiana di Diritto Penale”, Editorial Giuffrè, Milano, 1939.

ANTÓN ONECA, José, *El Código penal de 1870*, Sección Doctrinal, Dialnet. PDF.

ANTÓN ONECA, José, *Las estafas y otros engaños*, Dialnet.

ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *DP I*, 1949, 216; V, extensamente, TORÍO LÓPEZ, *III Jornadas de profesores de Derecho Penal*, 1975.

ARENAS SALAZAR, Jorge, *Pruebas Penales*, 1ra edición, 1ra reimpresión, Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, 1996.

ARIAS EIBE, M. J., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal*, 2007.

ARISTÓTELES, *Metafísica*, Traducción de DE AZCÁRATE, Patricio, Espasa Libros, Austral, Barcelona, 2013.

ARISTÓTELES. *Staat der Athener....*

ATIENZA, Manuel, *Podemos hacer más, Otra forma de pensar el Derecho*, Editorial Pasos Perdidos, Madrid, 2013.

AUSTIN, J.L., *La vérite*, en *Essais philosophiques*, traducción de AUBERT y HACKER, Seuil, París, 1994, en *Ensayos filosóficos*, Revista de Occidente, Madrid, 1975.

BACIGALUPO, Enrique, *Teoría y práctica del Derecho Penal*, Tomo 1, Marcial Pons, Madrid, 2009.

BAJO FERNÁNDEZ, en *Memento Práctico Penal*, 2011.

BARALDi, Claudio; CORSI, Giancarlo; y, ESPOSITO, Elena, *Glu, Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997.

BELING en GIMBERTAN ORDEIG, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 20, 1ra edición, 1ra reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando. *Bien Jurídico "Penal" contenido procedimental y nuevo contenido material*. Revista de Investigación Jurídica. Doctrina. ISSN2222-9655. Volumen 1. IUS. Perú.

BELTRÁN, Miguel, *La realidad social como realidad y apariencia*, Revista Reis, Revista Digital Dialnet.

BENLLOCH PETIT, G., *La acusación y denuncia falsas y la simulación de delitos*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.) y RAGUÉS I VALLÉS, R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006.

BENNET, T., *Burglars' choice of targets*, en *The geography of crime*, editores: EVANS, D. J. Y HELBERT, D. T., Routledge, Londres y Nueva York, 1989.

BERDUGO, *Revisión del contenido del bien jurídico honor*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1984.

BERISTAIN, Antonio, *El Código Penal de 1995 desde la Victimología*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-152, tomo 3, Editorial LA LEY. LA LEY 21775/2001.

BERNAL GÓMEZ, Beatriz. *Historia del Derecho*. Editorial Nostra. México. 2010.

BESABÉ SERRANO, Santiago, *La Teoría del Sistema de Niklas Luhmann, Apuntes Previos para una aplicación a la sociología del Derecho*, FORO Revista de Derecho N° 5, Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, CEN. Quito, 2005.

BIANCHI PEREZ, Paula Beatriz, *Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal*, Revista Dikaiosyne, Enero 2009, VLex, Identificador de VLex: VLEX-74572982.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de Derechos para el concepto de delito*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 31, Editorial B de F, Buenos Aires, 2010.

BLACKBURN, S., *Spreading the Word*, Oxford University Press, 1985.

BOLEA BARDON, Carolina, *Caso Sirius*, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coordinador), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011.

BOTTKE, Wilfried, *¿Roma locuta causa finita? ¿adiós a la exigencia de protección de los bienes jurídicos?* en "Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig", edición no 1, Editorial LA LEY, Madrid, Octubre 2010, LA LEY 12763/2011.

BREITBACH, M, *Der Prozess des Sokrates—Verteidigung der oder Anschlag auf dieathenische Demokratie*, Gymnasium, 112, 2005.

BRÍCOLA, "Teoría General del Reato", *Novissimo Digesto Italiano*, Tómo XIX, Torino, 1973.

BRUGI, *Il Diritto greco classico e la Sociologia*, Revista italiana di Sociologia, Vol. X.

BURGESS, E. W., *The growth of the city. An introduction to a research project*, 1925.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal, Parte General*, Obras Completas, Volumen I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2008.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal, Parte General*, Obras Completas, Vol. III, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2008.

CABRERO, Javier y CORDENTE, Félix, *ROMA, El imperio que generó por igual genios y locos*. Edimat Libros, Madrid, 2008.

CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997.

CADENAS CORTINA, Cristina, *El encubrimiento en el nuevo Código Penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la Administración de Justicia*, Madrid, 1997.

CALDERÓN, Ángel y CHOCLÁN, José Antonio, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, *Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-117, tomo 4, Editorial LA LEY, LA LEY 10955/2001.

CÁMARA, *Simulación en los actos jurídicos*, 2da Edición, Buenos Aires, 1958.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*, Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, N° 44, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *La teoría de la adecuación social de Welzel*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 2, 1993.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal y Principios Constitucionales*, obra en PDF, texto inédito elaborado para el Master en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, 2012.

CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel (coordinador.); del ROSAL BLASCO, Bernardo; GONZÁLEZ RUS, Juan José; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Derecho penal español, Parte especial*, 2da edición, Dykinson S.L., Madrid, 2005.

CARREÑO AGUADO, Julen, *La estafa procesal del artículo 250.1.7.º del Código Penal, Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia*, Diario La Ley, No 7780, Sección Doctrina, 20 de enero de 2012, Año XXXIII, Ref. D-25, Editorial LA LEY, LA LEY 22119/2011.

CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *La discusión sobre la pena de muerte en el primer Código Penal español de 1822: una perspectiva histórica*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-154, tomo 3, Editorial LA LEY.

CARRETERO SÁNCHEZ Adolfo, *Notas sobre la Prevaricación Judicial Dolosa*, Diario La Ley, Nº 5541, Sección Doctrina, 10 de Mayo. 2002, Año XXIII, Ref. D-127, tomo 4, Editorial LA LEY. LA LEY 2059/2002.

CASAS ESTEVEZ, J. M., *La Prevaricación Judicial*. Publicado en la primitiva Revista de la Asociación de Jueces “Francisco de Vitoria”, Asamblea Dossier, 1997-98.

CASTALDO, Andrea Raffaele, *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 16, 1ra edición, 1ra reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008

CEREZO MIR, José, *La estafa procesal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 19, Fasc/Mes 2, Sección Doctrinal, 1966, Dialnet.

Choclán Montalvo, José Antonio, *Tratamiento penal de la pluralidad delictiva de los concursos de delitos: una reforma necesaria*, 2006, PDF.

COBO DEL ROSAL, Gabriela, *El Proceso de Elaboración del Código Penal de 1928*, Anuario de Historia del Derecho Español, Núm. LXXXII, Enero 2012, VLex.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*. Editorial Tirant lo Blanch. Madrid. 1988.

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, *La tutela penal de bienes jurídicos, como límite al poder punitivo del estado*, Editorial Académica Española, Estados Unidos de América, 2006.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, BOLEA BARDÓN, Carolina; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi; GALLEGO SOLER, José Ignacio; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; SANTANA VEGA, Dulce; HORTAL IBARRA, Juan Carlos; FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia; CARPIO BRIZ, David; BESIO HERNÁNDEZ, Martín; SALVADORI, Iván, *Derecho Penal, Parte*

Especial, Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales*, Revista de Derechos Fundamentales. Universidad Viña del Mar, Nº 8. 2012.

CORNISH D. B. y CLARKE R. V., *The reasoning criminal: rational choice approaches. Advances 5, Routine activity and rational choice* (editores: CLARKE, R. V. y CORNISH, D. B., 1986.

CORTÉS PEÑA, *Historia del cristianismo III. El mundo moderno*.

COSTA, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México D.F.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito*, 3ra edición, Dykinson, Madrid, 2002.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 32, Fasc/Mes 1, 1979, Dialnet.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 32, Fasc/Mes 1, 1979, Dialnet.

DAWKINS, Richard, *The Magic of Reality, How we know what's really true*, Black Swan Book, Transworld Publishers, Croydon, 2012.

DE CARRERAS SERRA, L., *Derecho español de la Información*, 2006.

DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Claves La Ley, Madrid, 2012.

De partibus animal, Libro I, Capítulo I, Bekk.

DESCARTES, René, *Discurso del método y Meditaciones metafísicas*, Trad. GARCÍA MORENTE, Manuel, 1^{ra} edición, 1^{ra} reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

DÍAZ PITA, *El delito de acusación y denuncia falsas: aspectos fundamentales*, 1966.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Apuntes Máster en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla*. Materia: Política Legislativa Penal. 23 y 24 de octubre de 2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, Estudios y Debates en Derecho Penal, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2da edición, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

DI TULLIO, Benigno, *Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense*, Trad. TERUEL CORRALERO, D., Aguilar, Madrid, 1966.

DI TULLIO, Benigno, *La costituzione delinquenziale nella etiologia e terapia de delitto*, Roma, 1962.

DURKHEIM, *La división del trabajo social*, Trad. POSADA, C. G., Akal, Los Berrocales del Jarama, Madrid, 1893.

DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, Trad. FERRER y ROBERT, Los Berrocales del Jaramá, Madrid, 1895.

EHRlich, I., *Participation in illegitimate activities: an economic analysis*, en *Essays in the economics of crime and punishment*, editores: BECKER, G. S. Y LANDES, W. M., National Bureau of Economic Research, Nueva York, 1974.

EINSTEIN, Albert, *Remarks on Bertrand Russell's Theory of Knowledge*, en SCHILPP, P.A., *The Philosophy of Bertrand Russell*, The Library of Living Philosophers, Vol. V., 1944.

EKBLOM P. y TILLEY N., *Going equipped. Criminology, situational crime prevention and the resourceful offender*, BJC, 40, 2000.

EMERIC, Nicolau y PEÑA, Francisco, *El manual de los inquisidores*, Muchnik Editores, Barcelona, 1996.

ENGEL, Pascal, *¿Qué es la verdad? Reflexiones sobre algunos truismos*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2008.

ESBEC RODRÍGUEZ, E., *Valoración de la peligrosidad (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica*, en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol 3, 2, 2003.

ESCRIHUELA CHUMILLA, Javier, *Delitos contra la Administración de Justicia*, Esta doctrina forma parte del libro "*Todo Penal*", edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Marzo 2011, LA LEY 388/2012

ESCRIVÁ, *Algunas consideraciones sobre derecho penal y Constitución*, en "Pappers", Revista de Sociología, Vol. 13, No 1, 1980.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Colex. Madrid. 1998.

FARIS E., *The nature of human nature*, en *The urban community, Selected papers from proceedings of the American Sociological Society*, 1925, Editor BURGESS, E. W., The University of Chicago Press, Chicago, 1926.

FARRINGTON, D. P., *Individual differences and offending*, en *The handbook of crime and punishment*, editor: TONRY, M., Oxford University Press, Nueva York y Oxford, 1998.

FATÁS, G. *Código De Hammurabi - Ordenación Temática*, Historia Antigua, Universidad de Zaragoza, PDF.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?*, en “Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y posibilidad de aplicación”, Editorial Ara, Lima, 2007.

FELSON, M., *Crime and everyday life*, 2da edición, Pine Forge Press, Thousand Oakes, 1998.

FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Murcia, 1948.

FERRER SAMA, *El delito de acusación y denuncia falsas*, Homenaje a Pérez Serrano, 1959.

FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 1979.

FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 2006.

FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis, Bogotá, 1988.

FLASHAR, Hellmut (editor). *Werke in Deutscher Übersetzung*. Vol. 10. 1990.

FLORIAN, Eugenio, *De Las Pruebas Penales*, Tomo I, De la prueba en general, Editorial Temis, Bogotá, 1968.

FRÉCHETTE, M. y LE BLANC, M., *Délinquances et délinquents*, Gaétan Morin, Chicoutini, 1987.

FREGE, G., *La pensé*, en *Écrits logiques et philosophiques*, trad. IMBERT, C., Seuil, París, 1971.

GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1998.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Hacia una revisión de los postulados de la criminología tradicional*, Diario La Ley, 1983, pág. 1220, tomo 1, Editorial LA LEY, LA LEY 17905/2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, 3ra edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GARCÍA PÉREZ, O., *El encubrimiento y su problemática en el Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2008.

GARCÍA ROSAURO, Gabriel, *La aplicación del Código Penal de 1928 en la provincia de Murcia: acercamiento a una tipología de la delincuencia murciana en los últimos años de la dictadura de Primo de Rivera*, MVRGETANA, ISSN: 0213-0939, Número 126, Año LXIII, 2012, Dialnet.

GARLAND, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, The University of Chicago Press, Chicago y Oxford, 2001.

GARÓFALO, Raffaele, *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, Colección Memoria Criminológica, Trad. FORADO MONTERO, Pedro, Dir. ELBERT, Carlos Alberto, Coord. BELLOQUI, Laura, B de F, Buenos Aires, 2005.

GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDO, Mariano; y, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2011.

GIMBERTAN ORDEIG, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 20, 1ra edición, 1ra reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

GÓMEZ-PANTOJA, Joaquín L, *El código de Hammurabi*, Material de uso docente, Universidad de Alcalá, PDF.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Derecho penal en la Edad Media*, 2da edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

GONZÁLEZ, Luis, *Teoría crítica versus Teoría de los sistemas: la confrontación Luhmann-Habermas*, Inédito, México D.F.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti, ensayos sobre prueba, casualidad y acción*, Distribuciones Fontamara S.A., México D.F., 2013.

GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución (Bases para una Teoría)*, Madrid, 1983.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, en CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel (coordinador.); del ROSAL BLASCO, Bernardo; GONZÁLEZ RUS, Juan José; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Derecho penal español, Parte especial*, 2da edición, Dykinson S.L., Madrid, 2005.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coordinador); DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; GONZÁLEZ RUS, Juan José; PERIS RIERA, Jaime; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E.; OLMEDO CARDENTE, Miguel; BENÍTEZ ORTÚSAR, Ignacio F., *Sistema de Derecho Penal español, Parte especial*, Dykinson S.L., Madrid, 2011.

GOYENA HUERTA, J., *Acusación y denuncia falsas, y simulación de delitos*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, VVAA, Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

GRINDA GONZÁLEZ, J., *El falso testimonio*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, 2002.

GRISOLÍA, Francisco, *La estafa procesal en el Derecho penal chileno*, Conferencia leída en la sala del Colegio de Abogados de Valparaíso el 27 de mayo de 1994, Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, 1997, No. 3, Dialnet.

GUASP, J., *Derecho procesal civil*, Tomo1, Madrid, 1968.

HAUSKELLER, Michael, *Pienso, pero... ¿existo?, Viajes fantásticos a través de la Filosofía*, Trad. VILANA TAIX, Vicente, Editorial Diálogo, Colección Tábano, Valencia, 2003.

HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonard, *The Grand Design, new answers to the ultimate questions of life*, Bantam Books, Transworld Publishers, Germany.

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Obras*, Tomo VII, editada por MOLDENHAUER, Eva; MICHEL, Karl Markus, 1986.

HEIDEGGER, Martin, *De la esencia de la verdad, Sobre la parábola de la caverna y el Teeteto de Platón*, Lecciones del semestre de invierno de 1931/32 en la Universidad de Friburgo, Trad. CIRIA, Alberto, Herder Editorial, Barcelona, 2007.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *El encubrimiento*, en *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, 2002.

HERNÁNDEZ GUIJARRO, J. J., *Naturaleza del delito de falso testimonio*, Dialnet.

HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, Pablo, *El fraude procesal penal, una nueva visión*, Tirant Monografías, 735, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima*, Compendio de Victimología, Editorial Edersa, Madrid, 1996.

HERRERA MORENO, MYRIAM, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, 2da edición, Colex, Madrid, 1994.

HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte General y Especial*, 3ra edición, Dykinson, Madrid, 2007.

HERRERO HERRERO, César, *Tratado de Criminología Clínica*, Estudios de Criminología y Política Criminal, Tomo 27, Dykinson, Madrid, 2013.

HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, Trad. GAOS, José, Editorial Losada, Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento, Buenos Aires, 2006.

HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, Berkely, University of Chicago Press, 1969.

HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, Transaction Publishers, New Brunswick y Londres, 2001.

HIRSCHI, T., *Infraction as action: a study of the antecedents of illegal acts*. Ann Arbor, UMI, 1968.

HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, Trad. DE SALAS ORTUETA, Jaime, Alianza Editorial, 12^{ma} edición, 7^{ma} reimpresión, Madrid, 2012.

INGENIEROS, José, *Criminología*, Edit. Jorro, D., Madrid, 1913.

JAKOBS, Günther, *Falsedad documental, revisión de un delito de engaño*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

JAKOBS, Günther, *La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial*, InDret, 2008-4

JAKOBS, Günther, *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, 2da edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2006.

JAKOBS, Günther, *Schuld und Prävention*, 1976.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1ra edición, 1983.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2da edición, núm. 2, marg.

JESCHECK, H. H., *Die Konkurrenz*, en *ZStW* (67), 1995.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, Tomo IV, 2da edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia, y Legislación Penal Comparada*, Tomo I, 2da edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1956.

JOHNSON, Paul, *Historia del cristianismo*, Editorial Vergara, Barcelona, 2004.

JOSHI JUBERT, Ujala, *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, Dialnet.

KARSTEN, Simón, *Parmenidis Eleat*, Carm., relig.

KLEINSCHROD, Gallus Aloys, *Von den italiänischen Schriftellern über das peinliche Recht und die Criminalpolitik*, en *Archiv der Criminalrechts*, Vol I, 1799.

KORNHAUSER, R. R., *Social sources of delinquency. An appraisal of analytic models*, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1978.

KRÜMPELMANN. *Täuschungen mit Wahrheitskern bei § 145d Abs. 1 Ziff. 1 StGB*. en *ZStW* 1984. nota 27; RUDOLPHI, SK, § 145 d, núm. marg. 1a.

LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*, 6ta edición, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1972.

LAFREE, G. y BIRKBECK, C., *The neglected situation: a cross-national study of the situational characteristics of crime*, Criminology, 29, 1991.

LAMPE, Ernst-Joachim, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Trad. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; ORCE, Guillermo; y, POLAINO-ORTS, Miguel. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2003.

LE GAUFÉY, Guy, *¿La realidad psíquica? ¡Gschnas!*, Desde el Jardín de Freud [n.º 10, Enero - Diciembre 2010, Bogotá], Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Estudios en Psicoanálisis y Cultura, Revista de Psicoanálisis, Revista Digital Dialnet.

LOCK, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Trad. O'GORMAN, Edmundo, Editorial Fondo de Cultura Económica (cfe), 2da edición, tercera reimpresión, México D. F., 2013.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor en las Personas Jurídicas: Nuevas Tendencias en la Jurisprudencia*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-247, tomo 7, Editorial LA LEY LA LEY 1435/2002.)

LÓPEZ GOBERNADO, Carlos J. *Investigación Criminal en la Antigua Roma*. Dialnet. PDF.

LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme, Grundriß einer allgemeinn Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987.

LUNA SERRANO, Agustín, *Certeza y Verdad en el Derecho*, Lectio doctoralis, Almería, 2012, PDF.

MAGDALI PATERNOSTRO, *Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa*, ADPCP, 1987.

MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, *Los delitos contra la Administración de Justicia en la Reforma Penal*, Documentación Jurídica, núm. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial*, 2da edición, Vol. III, Temis, Bogotá, 2000.

Maggiore, Giuseppe, *Diritto penale, Parte Speciale*, Vol. II, tomo 1, 4ta edición, Bologna, 1960.

MAGGIORE, Giuseppe, Trad. ORTEGA TORRES, José, *Derecho Penal*, Tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1955.

MAGRO SERVET, Vicente, *Casuística practica del delito de falso testimonio (arts. 458 a 462 del Código Penal)*, La Ley Penal, No 25, Sección Práctica penal, Marzo 2006, Editorial LA LEY, LA LEY 127/2006.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, 3ra reimpresión, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004.

MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (LA LEY 13038/2010)). II. Parte Especial*, Comares, Granada, 2010.

MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo X, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

MAQUEDA ABREU, M.L., *Acusación y denuncia falsas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MARES ROGER, Francisco; y, MARTÍNEZ LLUESMA, Joaquín, en GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J.F.; y, FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1998.

MARTINEZ DE PEREDA, José Manuel, Voto particular de sentencia de 15 de octubre de 1999, publicado en El Mundo, 16 de octubre de 1999.

MATUS, Jean Pierre, *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, Editorial Jurídica de Chile, en *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el cambio de siglo*, Dialnet.

MAURACH, Reinhart., *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 3ra edición, Karlsruhe, 1959.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de CÓRDOBA RODA, Juan. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal, Parte General*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 25, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

MAYHEW, P., *Opportunity and vehicle crime*, en *Policy and theory in criminal Justice. Contributions in honour of Leslie T. Wilkins*, editores: GOTTFREDSON, D. M. Y CLARKE, R. V., Aldershot, Avebury, 1990.

MCKENZIE, R. D., *The ecological approach to the study of human community*, 1925.

MENÉNDEZ VARELA, José Luis, *La figura de Dracón en el debate sobre el origen del Estado Ateniense*, POLIS, Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica, 13, 2001.

MERKEL, Adolf, *Derecho Penal, Parte General*, Trad. DORADO MONTERO, Pedro, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 13, 1ra edición, 1ra reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, Analecta Editorial, Navarra.

MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, Tomo II, Analecta Editorial, Navarra.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, 1961.

MONTEALEGRA, Eduardo; CARO, José Antonio, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

MORÁN MARTÍN, Remedios. *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal. Parte teórica. Tomo I*. Editorial Universitas S.A. Madrid. 2005. VLEX-269293.

MORENO MARTÍNEZ, Doris, *La inquisición española: ¿Descubrimiento o nueva creación?*

MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coordinador); DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; GONZÁLEZ RUS, Juan José; PERIS RIERA, Jaime; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E.; OLMEDO CARDENTE, Miguel; BENÍTEZ ORTÚSAR, Ignacio F., *Sistema de Derecho Penal español, Parte especial*, Dykinson S.L., Madrid, 2011.

MORÓN LESMA, Esther, en ÁLVAREZ GARCÍA, Javier F. (Director), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (coordinadora), VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coordinador), *Tratado de Derecho Penal español, Parte especial, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUCHINIK, Eva, *Acerca de la verdad*, Revista Nómadas, Revista digital Dialnet.

MUERZA ESPARZA, Julio J., *El delito de acusación y denuncia falsa (art. 325 CP) en la jurisprudencia del TS*, Diario La Ley, 1986, pág. 1041, tomo 4, Editorial LA LEY, LA LEY 5874/2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6ta edición, Sevilla, 1985.

MUÑOZ CONDE Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, 2da edición, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 3, 3ra reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Cuadernos de Probática I y II*, editorial Banco Santander Central Hispano, Madrid, 1999.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Tratado de probática judicial, la prueba del hecho psíquico*, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1992.

NEUMAN, Elías, *Victimología, El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2da edición, reestructurada y ampliada, Universidad, Buenos Aires, 1994.

OLAIZOLA NOGALES, Inés, *Efectos y ubicación del error de prohibición*, esta doctrina forma parte del libro "*El error de prohibición, Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*" , 1ra edición, Editorial LA LEY, Madrid, Septiembre 2007, LA LEY 20821/2009.

OLAIZOLA NOGALES, Inés, *Formas de error de prohibición*, Esta doctrina forma parte del libro "*El error de prohibición, Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*" , edición No. 1, Editorial LA LEY, Madrid, Septiembre 2007, LA LEY 20821/2009.

OLAIZOLA NOGALES, Inés, *Regulación positiva del error de prohibición*, esta doctrina forma parte del libro "*El error de prohibición, Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*" , edición No. 1, Editorial LA LEY, Madrid, Septiembre 2007, LA LEY 20821/2009.

OLIVER EGEA, Francisco Manuel, *Acusación y Denuncia Falsas*, Enciclopedia Jurídica, LA LEY 1334/2008.

ORTEGO PÉREZ, Francisco, *El Control Jurisdiccional de la Acusación como garantía en el Proceso Penal*. Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-176, tomo 5, Editorial LA LEY, LA LEY 22362/2001.

ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Reflexiones sobre el «juicio de acusación» y la etapa intermedia del proceso penal*. Diario La Ley, Nº 6090, Sección Doctrina, 21 Sep. 2004, Año XXV, Ref. D-187, Editorial LA LEY, LA LEY 2051/2004.

PALOMO DEL ARCO, Andrés, en CADENAS CORTINA, Cristina (Dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997.

PALOMO DEL ARCO, Andrés. *Realización Arbitraria del Propio Derecho. Acusación, Denuncia Falsa y Simulación de Delito*, Iustel.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *Caso del Aceite de Colza*, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coordinador), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011.

PARK, R. E., *The city, Suggestions for the investigation of human behavior in the urban environment*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1926.

PATERNOSTER, R. y SIMPSON, S, *Sanction threats and appeals to morality: testing a rational choice model of corporate crime*, L&SR, 30, 1996.

PAWLIK, Michael, *La libertad institucionalizada, Estudio de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VI, Editorial Idemsa, Lima, 2013.

PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique, *Prolegómeno*, Vlex, PDF.

PÉREZ RÚA, M. P., *La acusación y denuncia falsas*, Thomson – Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2005

PIERCE, C.S., *Comment rendre nos idées claires*, en *Textes anti-cartésiens*, traductor: CHENU, J., Aubier, París, 1984

PINATEL, L., *Tratado de Derecho Penal y Criminología*, Trad. RODRÍGUEZ CANESTRI, X., 2da edición, Tomo III, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974.

PLUTARCO, *Les vies des Hommes illustre.*. Traducción de PARÍS DIDOT, Ricard, Tómo I, 1838.

PLUTARCO, *Vidas paralelas, Solón*, XXIII.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo 1, 6ta edición (Col. POLAINO-ORTS, Miguel), Editorial Bosch, Barcelona, 2012 (reimpresión).

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito*, Volumen I, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Funcionalismo Normativo: Una Visión Crítica*. Resumen elaborado por el autor para el Máster de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2012.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, editorial Tecnos, Madrid, 2013.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, editorial Tecnos, Madrid, 2013.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal como sistema de autodeterminación personal*, Colección Dogmática Penal, Tomo 8, Ara Editores, Lima, 2012.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo, Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia Penal*, “Fundamentos y función del Derecho Penal”, Tomo 1, Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, México D.F., 2004.

POLAINO-ORTS, Miguel, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director); MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio; HERRERA MORENO, Myriam; BLANCO LOZANO, Carlos; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; AGUADO CORREA, Teresa; REQUEJO CONDE, Carmen; RANDO CARSERMEIRO, Pablo; y, POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

POLAINO-ORTS, Miguel, en MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación y valoración en Derecho Penal, Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores, México D.F. 2013.

POPPER, Karl R., *Conocimiento Objetivo, un enfoque evolucionista*, 5ta edición, 1ra reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

PUPPE en NEUMANN/SCHILD (*Gesamtred.*), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2, Besonderer Teil, Baden-Baden, 1995, § 271, núm. Marg. 4.

PUTMAN, Hilary, *Las mil caras del realismo*, Trad. VÁSQUEZ CAMPOS, Margarita y LIZ GUTIÉRREZ, Antonio Manuel, Editorial Paidós, Pensamiento Contemporáneo 31, Barcelona, 1994.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2da edición, Barcelona, 1992.

QUERALT JIMÉNEZ, en *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2da edición Aranzadi.

QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos contra la Administración de Justicia. De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos*, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996.

QUINTERO OLIVARES, G., *La deriva y crisis de las ideas penales en España*, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Recorriendo la Historia del Derecho*, 2da edición, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2010.

REAL-LEDEZMA, J., *El enjuiciamiento criminal de Cristo en el derecho penal romano*, 1ra Reimpresión, ITESO, Puebla, 2007.

REDONDO HERMIDA, Álvaro, *La función de la Política Criminal en la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, La Ley Penal, N° 40, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Julio 2007, Editorial LA LEY, LA LEY 2246/2007.

RICARDO PALACIO, J., *El falso testimonio en causa criminal*, *Revista de Derecho Español y Americano*, 1964.

RILLO PERALTA, Elena, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coordinador) y RILLO PERALTA, Elena, *Probática Penal, 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Claves La Ley, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J.: *Contingencias varias de jurisprudencia y honor*, Dykinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., *La tutela penal de las marcas y demás signos distintivos en el Nuevo Código Penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I, *Delitos contra la Administración de Justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, Bosch, Barcelona, 2008.

RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *La difamación*, Ediciones Rialp, Madrid, 2015.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2012.

RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *El Agente Infiltrado en el Estado de Derecho y de (In)Seguridad*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2012.

RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La Bipolaridad de Derecho Penal, Derecho Penal del Enemigo y otras clarividencias*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2014.

RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La Expansión del Derecho Penal Simbólico*, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2013.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La simulación del delito*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Año CXV, No. 6, diciembre de 1966, Segunda época, Tomo LIII (221 de la colección).

RODRÍGUEZ, Pepe, *Los Pésimos Ejemplos de Dios, Según la Biblia*, Ediciones Temas de Hoy S.A., Madrid, 2008, prólogo.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La verdad y las verdades en el proceso penal. ¿Hacia una Justicia «dependiente» de los medios de comunicación?*, Diario La Ley, No 5585, Sección Doctrina, 11 Jul. 2002, Año XXIII, Ref. D-183, pág. 1506, tomo 5, Editorial LA LEY 2277/2002, PDF.

ROMANOWSKI, Romualdo, *Verdad / Hipótesis*, Trad. DI RUGGIERO, Italo L. Revista PSICOANÁLISIS XXII (1); 69-77, 2010, Revista Digital Dialnet.

ROMERO SOTO, Luis Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1969.

ROPERO CARRASCO, Julia, *Abusar de la Justicia, Dimensión Actual del delito de acusación y denuncia falsas*, Dilex, Madrid, 2011.

RORTY, R., *Davidson, le pragmatisme et la vérité*, en Science et solidarité, Éd. de l'Éclat, 1991.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El Contrato Social*. Editorial Taurus, Great Ideas. Madrid. 2012.

ROXIN, Claus, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194.

ROXIN, en Hefendehl (Ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007.

RUDOPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbriiffs*, en *Festschrift fur R.M., Honig*, 1970.

RUIZ VADILLO, E., *Delitos de acusación y denuncia falsa*, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, 1995.

RUSSELL, B., *Essais philisophiques*, Trad. *Philosophical Essays*, Allen & Unwin, Londres, 1984.

SALVADOR CORDECH, Pablo; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Simulación y deberes de veracidad . Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, *Derecho penal constitucional, el principalismo penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014,

SÁNCHEZ MELGAR, Julián, en SOTO RODRÍGUEZ, María de Lourdes, *La denuncia falsa en el Código Penal español*, Diario La Ley, No 7977, Sección Doctrina, 3 Dic. 2012, Editorial LA LEY. LA LEY 18095/2012.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *La Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho Penal*, en ROBLES PLANAS, Ricardo (coordinador) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010.

SÁNCHEZ REYERO, David Gerardo, *La caducidad de la instancia y el abuso del derecho ante la insolvencia punible con concurso medial de estafa procesal*, Diario La Ley, No 7363, Sección Doctrina, 16 Mar. 2010, Año XXXI, Ref. D-83, Editorial LA LEY, LA LEY 171/2010.

SANTAYANA, George, *Scepticism and Animal Faith*, Londres, 1923.

SANZ MORÁN, Ángel José, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López, Ed. Comares, Granada, 1999.

SARTRE, Jean-Paul, *Lo imaginario, Psicología fenomenológica de la imagen*, Trad. LAMANA, Manuel, Editorial Losada, Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento, Buenos Aires, 2005.

SCHNEIDER, K., *Kriminologie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1987.

SCHOPENHAUER, Arthur, *El mundo como voluntad y representación*, Trad. ARAMAYO, Roberto R., Vol. I, Fondo de Cultura Económica (cfe), Madrid, 2003.

SCHÜNKE, A.; SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch*, edición 11, Múnich-Berlín, 1963.

SERRANO GÓMEZ Alfonso y SERRANO MAILLÓ Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, 10ma edición, Madrid, 2005.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAILLO, Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, edición 2011, reimpresión 2013. Madrid, 2013.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Introducción al a ciencia del Derecho penal*, UNED, Madrid, 1981.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido?* Diario La Ley, N° 6209, Sección Doctrina, 14 Mar. 2005, Ref. D-61, Editorial LA LEY, LA LEY 865/2005.

SERRANO HOYO, Gregorio, *Algunas consideraciones sobre la estafa procesal*, Dialnet, pág. 192.

SERRANO MAILLÓ, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ta edición, Dykinson, Madrid, 2009.

SHARPLES, R.W., *Estoicos, Epicúreos y Escépticos, Introducción a la filosofía helenística*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía, México D.F., 2009.

SHAW, C. R. y MCKAY, H. D., *Report on the causes of crime, II, Social factors in juvenile delinquency*, Government Printing Office, Washington D.C., 1931.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 31, 2da edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.) y RAGUÉS I VALLÉS, R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María en SALVADOR CORDECH, Pablo; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

SILVELA. F. *La acción popular*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo 73. 1888.

SOLIS QUIROGA, *Sociología Criminal*, 2da edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1977.

SOTO NIETO, Francisco, *Breve consideración sobre el encubrimiento*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-33, tomo 1, Editorial LA LEY, LA LEY 12225/2001.

SOTO NIETO, Francisco, *La estafa procesal y sus características*, Diario La Ley, No 5902, Sección Columna, 27 Nov, 2003, Año XXIV, Ref. D-266, Editorial LA LEY, LA LEY 1862/2003.

SOTO NIETO, Francisco, *Simulación de delito. Significado de «actuación procesal»*, Diario La Ley, N° 6400, Sección Columna, 16 de enero, 2006, Año XXVII, Ref. D-12, Editorial LA LEY, LA LEY 1/2006.

SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes, *Protección al derecho al honor. La calumnia y la injuria*, Diario La Ley, No 7990, Sección Doctrina, 26 Dic. 2012, Editorial La Ley, La Ley Digital, LA LEY 18096/2012.

STELLA, Federico, *La teoria del bene giuridico. Fatti inoffensivi conformi al tipo*”, en “Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale”, Milan, 1973.

STRATENWERTH, G., *Strafrecht A. T. I, Die Straftat*, 2. Aufl., Köln, 1976.

STRAWSON, Peter F., *Análisis y metafísica, una introducción a la filosofía*, Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Pensamiento contemporáneo 51, Barcelona, 1997.

STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB Kommentar*, 1982, § 145 d, núm. marg. 1.

SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz, *¿Existe el bien jurídico-penal en el siglo XXI?* La Ley Penal, No 63, Sección Legislación aplicada a la práctica, Septiembre 2009, pág. 58, Editorial LA LEY LA LEY 13622/2009.

SUTHERLAND, Edwin Hardin, *Criminology*, J.B. Lippincott, Filadelfia y Londres, 1924.

SUTHERLAND, Edwin Hardin, *Principles of Criminology*, 2da edición, J.B. Lippincott, Filadelfia y Chicago, 1934.

SUTHERLAND, Edwin Hardin, *Principles of Criminology*, 4ta edición, J. B. Lippincott, Chicago, 1947.

TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, *Política criminal con bases empíricas en España*”. *Polít. Crim.* no 3, 2007. A8, p. 1-16. DIALNET.

TARSKI, Alfred, *Logic, Semantics, Metamathematics*, Clarendon Press, Oxford.

TARUFFO, Michele, *La prueba*, Trad. MANRÍQUEZ, Laura; FERRER BELTRÁN, Jordi Marcial Pons, Filosofía y Derecho, Barcelona, 2008.

TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos*, Trad. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, Marcial Pons, Madrid, 2010.

TITTLE, C. R. y PATERNOSTER, R., *Social deviance and crime. An organizational and theoretical approach*, Roxbury Publishing Company, Los Angeles, 2000.

URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal*, Tomo I, Editorial Idemsa, Lima.

VACA ANDRADE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 4ta edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

VACA ANDRADE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 4ta edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

VALLE MUÑÍZ y QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal*, 2008.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, Revista Jurídica de Cataluña, 1984.

VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte General, Parte primera, Teoría de la ciencia del Derecho Penal*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

VÉSCOVI Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1984.

VEYNE, P, *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes?*, París, 1983.

VIEITES PEREZ, C. *Delitos de Prevaricación, Nueva regulación dentro de los Delitos contra la Administración de Justicia. Efectos de la supresión del Antejercicio*, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Edición del Consejo General del Poder Judicial, 1997.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Madrid, 2003.

VILLORO, Luis, *La idea y el ente en la filosofía de Descartes*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía, México D.F., 2009.

VIVES ANTÓN, J., BOIX REIG, E., ORTS BERENGUER, J. C., CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia.

VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte Especial*, 2004.

VON HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, Vol. I, 1925.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Traductor: Luis Jiménez de Asúa, 4ta edición. Reus. Madrid. 1999.

WALTERS, G. D., *The criminal lifestyle. Patterns of serious criminal conduct*, Sage, Newbury Park, 1990.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.

WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, Trad. ABOSO, Gustavo Eduardo y LÖW, Tea, Colección: Maestros del Derecho Penal, Vol. 6, 1ra edición, 1ra reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*. 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2da edición, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2006

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Bien Jurídico y Consentimiento en Derecho Pena*,. Letras Jurídicas Numero 6, Primavera del 2008, ISSN 1870-2155.

ZCZARANSKI, Federico, *Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*, Política Criminal, Vol. 7, No 14 (Diciembre 2012), Art. 5.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El proceso penal*, Tomo I., Edino Jurídico, Bogotá, 1989.

NORMATIVA

Código Penal Ecuador. Derogado.

Código Penal español de 1822. Imprenta Nacional. Madrid. 1822. PDF.

Código Penal español de 1850. Edición Oficial Reformada. Imprenta Nacional. Madrid. 1850. PDF.

Código Penal español de 1870. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. Edición Oficial. 1870. PDF.

Código Penal español de 1928. Publicado en la Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928. Iustel. PDF.

Código Penal español de 1932. Ley publicada en la Gaceta de Madrid de 5 de noviembre de 1932. Iustel. PDF.

Código Penal español de 1944. Publicado en el BOE de 13 de enero de 1945. Iustel. PDF.

Código Penal español de 1963. Publicado en BOE No. 84 de 08 d abril de 1963. PDF.

Código Penal español de 1973. Texto Refundido del Código Penal Publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Iustel. PDF.

Código Penal español de 1995. BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]; rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54.

Código Penal español de 1995. Trigésima Sexta Edición. Editorial Civitas. Biblioteca de Legislación. Thomson Reuters. Pamplona. 2010.

El Código de Eurico, D'Ors, Álvaro, Boletín Oficial del Estado, 2da edición, Madrid, 2014.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Estatuto de Roma. Ratificado por España en BOE 27 mayo 2002, núm. 126, [pág. 18824]; rect. BOE 29 julio 2002, núm. 180, [pág. 27884].

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Arazandi. España.

Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. España.

Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. España.

Ley Orgánica 3/1989. España.

Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio - RCL\1998\1468. Modifica el Código Penal (RCL 1995\3170) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16). BOE 16 junio 1998, núm. 143, [pág. 19789]. España.

Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre - RCL\1998\2447. BOE 6 octubre 1998, núm. 239, [pág. 33194]. Código Penal. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). España.

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril - RCL\1999\1115. BOE 1 mayo 1999, núm. 104, [pág. 16099]. Código Penal. Modifica el Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). España.

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio - RCL\1999\1555. BOE 10 junio 1999, núm. 138, [pág. 22251]. España.

Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero - RCL\2000\51. BOE 10 enero 2000, núm. 8, [pág. 881]. Código Penal. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). España.

Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero - RCL\2000\71. BOE 12 enero 2000, núm. 10, [pág. 1139]. Código Penal. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). España.

Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre - RCL\2000\2962. BOE 23 diciembre 2000, núm. 307, [pág. 45503]. Aplicada por Real Decreto 3471/2000, de 29 de diciembre RCL\2000\3030. Código Penal. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12-1-2000 (RCL 2000\90). España.

Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo - RCL\2002\1323. BOE 23 mayo 2002, núm. 123, [pág. 18360]. Código Penal y Código Penal Militar. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal y la Ley Orgánica 13/1985, de 9-12-1985 (RCL 1985\2914; ApNDL 2366). España.

Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre - RCL\2002\2878. BOE 11 diciembre 2002, núm. 296, [pág. 42999]. Código Penal-Código Civil. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). España.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre - RCL\2003\2744. BOE 26 noviembre 2003, núm. 283, [pág. 41842]; rect. BOE 16 marzo 2004, núm. 65, [pág. 11556]. España.

Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre - RCL\2003\3009. BOE 26 diciembre 2003, núm. 309, [pág. 46096]. Código Penal-Poder Judicial. Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635; ApNDL 8375) y del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). España.

Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio - RCL\2005\1291. BOE 23 junio 2005, núm. 149, [pág. 21846]. Código Penal. Modificación del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). España.

Ley Orgánica 4/2005, de 10 de octubre - RCL\2005\2010. BOE 11 octubre 2005, núm. 243, [pág. 33222]. Código Penal. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). España.

Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre - RCL\2007\2180. BOE 1 diciembre 2007, núm. 288, [pág. 49505]. Código Penal. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). España.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio - RCL\2010\1658. BOE 23 junio 2010, núm. 152, [pág. 54811]. Código Penal. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). España.

Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre - RCL\2012\1759. BOE 28 diciembre 2012, núm. 312, [pág. 88050]. Código Penal. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). España.

Reglas de Procedimiento y Pruebas del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

WEB

El Código de Eurico (Codex Euricianus). Editorial. Nueva Gothia. Web. Publicado el 2 de junio de 2010. <http://nueva-gothia.blogspot.com/2010/06/el-codigo-de-eurico-codex-euricianus.html>.

Código Penal de 1850. España. Google e-books. Tercera edición. Imprenta y Librería Politécnica de Tomás Gorchs. Barcelona. 1850. Web. http://books.google.com.ec/books?id=sWwutxmCS8gC&printsec=frontcover&hl=es&source=gs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

<http://www.ecu911.gob.ec>.

“Imputar”, Web. Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=imputar>.

MATAMORRO, Blas. *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Web. Publicado el 02 de julio de 2010. Consultado el 10 de enero de 2013 a las 11h05 GMT -5. <http://www.thecult.es/Opinion/la-sociedad-sin-hombres-niklas-luhmann-o-la-teoria-como-escandalo.html>.

MONTERO CRUZ, Estuardo, El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs, Revista Electrónica Derecho Penal Online, Web, Publicado el 02 de enero de 2008, <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>.

PIGNA, Felipe. *Babilonia*. El Historiador. <http://www.elhistoriador.com.ar/aula/antigua/babilonia.php>.

“Sexenio Democrático (1868-1874): El reinado de Amadeo I y la I República”. Historia Siglo 20. Web. <http://www.historiasiglo20.org/HE/10c-1.htm>.

“Simulación”. Web. Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=simulaci3n>.

“Simular”, Web, Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=simular>.

“Tac3grafo”, <http://es.wikipedia.org/wiki/Tac3grafo>.

JURISPRUDENCIA

S de 9 de diciembre de 1949. España.

S de 01 de junio de 1951. España.

S de 4 de noviembre de 1955. España.

S de 30 de noviembre de 1963. España.

S de 28 de junio de 1969. España.

S de 31 de octubre de 1973. España.

S de 16 de mayo de 1975. España.

S de 05 de febrero de 1976. España.

S de 18 de febrero de 1989. España.

S de 06 de octubre de 1989. España.

S de 20 de septiembre de 1991. España.

SAP Burgos, secc. 1.^a, n.º 19/2005, de 26 de febrero, fj 2.º, LA LEY 32686/2005. España.

SAP Alicante, sec. 2.^a, de 26 de septiembre de 2005, núm. 564/2005, rec. 266/2005, Juez Ponente: Faustino de Urquía y Gómez (EDE 2005/207814). España.

SAP Toledo, sec. 2.^a, n.º 45/2005, de 24 de octubre, fj 1.º, LA LEY 207014-2005. España.

SAP Cádiz, secc. 8.^a, n.º 49/2006, de 17 de febrero, LA LEY 238927/2006. España.

SAP Pontevedra, secc. 4.^a, n.º 31/2006, de 15 de marzo, fj 2.º, LA LEY 34225/2006. España.

SAP Málaga, secc. 3.^a, n.º 703/2006, de 23 de noviembre, fj 3.º, LA LEY 293812/2006. España.

SAP Castellón, sec. 2.^a, n.º 51/2007, de 25 de enero, fj 2.º. LA LEY 88420/2007. España.

SAP Barcelona, secc. 2.^a, n.º 271/2007, de 2 de abril, fj 2.º, LA LEY 112349/2007. España.

SAP Granada, sec. 1.^a, n.º 456/2007, de 2 de julio, fj 3.º, LA LEY 187118/2007. España.

SAP Madrid, secc. 3.^a, n.º 433/2007, de 20 de septiembre, fj 1.º, LA LEY 162897/2007. España.

SAP Vizcaya, secc. 2.^a, n.º 546/2007, de 28 de septiembre, fj 1.º, LA LEY 255551/2007. España.

SAP Madrid, secc. 23.^a, n.º 689/2007, de 3 de octubre, fj 2.º, LA LEY 292111/2007. España.

SAP Madrid, secc. 1.^a, n.º 418/2007, de 4 de octubre, fj 1.º, LA LEY 189115/2007. España.

SAP Álava, secc. 2.^a, n.º 344/2007, de 12 de noviembre, fj 1.º, LA LEY 251017/2007. España.

SAP Teruel, n.º 31/2007, de 15 de noviembre, fj 1.º, LA LEY 287853/2007. España.

SAP Madrid, secc. 6.ª, n.º 15/2008, de 16 de enero, fj 2.º, LA LEY 64531/2008. España.

SAP Granda, secc. 2.ª, n.º 17/2008, de 18 de enero, fj 1.º, LA LEY 139189/2008. España.

SAP Zaragoza, secc. 6.ª, n.º 27/2008, de 23 de mayo, fj 2.º, LA LEY 257166/2008. España.

SAP Barcelona, secc. 5.ª, n.º 380/2008, de 2 de junio, fj 3.º, LA LEY 104368/2008. España.

SAP Pontevedra, secc. 5.ª, n.º 97/2008, de 27 de junio, fj 1.º, LA LEY 151184/2008. España.

SAP Pontevedra, secc. 5.ª, n.º 198/2008, de 1 de diciembre, fj 1.º, LA LEY 316606/2008. España.

SAP Madrid, secc. 1.ª, n.º 102/2009. De 26 de febrero, fj 2.º, LA LEY 43393/2009. España.

SAP Madrid, Sección 1ª, Sentencia de 26 Feb. 2009, rec. 9/2009, Ponente: Alvaro López, María Cruz, LA LEY 43393/2009.

SAP Valencia, sec. 2.ª, n.º 195/2009, de 1 de abril, fj 3.º, LA LEY 324947/2009. España.

SAP Barcelona, secc. 2.ª, n.º 408/2009, de 15 de junio, fj 3.º, LA LEY 177963/2009. España.

SAP Madrid, Sección 1ª, Sentencia de 30 Jun. 2009, rec. 88/2008, Ponente: Benito López, Alejandro María, LA LEY 127858/2009. España.

SAP Madrid, secc. 1.ª, n.º 302/2009, de 30 de junio, fj 1.º, LA LEY 127858/2009. España.

SAP Zaragoza, secc. 3.ª, n.º 428/2009, de 7 de julio, fj 2.º, LA LEY 137673/2009. España.

SAP Madrid, Sección 16ª, Sentencia de 29 Jul. 2009, rec. 34/2009. Ponente: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza, LA LEY 140957/2009. España.

SAP Navarra, secc. 3.ª, n.º 122/2009, de 29 de julio, fj 3.º, LA LEY 327706/2009. España.

SAP Valencia, Sección 5ª, Sentencia de 1 Sep. 2009, rec. 30/2009. Ponente: Turiel Sandín, Carlos. LA LEY 283507/2009. España.

SAP Valencia, secc. 4.ª n.º 592/2009, de 13 de octubre, fj 8.º, LA LEY 277394/2009. España.

SAP Cáceres, 2.ª, n.º 20/2009, de 11 de noviembre, fj 1.º, LA LEY 235133/2009. España.

SAP Alicante, secc. 3.ª, n.º 661/2009, de 27 de noviembre, fj 1.º, LA LEY 323016/2009. España.

SAP Albacete, secc. 1.ª, n.º 4/2010, de 9 de febrero, fj 3.º, LA LEY 21365/2010. España.

SAP Burgos, secc. 1.ª, n.º 114/2010, de 4 de mayo, fj 2.º, LA LEY 86918/2010. España.

SAP Valladolid, secc. 4.ª, n.º 192/2010, de 4 de mayo, fj 1.º, LA LEY 93208/2010. España.

SAP Valencia, secc. 2.ª, n.º 330/2010, de 7 de mayo, fj 3.º, LA LEY 10963/2010. España.

SAP Burgos, sec. 1.ª, n.º 140/2010, de 1 de junio, fj 3.º, LA LEY 105360/2010. España.

STS de 09 de diciembre de 1949. España.

STS de 29 de enero de 1953. España.

STS de 10 de diciembre de 1954. España.

STS de 04 de noviembre de 1955. España.

STS de 24 de febrero de 1956. España.

STS de 24 de mayo de 1957. España.

STS de 15 de marzo de 1958. España.

STS de 20 de diciembre de 1959. España.

STS de 18 de junio de 1965. España.

STS de 17 de marzo de 1969. España.

STS de 10 de noviembre de 1969. España.

STS de 2 de mayo de 1970. España.

STS de 31 de octubre de 1973. España.

STS de 11 de diciembre de 1979. España.

STS de 30 de octubre de 1981, LA LEY 32568-NS/0000. España.

STS de 2 de abril de 1982, LA LEY 13398-JF/0000. España.

STS 8 de febrero de 1983, LA LEY 32568-NS/0000. España.

STS (Sala de lo Penal) de 23 de septiembre de 1987, Ponente: Excelentísimo Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo (RJ 1987/6624). España.

STS de 18 de febrero de 1989. España.

STS (Sala de lo Penal) de 01 de febrero de 1990, Ponente: Excelentísimo Dr. D. Gregorio García Ancos (RJ 1990/1025). España.

STS de 20 de septiembre de 1991. España.

STS núm. 1154/1993 (Sala de lo Penal), de 22 de mayo, Recurso núm. 739/1992. Juez Ponente: Excelentísimo Sr. Luis Román Puerta Luis (RJ 1993/4232). España.

STS de 17 de mayo de 1993. España.

STS de 17 de mayo de 1993. España.

STS (Sala Segunda de lo Penal), de 23 de septiembre de 1993, núm. 2112/1993, rec. 4875/1995, Juez Ponente: Enrique Ruiz Vadillo (EDE 1993/8200). España.

STS de 24 de enero de 1994. España.

STS de 05 de junio de 1995 (Ponente: Sr. Hernández Hernández). España.

STS de 20 de noviembre de 1995. España.

STS de 23 de diciembre de 1995. España.

STS de 21 de octubre de 1996. España.

STS Sala 2ª, de 25 de enero de 1999, núm. 36/1999, rec. 3858/1997, Juez Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater (EDE 1999/614). España.

STS Sala 2ª, de 22 de febrero de 2001, núm. 1655/2000, rec. 968/1999, Juez Ponente: Gregorio García Ancos (EDE 2001/3192). España.

STS, Sala 2ª, de 28 de marzo de 2001, núm. 20/2001, rec. 4234/1998, Juez Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón (EDE 2001/1439). España.

STS, Sala Segunda de lo Penal, Sentencia de 21 de octubre de 2002, rec. 547/2001. España.

STS de 9 de enero de 2003. España.

STS (Segunda Sala de lo Penal), de 14 de octubre de 2003, núm. 1301/2003, rec. 3116/2001, Juez Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater (EDE 2003/152579). España.

STS, Sala 2ª, de 30 de octubre de 2003, núm. 1448/2003, rec. 2061/2001, Juez Ponente: Carlos Granados Pérez (EDE 2003/127625). España.

STS (Segunda Sala de los Penal), de 19 de junio de 2004, núm. 765/2004, rec. 494/2013. Juez Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater (EDE 2004/82780). España.

STS 966/2004, de 21 de julio. España.

STS 1350 de 23 de diciembre de 2004. España.

STS, sala 2.º, n.º 1221/2005, de 19 de octubre, fj 4.º, LA LEY 14064/2005. España.

STS, sala 2.ª, n.º 268/2008, de 19 de mayo, fj 1.º LA LEY 47636/2008. España.

STS de 22 de mayo de 2008 (rec. 1166/2007). España.

STS, sala 2.^a, n.º 59/2009, de 29 de enero, fj 2.º, LA LEY 1917/2009. España.

OTROS

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXV. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954.

Enciclopedia Jurídica, Responsabilidad de la Administración, sistema de folio real, ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (Coordinador General), Tomo XX, 1ra edición, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009.