

LA FALSEDAD DOCUMENTAL: ANÁLISIS JURÍDICO- PENAL

Carolina Villacampa Estiarte
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Penal
Universitat de Lleida

A la meua família

***A en Manuel Villacampa i José Manuel Valle,
en la seua memòria***

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I- CUESTIONES PREVIAS: BIEN JURÍDICO, CONCEPTO Y CLASES DE DOCUMENTO	
1.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA FALSEDAD DOCUMENTAL	6
1.1.- Las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico como objeto de tutela	8
1.1.1.- La función de perpetuación como interés a tutelar: las tesis de SCHILLING y SAMSON	9
1.1.2.- La función de garantía como bien jurídico protegido: la tesis de PUPPE	13
1.1.3.- Consideraciones críticas en torno a estas teorías	15
1.2.- Otras concepciones del bien jurídico protegido en la falsedad documental	16
1.2.1.- Concepción sostenida mayoritariamente en Italia: La fe pública como bien jurídico tutelado en la falsedad documental	17
A) La fe pública como objeto único de tutela	19
B) La falsedad como delito pluriofensivo	27
1.2.2.- Concepciones sostenidas por la doctrina germánica..	31
A) La seguridad del tráfico jurídico como bien jurídico protegido	32
B) La prueba como bien jurídico protegido en los delitos de falsedad: la concepción de BINDING	39
1.3.- Concepción del bien jurídico mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo	46
1.4.- Toma de Posición	51
2.- EL CONCEPTO DE DOCUMENTO Y SU CONTENIDO	62
2.1.- Función de perpetuación.....	65
2.1.1.- El documento como materialización de una “declaración”: los términos “datos”, “hechos” y “narraciones” del art. 26. CP	77
2.1.2.- Formas especiales de representación de la declaración	89
2.2.- Función de garantía	93
2.2.1.- Teorías fundamentadoras de la imputación del documento a su autor	94
A) Teoría de la corporalidad	94
B) Teoría de la espiritualidad	96
C) Ulteriores formulaciones de la teoría de la espiritualidad: normativización del concepto de autor	97
2.2.2.- Signos de identificación del autor en el documento....	100

2.2.3.- Ausencia de reconocibilidad del autor en el documento	103
2.2.4.- La condición de documento de las copias simples y las fotocopias	105
2.2.5.- Omisión de la referencia al autor del documento en el art. 26 CP	111
2.3.- Función probatoria	113
2.3.1.- Criterios para la definición de la función probatoria documental: la determinación y la aptitud probatorias	117
A) La determinación probatoria	118
B) La aptitud probatoria: su relación con la relevancia jurídica	123
2.3.2.- Consideraciones conclusivas acerca de la eficacia probatoria y la relevancia jurídica en el art. 26 CP	130
3.- CLASES DE DOCUMENTOS	132
3.1.- Documentos públicos y oficiales	136
3.1.1.- El documento público	137
A) Definición extrapenal del documento público: Cuestiones críticas.....	137
B) Relación entre documento público y documento oficial: concepción unitaria del documento público.....	150
3.1.2.- El documento oficial	160
A) Concepto doctrinal del documento oficial.....	160
B) El documento oficial según la jurisprudencia del Tribunal Supremo: el denominado documento oficial por destino.....	165
C) Consideraciones conclusivas en torno al concepto de documento oficial.....	180
3.2.- Documentos mercantiles	182
3.2.1.- Caracterización doctrinal del documento mercantil.....	182
3.2.2.- Concepción jurisprudencial del documento mercantil.	189
3.2.3.- Consideraciones conclusivas sobre el documento mercantil.....	197
3.3.- El documento informático	205

CAPÍTULO II- EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE FALSEDAD: ESTUDIO DEL TIPO OBJETIVO DE LA FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO, OFICIAL Y MERCANTIL

1.- CUESTIONES PRELIMINARES: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL, EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y DERECHO COMPARADO	231
1.1.-Concepto de falsedad: definición de los conceptos de falsedad material e ideológica	231
1.1.1.- Diferenciación entre falsedad y falsificación	234
1.1.2.- Definición de los conceptos de falsedad material e ideológica	237
A) Diferenciación en función del aspecto del	

documento afectado	238
B) La tesis monista de CARRARA	244
C) La consideración de falsedad según el momento de su producción y la obligación jurídica violada: la tesis de MALINVERNI	246
D) El tipo de falsedad según la distinción entre hecho documentado y documento: la tesis de NAPPI	248
E) Recapitulación	250
1.2.- Evolución de la configuración de la falsedad documental en los diferentes Códigos españoles	254
1.3.- Tipificación de las diferentes conductas falsarias documentales en Derecho comparado	270
1.3.1.- Código penal italiano	271
1.3.2.- Código penal alemán	285
1.3.3.- Código penal francés	303
1.3.4.- Código penal portugués	308
2.- ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO	313
2.1.- Estudio de los modos comisivos enumerados en el art. 390 CP	313
2.1.1.- Afectación a la función de perpetuación del documento	315
A) Concepto de alteración	316
B) Criterios para la determinación de la esencialidad en la alteración	321
C) La alteración por el mismo autor del documento	327
....	
D) La alteración en especiales tipos de documentos ..	333
2.1.2.- Afectación a la función de garantía del documento	340
....	
A) Concepto de simulación	341
B) Concepto de autenticidad	347
C) Distinción entre engaño en el nombre y engaño en la identidad	353
D) La simulación en los supuestos de representación: la falsedad consentida	363
E) El abuso de firma en blanco	377
F) La suscripción de un documento mediante engaño o fuerza	383
2.1.3.- Afectación a la función probatoria del documento	385
A) Análisis de la modalidad comisiva prevista en el número 3º del art. 390.1 CP	393
A.a) Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido	395
A.b) Atribuir a las personas que han intervenido en el acto declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho	405
B) Faltar a la verdad en la narración de los hechos	409
B.a) La declaración del particular ante el	

funcionario y la distinción entre falsedad ideológica y simulación civil	422
B.b) La narración de hechos y la falsedad ideológica en documento dispositivo	425
2.2.- Comisión por omisión en la falsedad documental	429
2.3.- Las falsedades sobre documento inválido y falso	434
2.3.1.- Atención a las categorías civiles de la invalidez	435
2.3.2.- Tesis que parten de la independencia del Derecho penal respecto de las categorías civiles de invalidez	439
2.3.3.- Falsedad sobre documento falso	442
2.3.4.- Consideraciones personales	444
2.4.- Supuestos tradicionales de limitación de la tipicidad en la doctrina y la praxis forense	447
2.4.1.- La falsedad superflua o inútil y la falsedad inocua	448
2.4.2.- La falsedad burda o tosca: el engaño en la falsedad documental	454
A) Concepto de falsedad burda	454
B) El engaño como elemento configurador de la falsedad	459
2.5.- Conclusiones sobre el concepto jurídico-penal de falsedad	465

CAPÍTULO III- CUESTIONES DOGMÁTICAS COMUNES A LOS DISTINTOS TIPOS

1.- CUESTIONES DOGMÁTICAS RELACIONADAS CON EL TIPO OBJETIVO	469
1.1.- Sujeto activo, autoría y participación en la falsedad en documento público, oficial y mercantil	469
1.1.1.-Falsedad documental cometida por autoridad, funcionario o responsable de una confesión religiosa: sujeto activo del art. 390 CP	471
A) Concepto penal de funcionario: especial atención a los funcionarios documentadores	472
B) Análisis de la locución del art. 390.1 CP “en el ejercicio de sus funciones” : carácter especial del ilícito en él contenido	487
C) El responsable de una confesión religiosa como sujeto activo de la falsedad documental	499
1.1.2.- La falsedad documental cometida por particular: sujeto activo del art. 392 CP. El doble concepto penal de falsedad	504
1.1.3.- Problemas relativos a la autoría y la participación en la falsedad documental	517
A) Consideraciones generales: distintos grados de	

INTRODUCCIÓN¹

Las falsedades documentales han constituido tradicionalmente un grupo de ilícitos que han suscitado una compleja labor interpretativa y una dificultosa y oscilante aplicación jurisprudencial. A la ausencia de acuerdo doctrinal sobre la determinación del contenido del injusto en estas figuras típicas, pueden añadirse cuestiones problemáticas tales como la indefinición del bien jurídico, el desacuerdo acerca de la corrección o no del modelo legal de incriminación o el discutido tratamiento que ha de otorgarse a los ingentes problemas concursales que plantean.

La aprobación del Código penal de 1995 en nuestro país ha supuesto una sustancial simplificación de las tipologías falsarias. Sin embargo, no ha puesto término a los problemas suscitados por la cuestiones arriba mencionadas. A ellas pueden adjuntarse otras, generadas por la aprobación del nuevo texto punitivo, tales como la interpretación del concepto de documento otorgado por el art. 26 CP.

El estudio del delito falsedad documental puede acometerse desde dos distintas perspectivas: la que identifica falsedad con mudamiento de la verdad -con sus posteriores variantes- y la que la relaciona directamente con la alteración de las funciones que el documento desempeña. La primera de ellas plantea un grave inconveniente, centrado en la amplitud del concepto de falsedad que suscita una permanente tensión con los límites típicos que expresa la legislación penal. La segunda línea interpretativa, que aquí se acoge, otorga relevancia a la funcionalidad del documento en el tráfico jurídico como característica diferencial de la prueba documental frente a otros medios probatorios e intenta determinar la interpretación del concepto legal de falsedad por esta vía. Uno de los objetivos centrales del presente trabajo de investigación es la transposición del expediente de la triple función desarrollada por el documento en el tráfico jurídico al concepto mismo jurídico-penal de documento del art. 26 CP y a las modalidades comisivas de la falsedad descritas en el art. 390 CP como criterio rector, al objeto de descubrir los excesos y los defectos que la regulación actual presenta con relación a la figuras típicas de falsedad documental. Se intenta con ello dotar al concepto de falsedad de una perspectiva funcional que lo desligue definitivamente de la obsoleta identificación con la contrariedad a la verdad y otorgue, en consecuencia, sentido material propio a la relevancia penal de la conducta falsaria. Ello no significa que el contenido esencial del trabajo se dirija a la formulación de propuestas de política-criminal. Antes bien, la triple función que el documento está llamado a desempeñar se utiliza como principio rector en el análisis dogmático de la actual regulación.

No cabe duda de que un enfoque predominantemente dogmático de la falsedad como el que aquí se adopta puede descuidar aspectos criminológicos de

¹ La realización del presente trabajo ha sido financiada con cargo al Proyecto de Investigación PB96-1186-C02-02 de la Dirección General de Enseñanza Superior sobre "la responsabilidad jurídico-penal del funcionario público en el Código Penal de 1995".

gran trascendencia en un grupo de delitos que, como las falsedades, tiene una gran incidencia en la práctica forense. Por ello se ha procedido a abordar el análisis de la práctica totalidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en las últimas dos décadas, amén de algunas otras resoluciones anteriores de especial interés. La aprobación de un nuevo Código penal plantea retos interpretativos que los Tribunales son muchas veces los primeros en acometer; de ahí que las falsedades sobre placas de matrícula, la cualidad documental de las fotocopias o la calificación penal de la emisión de facturas por servicios inexistentes o no prestados, entre otras muchas, constituyen cuestiones cuyo análisis jurisprudencial y dogmático no podía omitirse en el presente trabajo.

A la complejidad intrínseca de la criminalidad falsaria, se añade la relacionada con la problemática concursal inherente a tipologías delictivas que, como éstas, tradicionalmente se han considerado formas comisivas específicas de ulteriores delitos. No se nos oculta la importancia que un tratamiento en profundidad de tales cuestiones hubiera tenido. No obstante, también es cierto que el mismo hubiera sido motivo suficiente para justificar la confección de otra tesis doctoral. Por tal razón, se ha optado por tratar al hilo de la exposición del propio delito de falsedad algunos de los problemas concursales con específicos ilícitos falsarios ubicados en el Título XVIII del Libro II CP o fuera de él o incluso con otros de carácter no falsario sin confeccionar un capítulo destinado a analizarlos separadamente.

Metodológicamente el trabajo se estructura en tres grandes capítulos. El primero dedicado al análisis de cuestiones previas a las tipologías falsarias. En él, además de exponer las distintas concepciones del bien jurídico manejadas -que se reflejan en el concepto de falsedad-, se analizan las tres funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico cohonestándolas con la definición formulada en el art. 26 CP. Asimismo, se determinan conceptos como los de documento oficial, público y mercantil, que constituirán el objeto o el producto de la propia acción falsaria. No puede pasarse por alto la importancia de las nuevas tecnologías de documentación y los problemas que el prejuicio del documento cartáceo ha generado en relación con ellas; por tal razón, a pesar de que el documento informático o telemático no constituya una clase documental específica, se justifica su estudio separado en esta sede.

El segundo capítulo va directamente destinado a la definición del concepto jurídico-penal de falsedad. A tal fin, se introduce el estudio de cuestiones terminológicas de carácter previo, como la diferencia entre falsedad y falsificación y entre falsedad material e ideológica y la oportunidad de su mantenimiento. Se pasa posteriormente al análisis de la evolución normativa del delito, con el fin de determinar la imbricación de las conductas típicas previstas en anteriores Códigos penales en la actual tipología. Finalmente, se expone la regulación de la falsedad en los Códigos penales italiano, alemán, francés y portugués con el único objetivo de cotejarlos con nuestro Derecho vigente, y poder así posteriormente verificar lagunas o excesos en la regulación jurídico-positiva que ofrece el CP de 1995.

Una vez efectuadas estas consideraciones introductorias, se procede a la determinación de la tipicidad propia de la falsedad documental, relacionando directamente cada una de las conductas típicas con la función documental a la que directamente afectan. Al mismo tiempo, antes de proponer una definición de la falsedad jurídico-penal, se analizan cuestiones tradicionalmente problemáticas como la falsedad sobre documento inválido o falso, la admisibilidad de la comisión

por omisión, la falsedad denominada inocua y la superflua, así como, en especial, la falsedad burda o tosca.

El tercer capítulo se destina al estudio de cuestiones comunes a las distintas tipologías. A tal efecto, la problemática generada por la participación del *extraneus* en delitos especiales viene precedida de la determinación del sujeto activo en los delitos previstos en los arts. 390 y 392 CP. Asimismo, se procede, en segundo lugar, a la fijación del momento consumativo de la falsedad y establecimiento de la relación de este delito con la mal llamada falsedad impropia -o de uso-. Como cuestiones relacionadas con el tipo subjetivo de la falsedad documental, se analiza, para terminar, la composición del dolo en el delito objeto de estudio y su compatibilidad con la previsión de la falsedad imprudente propia del funcionario.

En conclusión, objetivo del presente trabajo ha sido el asentamiento de nuevas bases sobre las que construir la dogmática de la falsedad documental. Afortunadamente las mismas van siendo ya acogidas por la doctrina y un sector de la jurisprudencia en nuestro país. Sin embargo, la existencia de recientes resoluciones jurisprudenciales que criminalizan conductas que según la opción interpretativa aquí adoptada estarían ya desterradas de la falsedad documental, constituye un indicio más, que determina la necesidad de un acometimiento consecuente y seguramente provechoso de la perspectiva funcionalizadora en este grupo de ilícitos.

La presente obra constituye el contenido esencial de mi tesis doctoral, que fue defendida el día 15 de mayo de 1998 en la Facultad de Derecho y Economía de la Universitat de Lleida. El Tribunal ante el que se defendió, presidido por el Dr. Gonzalo Quintero Olivares y compuesto por los Dres. Juan Córdoba Roda, Joan Carles Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco y Mercedes García Arán, le otorgó la calificación de *apto cum laude* por unanimidad. A todos los integrantes del Tribunal, en especial a quien lo presidió, quiero manifestarles mi gratitud por su disposición y sus consejos y justas observaciones, que he intentado reflejar en la presente publicación.

No quisiera finalizar esta introducción sin agradecer a todos aquellos que me alentaron durante estos años que así lo hicieran. El magisterio de mis directores de tesis, los Dres. Fermín Morales Prats y Josep M^a Tamarit i Sumalla, así como su dedicación y su apoyo, añadido al que me han prestado siempre mis compañeros del área de Derecho Penal de la Universitat de Lleida, han supuesto y suponen para mí un incentivo diario, demasiado precioso para expresarlo en estas pocas palabras.

CAPÍTULO I
CUESTIONES PREVIAS: BIEN JURÍDICO, CONCEPTO Y
CLASES DE DOCUMENTO

1- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA FALSEDAD DOCUMENTAL

Para iniciar el estudio de la intrincada cuestión sobre cuál sea el bien jurídico protegido en las falsedades documentales, debe hacerse mención a la rúbrica del Título XVIII del Libro II CP, que reza “de las falsedades”, de modo que no da pista alguna acerca del objeto de protección de los distintos delitos en él contemplados. Con ello, el legislador, al igual que ha ocurrido con los anteriores Códigos penales¹, ha pretendido orillar esta debatida cuestión y así como en otros grupos de delitos las rúbricas utilizadas en el Código sirven de modo determinante para averiguar el interés jurídico protegido, esto no ocurre en los delitos de falsedad, que se encuentran ubicados en el texto punitivo más atendiendo al modo comisivo que al bien jurídico que se trata de tutelar que, dicho sea de paso, no tiene porqué ser idéntico en todos los ilícitos comprendidos en este título XVIII².

La indeterminación de la rúbrica constituye una muestra de las tan dispares opciones que la doctrina ha mantenido a lo largo de los años en la caracterización de los objetos de protección en este grupo de ilícitos. Un repaso al pensamiento jurídico relacionado con la falsedad documental evidencia que las opiniones han ido desde quienes consideran que lo tutelado es el derecho a la verdad, hasta quienes entienden que el objeto protegido es el documento mismo o alguna de las funciones que éste desempeña en el tráfico jurídico, pasando por quienes defienden que se trata de la fe pública, la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico o el ataque a verdad de la prueba documental.

En este contexto de controversia, incluso VON LISZT³ llegó a negar la existencia de un bien jurídico autónomo protegido por la falsedad documental, delito que, según su opinión, se caracterizaría por el medio de ataque y que protegería distintos bienes jurídicos, coincidentes con aquellos para los que cada concreto documento tenga relevancia en el tráfico jurídico. En parecido sentido se ha manifestado ARAGONA, quien entiende que los delitos de falsedad son siempre

¹Excepción hecha del Código penal de 1822 que se refería a este grupo de ilícitos como “Delitos contra la fe pública” y del PLOCP de 1980, que utilizaba la misma rúbrica.

²Tal posición no la comparte, sin embargo, toda la doctrina, de ahí que se haya acudido a formulaciones tan genéricas del bien jurídico como la fe pública o la seguridad en el tráfico. El específico interés en encontrar un bien jurídico común a todas las modalidades falsarias resulta patente, v. gr., en la obra de PROTO, *Il Problema dell'antigiuridicità nel falso documentale*, S. F. Flaccovio Editore, Palermo, 1952, pp. 30-48. Que el indeterminado concepto de fe pública constituye un expediente susceptible de integrar el objeto de protección de cualquier delito de los incluidos en el Tít. XVIII, Libro II CP, y cualquiera que sea el objeto sobre el que la acción recaiga, lo demuestra que DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, *Objeto jurídico y sujeto pasivo de la falsificación de moneda*, en *Doctrina Penal*, nº 33/34, 1986, pp. 42 y ss., postula el mantenimiento de tal bien jurídico también en la falsedad de moneda.

³Cfr. LIZST/SCHMIDT, *Deutsches Strafrecht. Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25. vollkommen durchgearbeitete und zum Teil umgestaltete Auflage, Walter de Gruyter & Co. Verlag, Berlin/Leipzig, 1927, p. 739, mantiene que lo común en las acciones falsarias incluibles en el § 267 StGB está en que las mismas recaen sobre el documento, en un medio de prueba, siendo el mismo no el fin, sino el medio de ataque, por lo que el legislador no protege el documento, sino aquellos bienes jurídicos para los que el documento resulta de alguna importancia.

instrumentales, se prevén y penan no por sí mismos, sino en relación con todos aquellos intereses que éstos, por su propia naturaleza, tienden a ofender⁴.

Tal posicionamiento supone admitir la existencia en el Código penal de ilícitos carentes de un contenido de injusto o, lo que es lo mismo, de injusto que varía en función de los distintos supuestos, pero que, en todo caso, no es propio de la falsedad documental. Según esta opinión la falsedad será merecedora de pena en función de que se afecte al honor o patrimonio, por ejemplo, de un determinado individuo o grupo de individuos, olvidando que para la tutela de dichos bienes jurídicos ya incorpora el texto penal ilícitos distintos a la propia falsedad. Esto supone tanto como negar la antijuricidad material de los ilícitos contemplados en los arts. 390 y ss CP, lo que, de admitirse, podría incluso conducir a postular la desincriminación de tales conductas, teniendo en cuenta el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁵.

Lo que en ningún momento debe olvidarse cuando se analizan posiciones negadoras de un bien jurídico propio en la falsedad documental es que las mismas parten del desencanto generado por aquellos expedientes, demasiado indeterminados, erigidos en algún momento como objeto de tutela en este delito, tal como lo demuestran las críticas de que se ha hecho objeto el concepto fe pública⁶. Por tal razón, cabe preguntarse si la caracterización lo suficientemente amplia de un bien jurídico que sirva para acoger en su seno a todos los delitos que el Código incluye entre las falsedades puede llevarnos a un resultado satisfactorio.

Observando el desarrollo histórico de las distintas formulaciones del objeto jurídico tutelado por las falsedades documentales, resulta evidente que la progresiva concreción del bien protegido, en contraposición a la tesis que postula la ausencia del mismo, ha sido la opción que ha ganado terreno. De la indeterminación absoluta inherente a la idea de un supuesto derecho a la verdad se pasa posteriormente a indeterminaciones más relativas como las de la fe pública o la seguridad en el tráfico jurídico, que aún pueden ser objeto de tutela en todo tipo de falsedades. No obstante, es cuando el objeto protegido se centra en las características del documento, primero en tanto que medio de prueba y, posteriormente, en cuanto que objeto productor de una serie de funciones, cuando puede empezar a hablarse de configuración de un bien jurídico con verdadero contenido dentro de las falsedades documentales. Esta es la razón de que en este trabajo se otorgue mayor atención a aquellas formulaciones que, como las basadas en las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, consiguen un mayor grado de efectividad en la formulación del objeto de tutela, y sea con ellas con las que se inicie el estudio de las distintas posiciones, sin que ello sea óbice para que se dé cuenta, aunque más sucintamente, de otras posiciones de las que éstas traen causa o de aquellas, que sin haberlas influido, las han precedido en el tiempo.

⁴Vid. ARAGONA, *Reato plurioffensivo, categoría operativa e non meramente descrittiva (a proposito dei delitti di falso)*, en RIDPP, 1971, pp. 960 y ss.

⁵Sobre este principio, así como de los de mínima intervención y subsidiariedad, y su relación con el concepto jurídico-penal de bien jurídico vid. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*, en *Estudios penales y Criminológicos*, XIV, 1991, pp. 205 y ss; PORTILLA CONTRERAS, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, en CPC, nº 39, 1989, pp. 723 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en ADPCP, 1990, fasc. II, pp. 5 y ss; ALVAREZ GARCÍA, *Bien jurídico y Constitución*, en CPC, nº 3, 1991, pp. 5 y ss; FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio de política criminale*, en RIDPP, 1982, pp. 42 y ss.

⁶LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 739, parte, para fundamentar su opinión, de que el Derecho común, a través de la caracterización de la falsedad documental bajo el indeterminado concepto de la falsedad como lesión de la fe pública ("*öffentliche Treue*"), ha complicado esencialmente la interpretación de este delito.

1.1- Las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico como objeto de tutela

Quienes ponen el acento en las funciones que el documento desarrolla como bien jurídico protegido en la falsedad documental abogan por el establecimiento de un objeto de protección en este delito distinto del propio de otros ilícitos falsarios. Esto es, partiendo de la singularidad del documento como medio de prueba en relación con los otros medios de prueba existentes en Derecho, sobre todo en relación con la declaración oral, aparecen una serie de rendimientos que caracterizan al documento como tal medio, éstos son las llamadas funciones de perpetuación, de garantía y probatoria que el documento desempeña. Es justamente el reconocimiento de esta especificidad del documento lo que en Alemania, allá por los años sesenta, hizo surgir en algunos autores la consideración de que una de tales funciones, distinta según las diferentes opiniones, tenía capacidad para erigirse en bien jurídico propio en la falsedad documental.

Estas posturas, que podrían denominarse funcionalistas, no implican necesariamente la adopción de una orientación sociológica en el concepto de bien jurídico. Ello no obstante, no puede pasar inadvertido que la atención otorgada a la funcionalidad del documento es más fácilmente conciliable con una fuente extrajurídica que con una normativo-constitucional en la determinación del objeto de tutela en este concreto ilícito.

Tales posiciones no son, sin embargo, gratuitas, pues suponen la concreción de otras que en momentos anteriores habían dirigido su atención al documento mismo, en tanto que medio de prueba, como objeto jurídico de la falsedad documental⁷. No obstante, característica de estos autores, a diferencia de aquellos que, como KIENAPFEL⁸, se decantaron por considerar que el documento como medio probatorio específico era el bien jurídico protegido en la falsedad documental, es poner el acento en una específica función de las que el documento desempeña en el tráfico jurídico. En este sentido, las primeras formulaciones funcionalistas, las efectuadas por SCHILLING y SAMSON, destacan la función de perpetuación como objeto de protección, mientras la más moderna, preconizada por PUPPE, atiende preferentemente a la función de garantía que el documento desempeña como bien jurídico.

1.1.1- La función de perpetuación como interés a tutelar: las tesis de SCHILLING y SAMSON

La primera de las formulaciones en el tiempo que defiende la función de perpetuación como bien jurídico protegido en la falsedad documental es la efectuada por SCHILLING. Este autor, tras criticar la inoperancia de todas las tesis anteriores vertidas sobre esta cuestión, llega a la conclusión de que lo que específicamente se protege en la falsedad documental es la institución del

⁷Inspirador máximo y, por tanto, fundador de esta corriente puede considerarse a BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, Zweiter Band, Erste Abteilung, 2. vermehrte Auflage*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1904, p. 115, para quien el objeto de ataque en este delito lo constituye la pureza del acto probatorio conseguida mediante la autenticidad y la veracidad del medio de prueba.

⁸Vid. KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährungsträger. Dogmatik, Kriminalpolitik und Reform*, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt am M., 1979, pp. 119 y 162-163, quien, basándose en el principio de los portadores de garantía diferenciados -*das differenzierte Gewährungsträgerprinzip*- por él enunciado, concluye que estos diferentes portadores de garantía, así la moneda, los signos de valor, los registros técnicos, etc., constituyen auténticos bienes jurídicos para los respectivos ilícitos penales que criminalizan manipulaciones falsarias en ellos cometidas.

documento⁹. Sin embargo, no es una materialidad documental sin más la que se hace acreedora de tutela, sino el documento en tanto que institución porque al mismo le corresponde una característica que lo diferencia claramente de la declaración oral. Según este autor “el documento sirve a la materialización y con ello a la persistencia de una declaración jurídicamente relevante que puede fundamentar el convencimiento de los demás”¹⁰. Este rendimiento del documento, que constituye la función de perpetuación, es lo que los tipos descritos en el § 267 y ss. StGB protegen, y lo que diferencia a la declaración documental de las declaraciones orales, de las que no puede predicarse que cumplan tal función. La diferencia estructural entre ambas formas de declaración es lo que da lugar al elemento adicional en la declaración escrita y con ello al bien jurídico propio de la falsedad documental, justificando así que el objeto de protección en la falsedad documental haya de establecerse de forma independiente al de los delitos de expresión¹¹.

La ventaja de mayor seguridad que los documentos suponen en relación con otros medios de prueba utilizados en el tráfico, tal como lo exigen las necesidades de la vida de los hombres en comunidad, y que viene fijada por la durabilidad física que al documento resulta consustancial, justifica el reconocimiento de los delitos documentales como grupo independiente de infracciones¹².

Aunque este autor pone el acento en la función de perpetuación del documento, no puede dejar de reconocer, sin embargo, que en las falsedades contempladas en el § 267 StGB, la voluntad del Estado es asegurar la autenticidad del documento, necesaria también para el sostenimiento del tráfico documental general¹³; lo que, a pesar de que el autor no lo diga, tiene más que ver con la función de garantía que con la de perpetuación, al menos tal como él la concibe.

Es decir, aunque SCHILLING reconoce que la función de perpetuación en exclusiva es la que se protege con la falsedad documental, se deduce de sus palabras¹⁴ que la misma tan sólo es atacada inmediatamente en algunos tipos falsarios, pero no en aquellos que, como el contenido en el § 267 StGB, representan la norma central en la falsedad documental. De manera que acaba concluyendo que tanto la autenticidad como la subsistencia o permanencia del documento constituyen expedientes que caracterizan sus funciones en el tráfico jurídico¹⁵.

Más elaborada que la tesis de SCHILLING, pero también posterior, es la concepción de SAMSON. Este autor, al igual que el precedente, parte de que el objeto de protección en la falsedad documental lo constituye también la función de

⁹Cfr. SCHILLING, *Der strafrechtliche Schutz des Augenscheinsbeweises. Ein Beitrag zur Lehre des Beweismittelfälschung*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1965, pp. 141-142, en que afirma que objeto de protección en los §§ 267-281 StGB es la institución del documento mismo, a salvo quizá del § 281, en que se penaliza el uso abusivo de documento de identidad auténtico por parte de quien no es su titular, que según este autor debería estar fuera del capítulo dedicado a las falsedades documentales.

¹⁰Vid. SCHILLING, o. u. c., pp. 139-140.

¹¹En este sentido SCHILLING, o. u. c., p. 140.

¹²SCHILLING, o. u. c., p. 141.

¹³SCHILLING, o. u. c., p. 142.

¹⁴En tal sentido, SCHILLING, o. u. c., p. 142, al mencionar la ocultación de documento, prevista dentro de las falsedades documentales en el § 274 StGB, reconoce que mediante esta acción se hace fracasar “inmediatamente” dicha función. La idea de que en el trasfondo de la función de perpetuación como bien jurídico se aloja asimismo la de garantía puede también deducirse de lo que se contiene en p. 109, al mencionar que el cambio del tenor de un documento ya existente por quien no puede hacerlo, esto es, la falsificación documental -*Verfälschung*-, constituye el “más significativo” objeto de ataque a esta función en el § 267 StGB, pero sin afirmar lo mismo en relación con la creación de un documento inauténtico -*Fälschung*- que el mismo tipo prevé.

¹⁵SCHILLING, o. u. c., p. 142.

perpetuación del documento, aunque extrae de tal afirmación distintas consecuencias en función del tipo de documento. La divergencia fundamental entre ambas concepciones, que justifica los resultados ulteriores que SAMSON deduce de la suya propia, la constituye el distinto entendimiento de la función de perpetuación en el documento. Mientras SCHILLING, tal como se infiere de lo dicho, considera que la perpetuación propia del documento consiste, según generalizadamente se entiende, en la fijación perdurable de una declaración humana en un determinado soporte material, SAMSON considera que la intangibilidad del soporte al que la declaración se incorpora es sólo un aspecto de dicha función¹⁶, que también se conforma por la persistencia del significado abstracto de los términos¹⁷.

Según la opinión de SAMSON la función de perpetuación estaría compuesta por dos elementos: por un lado, el tradicional de la perduración en el tiempo de los concretos signos, de su permanencia física, y, por otro, la “estabilidad de la clave”, o la permanencia en el tiempo del significado de los signos. Esto trae como consecuencia que no pueda hablarse de función de perpetuación en aquellos documentos en que el lenguaje usado no sea el convencional, sino uno adoptado por el acuerdo de ambas partes cuando una de ellas impugna posteriormente tal acuerdo, pues entonces ya no puede hablarse de permanencia semántica, del mismo modo que puede hablarse de falsificación documental ya en aquellos supuestos en que se cambia la clave que determina el significado de los signos, pues se afecta con ello al segundo de los aspectos propios de la función de perpetuación¹⁸. Tal perdurabilidad semántica de los signos que componen el documento, o lo que es lo mismo, de la clave, depende de lo extenso que sea el círculo de personas en el que dicha clave se utilice, de manera que el uso generalizado de la misma es un aspecto esencial para efectuar la separación entre declaraciones que cumplen la función de perpetuación y las que no, así como que también ejerce un importante papel como elemento de juicio a estos efectos la separación de la clave de aquellos que estén interesados en el proceso de prueba¹⁹.

También SAMSON, de modo parecido a como ya lo hiciera SCHILLING, atiende a las diferencias existentes entre la declaración oral y la escrita como fórmula para determinar aquel específico efecto que hace al documento merecedor de una especial protección penal. Considera que la especialidad del documento, en tanto fija una determinada declaración en el tiempo, es lo que determina su superioridad en relación con la prueba testimonial²⁰, puesto que permite que su prueba se haga independiente de la capacidad de recordar de un testigo o de una parte en el proceso, además de poderse repetir la misma prueba en incontables ocasiones²¹. Pero dicha superioridad del documento determina al mismo tiempo su

¹⁶Cfr. SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen. Die verkörperte Gedankenerklärung als Merkmal des strafrechtlichen Urkundenbegriffs*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1968, p. 120. A diferencia de SCHILLING, que alude a la función de perpetuación con el término *Perpetuierungsfunktion*, SAMSON se refiere a ella como *Perpetuierungsleistung*.

¹⁷SAMSON, o. u. c., p. 120.

¹⁸Vid. SAMSON, o. u. c., pp. 120-121.

¹⁹SAMSON, o. u. c., p. 122.

²⁰En este sentido, SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band II, *Besonderer Teil* (§§ 80-358), 6. neubearbeitete Auflage, hrg. Rudolphi, Horn, Samson, Günther, Stand 34. Lieferung, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1994, § 267, nm. 3.

²¹Para SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., p. 117, la función de perpetuación desempeña sus efectos en dos direcciones: una inmediata, en tanto el receptor de la declaración adquiere conciencia de que la decisión por él tomada con base en el contenido del documento es menos arriesgada, pues al tener en sus manos la posibilidad de probar está más asegurado; la otra más mediatizada, consistente en que el

debilidad, dado que en el documento resulta mucho más fácil que en la declaración oral que se produzca un engaño acerca de la identidad del autor de la declaración. Es decir, en el tráfico jurídico se cuenta con que los documentos son generalmente auténticos, pues generalmente proceden efectivamente de quien en los mismos aparece como autor. Sin embargo, el engaño sobre este extremo resulta mucho más fácil en la declaración escrita que en la oral, ya que en la del primer tipo la producción del documento, y la consiguiente emisión de la declaración, se realizan prácticamente siempre sin que el receptor esté presente²². Aún más, el engaño resulta más fácil y más peligroso, al poder provocar la producción de comportamientos jurídicamente relevantes, por cuanto el receptor del documento suele creer que está en posesión de un medio de prueba especialmente seguro²³. Pero además, la misma fijación física de la declaración determina la posibilidad de que tras su emisión puedan efectuarse alteraciones en la misma²⁴.

En definitiva, el documento, por las ventajas que conlleva constituye una valiosísima herramienta en el tráfico jurídico, razón por la cual genera confianza. No obstante, la amenaza penal no se establece en virtud de la vulneración de dicha confianza, sino que se justifica por los específicos rendimientos de este medio de prueba, que pueden englobarse en la función de perpetuación. El objeto de protección lo constituye la institución del documento, de forma que el ataque a dicha institución pone en peligro la confianza que la sociedad tiene en la autenticidad del documento²⁵.

La tesis de SAMSON no acaba, como ocurría con la propugnada por SCHILLING, en la mención a la función de perpetuación referida al engaño sobre la identidad del librador, lo que, en puridad, supone la inclusión de la función de autenticidad -aunque tampoco él lo exprese abiertamente-, sino que se refiere a los distintos matices que a tales funciones corresponden según estemos ante un documento dispositivo o testimonial. Por un lado, en el documento testimonial²⁶, su utilización como actual medio de prueba supone que el autor del documento responde de la veracidad de lo manifestado, por lo que la mayor garantía de la veracidad inmanente a la función de perpetuación del documento en estos casos tiene una gran importancia en el ámbito procesal, que no pierde en un ámbito preprocesal, puesto que en este caso se le da al receptor de la declaración la posibilidad perdurable de probar lo que el documento dice²⁷. Cuando el documento testimonial funciona como potencial medio de prueba, el receptor de la declaración ya es conocedor de los hechos, con lo que frente a él no se puede probar nada más, pero la tenencia de este instrumento le otorga una posición privilegiada, fruto de su función de perpetuación, puesto que el documento, frente a la declaración oral, aún está en situación de provocar la reacción que se espera de la contraparte²⁸. Por tales razones, la superioridad del documento testimonial respecto de la declaración oral no consiste sólo en la fijación material de una declaración,

receptor de la declaración confía con mayor fuerza en la veracidad de la misma a causa de la posibilidad de prueba que el documento le otorga.

²²Cfr. SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., p. 118; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (1. Teil)*, en JA, 1979, p. 527.

²³En este sentido, SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., pp. 117-118.

²⁴Vid. SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, en JuS, 1970, p. 370.

²⁵En este sentido, SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., pp. 118-119.

²⁶Para SAMSON documento testimonial es aquel que tiene básicamente por finalidad transmitir una información de su autor a otra persona, de modo que el receptor cree en el autor del documento y en la veracidad de los hechos que se afirman. Cfr. SAMSON, o. u. c., p. 111. Sobre el concepto de documento testimonial vid. infra Cap. I, apartado 2.3.

²⁷En este sentido, SAMSON, o. u. c., pp. 112-113.

²⁸SAMSON, o. u. c., p. 113.

sino en que resulta específicamente indicado para provocar una reacción jurídicamente relevante²⁹.

Por otro lado, la especificidad de la función de perpetuación en los documentos dispositivos es distinta de la de los testimoniales³⁰. Cuando el documento dispositivo se usa como medio de prueba potencial juega el mismo papel que el documento testimonial, puesto que funciona como mero mecanismo de transmisión de información, por lo menos en aquellos supuestos en que con el documento se crea la misma relación jurídica. Incluso aquí es superior a la declaración oral, pues concede al receptor del documento la prueba que éste necesita como base para fundamentar su reacción jurídicamente relevante³¹. Dicha superioridad, al igual que ocurría con los documentos testimoniales, no sólo se demuestra cuando el documento dispositivo funciona como potencial medio de prueba, sino también cuando lo hace como medio de prueba actual, dado que en el documento se conserva un elemento de proceso que se prueba- que no es otro que la emisión de la declaración mediante la negociación del documento- y que puede ser presentado inmediatamente en el proceso probatorio, con lo que, en este aspecto, el documento dispositivo supera incluso al testimonial.

La tesis de la protección de la función de perpetuación propugnada por SAMSON, por cuanto es más elaborada que la sostenida por SCHILLING, ha sido aquella a la que algunos autores, como KIENAPFEL³² o RHEINECK³³, se han sumado.

1.1.2- La función de garantía como bien jurídico protegido: la tesis de PUPPE

A diferencia de quienes sostienen que de entre las funciones que el documento desarrolla es la de perpetuación la que determina el objeto de protección en la falsedad documental, considera PUPPE que lo que se tutela con estos delitos es la función de garantía propia del documento³⁴. Para efectuar tal

²⁹Cfr. SAMSON, o.u.c., p. 115.

³⁰SAMSON, o. u. c., p. 116. Sobre el concepto de documento dispositivo, que es aquél que incluye una declaración de voluntad y se dirige a la producción de efectos jurídicos tales como el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica, vid. infra Cap I, apartado 2.3.

³¹SAMSON, o. u. c., p. 116, que también en este caso atribuye tal superioridad a la función de perpetuación del documento.

³²Si bien KIENAPFEL se había decantado en un principio por considerar que la institución del documento sin más especificaciones constituía el objeto de protección en la falsedad documental, vid. supra nota 8, posteriormente, en *Zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung*, en Jura, 1983, Heft 4, p. 186-187, se refiere expresamente a SAMSON como el defensor de la protección de la función de perpetuación en la falsedad documental, a diferencia de SCHILLING, que según él reconoce a la institución del documento como bien jurídicamente protegido, a pesar de acabar postulando que tanto la función de perpetuación como la de garantía constituyen ambas los criterios esenciales del documento.

³³RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1979, p. 126, considera que la posición de SAMSON, dentro de la de los distintos autores funcionalistas, constituye la preferible, aunque reconoce que dicho autor no da una exacta definición del concepto de falsedad, al no determinar qué tipo de imputación entre declarante y declaración ha de aparecer a través de la indicación del librador.

³⁴En este sentido, PUPPE, *Die Fälschung Technischer Aufzeichnungen*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1972, pp. 175; PUPPE, *Die Bedeutung der Geistigkeitstheorie für die Feststellung des Urkundenausstellers bei offengelegtem Handeln für einem anderen*, en NJW, 1973, p. 1871; PUPPE, *Urkundenfälschung*, en Jura, 1979, Heft. 12, p. 632; PUPPE, *Unzulässiges Handeln unter fremdem Namen als Urkundenfälschung*, en JR, 1981, p. 442; PUPPE, *Zur Abgrenzung von Urkunden-"Echtheit" und Urkundenwahrheit in Fällen von Namenstäuschung -BGH-Beschl. v. 21.3.1985- 1 StR 520/84-*, en Jura 1986, p. 22; PUPPE,

afirmación parte del entendimiento de que el engaño característico en toda falsedad documental lo constituye el que recae sobre la identidad del autor del documento³⁵. Sin embargo, para determinar quién sea autor de la declaración documental reacciona contra el sentido que usualmente se le da a la llamada teoría de la espiritualidad -*Geistigkeitstheorie*³⁶-, estableciendo que declarante lo será aquél que se encuentre ligado por una determinada relación jurídica con la declaración escrita, esto es, aquél a quien jurídicamente pueda imputársele la declaración³⁷. La relación que se establece entre el declarante y su declaración es una relación jurídica específica distinta de la establecida con el productor o el redactor del texto que el documento contiene, e incluso distinta de la entablada entre la declaración y aquél a quien el contenido de la misma concierne³⁸. Condición, pues, en todo tipo de documentos es la imputación de la declaración emitida a un sujeto de derecho, de manera que tal postulado puede afirmarse tanto de los documentos de carácter dispositivo como de los testimoniales³⁹.

En definitiva, concibe la producción del documento como una acción jurídica para la que resulta esencial la consideración de que el documento es acción de una determinada persona, pues es esta la base sobre la que puede imputarse jurídicamente la declaración a su autor y que hace posible la producción de consecuencias jurídicas⁴⁰. Por ello, cuando una persona emite un documento utilizando un nombre distinto al suyo, haciendo imposible establecer la imputación de la declaración a su autor, se está engañando sobre la identidad del autor del documento, con lo que puede conseguirse que la declaración produzca efectos jurídicos pero evitando responder por la misma⁴¹. Es esta situación la que el tráfico jurídico no puede tolerar. Es decir, al tráfico jurídico le interesa solamente el hecho de que una determinada persona ha emitido una específica declaración, lo que es suficiente para imputar a dicha persona las consecuencias que del documento se deriven, aunque eso lo posibilita solamente el documento auténtico, aquél en el que es posible establecer una relación de imputación jurídica entre autor y declaración⁴².

Cuando una persona emite un determinado documento escondiendo su auténtica identidad a nadie se le puede imputar esa declaración, nadie responde por la misma. Se ha introducido entonces en el tráfico jurídico una declaración aparente -*Scheinerklärung*⁴³, un "fantasma de declaración jurídicamente

Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, II Lieferung, § 267, nms. 8-11.

³⁵PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., p. 173.

³⁶Sobre este concepto y su contraposición con el de la *Körperlichkeitstheorie* vid. infra cap. I, apartado 2.2.1.

³⁷Vid. PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., p. 174.

³⁸En este sentido, PUPPE, *Zur Abgrenzung von Urkunden-"Echtheit" und Urkundenwahrheit in Fällen von Namenstäuschung*, op. cit., p. 22. Tales puntualizaciones las establece para poder afirmar la autenticidad del documento aun en casos en que se emita actuando en representación abierta o encubierta de otra persona.

³⁹Cfr. PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., p. 174. Sin embargo, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 9, reconoce que a pesar de darse tal condición en ambos tipos de documentos, existe un hecho diferencial entre los mismos, pues en los documentos testimoniales, además de subyacer un interés en la autenticidad, aparece también un específico interés en la veracidad del documento. En el mismo sentido, PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 633.

⁴⁰Vid. PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., p. 174.

⁴¹PUPPE, *ibidem*.

⁴²En este sentido, PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 632.

⁴³Vid. PUPPE, *Zur Abgrenzung von Urkunden-"Echtheit" und Urkundenwahrheit in Fällen von Namenstäuschung*, op. cit., p. 22, entendiéndose por tales declaraciones aquellas en las que una determinada persona aparece como declarante sin estar con el texto en la

relevante⁴⁴. Es justamente la introducción de tales apariencias jurídicas lo que se trata de evitar con la tipificación de las falsedades documentales. El documento es una declaración perpetuada, producto inmediato de la acción de declaración y expresión duradera de la voluntad o afirmación con efectos jurídicos de un determinado sujeto⁴⁵. La declaración vale como tal en el tráfico jurídico justamente por la voluntad del declarante, por ello el Ordenamiento jurídico y el tráfico con él relacionado se atienen a ese objeto corporeizado en tanto que acción de declaración, pues se supone que representa la voluntad del declarante. De tal manera, el objeto material alcanza en el tráfico el valor de la declaración misma, presuponiendo que el declarante responde de este objeto material como de su declaración, lo que constituye la función de garantía que el documento desempeña⁴⁶. El declarante, en una palabra, responde del documento del mismo modo en que lo hace de su declaración. En ello es en lo que se fundamenta la especial fuerza del documento, lo que conduce a la criminalización de las conductas que tienden a la ruptura de la mencionada relación jurídica entre declarante y declaración. Con la tipificación de las falsedades documentales, en definitiva, se pretende evitar la introducción en el tráfico jurídico de declaraciones, en este sentido, aparentes⁴⁷. Se tutela el interés del tráfico jurídico en que quien aparece como declarante de una determinada declaración corporeizada esté realmente tras esa declaración en la específica relación de declarante⁴⁸.

1.1.3- Consideraciones críticas en torno a estas teorías

Las teorías funcionalistas del bien jurídico protegido en la falsedad documental, cercanas a una concepción social del bien jurídico-penal, a pesar de ser las más depuradas y constituir, por tanto, la base sobre la que se partirá para elaborar una concepción propia del bien jurídico en este delito, han estado, sin embargo, sometidas a objeciones. Su relativa novedad y, por supuesto, su mayor contenido, han evitado que las críticas hayan sido tantas o tan contundentes como las efectuadas en relación con otros posicionamientos.

Por un lado, se ha objetado a SCHILLING que su concepción del bien jurídico en consideración a la utilidad para el tráfico jurídico de la materialización de la declaración que el documento supone no logra explicar por qué no es necesaria la protección de la veracidad -no sólo de la autenticidad- del documento, y con ello no se criminalizan las mentiras escritas, si también este extremo supondría una mayor utilidad para el documento⁴⁹. Esto es, la mayor utilidad del documento respecto de la declaración oral tal como la plantea SCHILLING no diferencia suficientemente entre autenticidad y veracidad, de forma que supone el peligro de

específica relación en la que un declarante debe estar, porque ni ha efectuado él mismo la declaración ni ha apoderado a nadie para actuar en su nombre.

⁴⁴Cfr. PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 632, califica plásticamente de "*Phantom einer Rechtsgeschäftlichen Erklärung*" al documento dispositivo inauténtico, que sólo de forma aparente fundamenta efectos jurídicos para el autor y para los terceros.

⁴⁵PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., p. 175.

⁴⁶PUPPE, *ibidem*.

⁴⁷Vid. PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 633, establece que "la ratio legis del § 267 StGB es la protección del tráfico jurídico de declaraciones aparentes, fantasmas de acciones jurídicas, que circulan en el tráfico jurídico con forma perdurable, conforman relaciones jurídicas aparentes que se convierten en nada cuando se las agarra". Vid. también PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 8, en que se refiere al interés del tráfico jurídico en quedar libre de la incorporación de declaraciones aparentes.

⁴⁸PUPPE, *Zur Abgrenzung von Urkunden- "Echtheit" und Urkundenwahrheit in Fällen von Namenstäuschung*, op. cit., p. 22.

⁴⁹En este sentido, RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., p. 122.

conducir a la necesaria criminalización de las meras inveracidades en un documento para proteger también la corrección de su contenido.

Por otra parte, se ha considerado que la tesis de SAMSON, aunque parte de bases correctísimas, no explica por qué se protege la falsedad de documento y no la de los objetos perceptibles por los sentidos que tienen cierta perdurabilidad⁵⁰.

Por último, tampoco la tesis que defiende que lo que se protege es la función de garantía ha estado exenta de objeciones. Se ha considerado que la posición de PUPPE subordina la investigación del bien jurídico protegido en la falsedad al del correcto entendimiento de la teoría de la espiritualidad, con lo que la deducción del sentido de la teoría de la espiritualidad del bien jurídico protegido la lleva a un círculo vicioso⁵¹.

Sin embargo, la crítica común que puede hacerse a todos ellos es que ninguno explica el objeto de tutela propio de la falsedad documental atendiendo a una única de las funciones que el documento representa. Si se cotejan las opiniones de SCHILLING o SAMSON se verá como, a pesar de concebir que bien protegido en la falsedad documental lo constituye la función de perpetuación que el documento desempeña, se refieren también a la autenticidad del mismo, que forma parte de la función de garantía, para poder explicar el injusto específico en la falsedad. En sentido inverso, PUPPE se refiere a la función de garantía del documento como único bien jurídico protegido, pero dota de importancia a la perdurabilidad en el tiempo de la declaración escrita para explicar justamente esa función de garantía, lo que inexorablemente la acerca a las tesis de SCHILLING y SAMSON⁵².

De esto se deduce que, atendiendo a la tipificación de las falsedades documentales en el Código penal alemán, concretamente en el § 267 StGB, quizá no baste con acudir a una sólo de las funciones documentales para explicar la incriminación de la falsedad en documentos⁵³. Es más, la estructura regulativa de las falsedades documentales en el Código penal alemán⁵⁴ explica que quienes determinan funcionalmente el bien jurídico protegido se hayan referido sólo a las funciones de perpetuación y de garantía del documento, y no a la función probatoria, que el mismo también desempeña. Esto es, si para determinar el bien jurídico protegido en este ilícito se toma como punto de referencia obligado el § 267 StGB, sin atender a las conductas falsarias propias de funcionario a las que aquel

⁵⁰En tal sentido, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 10.

⁵¹Vid. RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., p. 124.

⁵²En este sentido, ECHANO BASALDÚA, *El bien jurídico protegido en las falsedades documentales. Análisis de la doctrina alemana. Su evolución*, texto de tesis doctoral editado en microfichas, p. 582.

⁵³En este sentido, KIENAPFEL, *Zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung*, op. cit., p. 187, tras acoger la tesis de SAMSON, manifiesta que la función de perpetuación y la función de garantía unidas, combinadas, son ambos criterios esenciales del documento, lo que diferencia a dicha institución de otros portadores de garantía.

⁵⁴El StGB dedica su capítulo vigésimotercero a la previsión de las falsedades documentales, dentro de éste, el § 267, al que más se ha atendido para establecer el bien jurídico, criminaliza las conductas consistentes en la producción de un documento inauténtico, la falsificación de documento auténtico y el uso de documento falsificado, mientras las faltas a la veracidad relacionadas con la plasmación documental de lo que el documentador ve u oye se tipifican en el § 348 (falsa documentación en la Administración) dentro de los delitos comisibles exclusivamente por funcionarios, en el capítulo vigésimonoveno del StGB. Sobre la regulación alemana de las falsedades vid. más ampliamente infra cap. II, apartado 1.3.2.

cuerpo legal otorga un tratamiento separado⁵⁵, tal conceptualización no puede transponerse sin más a nuestro Derecho, sobre todo atendiendo a que estas conductas se regulan conjuntamente en nuestro Código penal.

1.2- Otras concepciones del bien jurídico protegido en la falsedad documental

Las tesis acabadas de exponer, si bien han sido puestas en entredicho, tienen la indudable virtud de haber supuesto la deseable concreción del bien jurídico protegido en las falsedades documentales que otras concepciones anteriores no habían conseguido. Como ya se dijo, la configuración del objeto de protección en este delito ha sufrido un progresivo proceso concretizador que ha desembocado en la formulación de las concepciones referidas. Las mismas representan, por tanto, el último eslabón de esta cadena, por lo que se hace necesario aludir, siquiera sucintamente, a los que han permitido llegar hasta él. La rúbrica que encabeza este epígrafe es por ello muy genérica, pues lo que se ha pretendido es que la misma permita incluir todos los antecedentes, más o menos remotos, de los posicionamientos funcionalistas.

No obstante, las teorías mayoritarias sostenidas en los distintos países no han recorrido caminos paralelos, o por lo menos no siempre ha sido así en la ya larga historia de la tipificación de estos delitos. Esto puede observarse al comparar las posiciones mantenidas por los distintos autores en países como Italia o Alemania, que, en suma, son los que han exportado sus concepciones a España o Portugal.

Conviene, antes de comenzar este breve recorrido, hacer aún un par de advertencias. Por un lado, las tesis que se expondrán, aunque sigan un cierto orden temporal en su formulación, no pueden considerarse desterradas en todos los casos, puesto que se mantienen en la actualidad reformulaciones de viejas concepciones. Por otro, la separación entre las tesis mantenidas en Italia y Alemania no es tajante, dado que los autores de ambos países se han influido mutuamente.

1.2.1- Concepción sostenida mayoritariamente en Italia: la fe pública como bien jurídico tutelado en la falsedad documental

Los orígenes del concepto de fe pública, que ha sido según los autores clásicos italianos el bien jurídico protegido por la falsedad documental, hay que buscarlos en la protección de la verdad, como concepto opuesto al de falsedad. La cuna de la regulación actual de las falsedades en los distintos países se encuentra en las XII Tablas, primer texto que introduce la falsedad como delito y, más concretamente, en la *Lex Cornelia testamentaria nummaria*, después denominada *Lex Cornelia de Falsis*⁵⁶. Dicha Ley se componía de dos partes, la *Lex Cornelia testamentaria* y la *Lex Cornelia nummaria* que, como su denominación indica, tipificaban conductas relativas a la falsificación de testamentos y de moneda,

⁵⁵En tal sentido, resulta clarificador que SCHILLING, *Der Strafrechtliche Schutz des Augenscheinsbeweises*, op. cit., p. 142, se refiera, a la hora de determinar el bien jurídico, a la norma contenida en el § 267 como precepto central en el delito documental.

⁵⁶MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, traducc. P. Dorado, reimpresión, Ed. Temis, Bogotá, 1991, pp. 419-421. Una extensísima explicación sobre la evolución histórica de la falsedad puede encontrarse en FINZI, *I Reati di falso*, Fratelli Bocca Editori, Torino/Roma/milano, 1908, t. I, passim. Vid. también, ÁLVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes de la contratación escrita*, en AAMN, t. IV, 1948, pp. 9 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, Ed. Reus, Madrid, 1952, pp. 27-43; NUÑEZ LAGOS, *Falsedad civil en documento público*, en AAMN, t. IX, 1957, pp. 411 y ss y JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación*, en NEJ, t. IX, 1958, pp. 467-468, entre otros.

respectivamente, de modo que los únicos documentos protegidos por la misma eran los testamentos, al menos en el momento de su promulgación⁵⁷.

Con las posteriores adiciones a la Lex Cornelia se fueron incluyendo en la misma conductas cada vez más dispares, carentes de un contenido común, que tenían como elemento aglutinador la falta de verdad, configurándose de un modo muy amplio el tipo de la falsedad ya en el mismo Derecho romano⁵⁸. De esta tendencia fue, entre otras, heredera nuestra legislación. El concepto romano de falsedad se fue ampliando en la Edad Media sin ningún criterio rector⁵⁹, de tal modo que se aglutinaban bajo el nombre de falsedades documentales conductas que no tenían ninguna relación y se caracterizaban únicamente por una pretendida ofensa a un derecho a la verdad. Así, por ejemplo, la conocida definición de falsedad contenida en las Partidas como “mudamiento de la verdad”, que concebían la falsedad como atentado a la autoridad, pero también como ruptura de un vínculo de lealtad⁶⁰.

En el derecho intermedio, fueron los glosadores de la Escuela de Bolonia quienes fijaron el concepto de falsedad, compuesto por los tres elementos de *dolus, veritatis imitatio vel immutatio y praejudicium alterius*⁶¹, lo que no se acogió exactamente en disposiciones españolas, puesto que la Nueva Recopilación recogió, esencialmente, con mayor farragosidad, los contenidos de las Partidas.

Independientemente de lo que sucediese con el Derecho vigente en aquella época en nuestro país, lo que sí es cierto es que fueron los propios glosadores quienes, con el amplísimo concepto de falsedad que ellos crearon, generaron la necesidad de que la doctrina buscara diferencias entre la falsedad en sentido amplio y la estafa⁶², lo que condujo a afirmar que con la falsedad en sentido estricto se protegía un supuesto derecho a la verdad⁶³. De tal manera, para la consumación de la falsedad bastaría con la vulneración de este derecho, mientras que para la estafa sería además necesaria la producción de un perjuicio. Es, por tanto, el reconocimiento de este derecho a la verdad, con su correlativo deber de veracidad, el germen de lo que más tarde se conceptuará como fe pública.

⁵⁷Se tipificaban las siguientes conductas: 1º- Anulación antijurídica de un acto de última voluntad . 2º- Suscribir un acto falso de última voluntad o tratar a sabiendas de darle validez. 3º- Sellar un testamento falso y romper o destruir los sellos de uno legítimo. Posteriormente se introdujo mediante un senadoconsulto la conducta de quien en testamento se atribuyera un emolumento a sí mismo, o de las que estuvieran bajo la potestad de su jefe doméstico y, más tarde, ya en tiempos del Imperio, se hicieron extensivas las disposiciones de la ley a los que borrarán o destruyeran algún documento legítimo o suscribieran alguno falso y a las personas que se sirviesen de falsos testigos en dichos actos. Vid. MOMMSEN, *Derecho penal romano*, op. cit., pp. 420-421.

⁵⁸En este sentido QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 34-35.

⁵⁹Vid. NUÑEZ LAGOS, *Falsedad civil en documento público*, op. cit., p. 427.

⁶⁰QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. IV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 607.

⁶¹En este sentido vid., por todos, NUÑEZ LAGOS, *Falsedad civil en documento público*, op. cit., p. 428.

⁶²En este sentido vid., por todos, LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und Rechtsvergleichender Darstellung*, 1. Band: *Die Urkundenfälschung*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1897, p. 3- 9, quien atribuye a una definición tan amplia de falsedad como “*dolosa veritatis immutatio in damnum alterius facta*” la confusión entre el stellionatus y la falsedad y la necesidad de que los diversos autores, así Cucumus, advirtieran que la esencia de la falsedad se encontraba en la lesión del derecho a la verdad; BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 121.

⁶³En este sentido, RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., p. 112. Sobre los intentos de la doctrina alemana defensora de la protección del derecho a la verdad de deslindar el *crimen falsi* de la estafa, vid. ampliamente, ECHANO BASALDÚA, *El bien jurídico protegido en las falsedades documentales. Análisis de la doctrina alemana. Su evolución*, op. cit., pp. 48-88.

Si bien tal posicionamiento tuvo como meta diferenciar el concepto amplio del estricto en la falsedad y desgajar así este último de la estafa, resulta obvio indicar que la verdad no puede erigirse como bien jurídico tutelado en la falsedad documental, entre otras cosas porque esto nos llevaría a la necesidad de establecer qué debe entenderse por verdad, materia propia de la metafísica ajena a nuestra disciplina⁶⁴. Es más, con ello se estaría reconociendo la existencia de un deber de ser veraz carente de fundamentación jurídica, puesto que es la Ley la que ha de establecer cuándo este deber surge, y ciertamente lo hace en determinados supuestos⁶⁵, pero no con carácter general.

La fe pública, como tesis de tutela que tiene su origen en la protección del derecho a la verdad, ha sido la mayoritariamente sostenida por los autores clásicos italianos⁶⁶. Razón de esta opinión han sido las mismas rúbricas de los dos últimos Códigos penales vigentes en Italia, el Código Zanardelli, vigente hasta 1930, y el Código Rocco, que sucedió al antedicho, en que los ilícitos falsarios se denominaron legalmente delitos contra la fe pública⁶⁷.

Se ha atribuido a FILANGIERI ser el primer autor que utilizó la denominación fe pública como objeto jurídico común a este tipo de delitos⁶⁸. No obstante, desde que lo utilizara su descubridor, el concepto no ha suscitado la unanimidad de todos los tratadistas, de modo que se le ha atribuido contenidos sustancialmente distintos, llegándose incluso a buscar correctivos al concepto que convierten a la falsedad documental en un delito con objeto jurídico indeterminado.

A) La fe pública como objeto único de tutela

Fundamentalmente pueden distinguirse dos acepciones distintas de la fe pública entre aquellos autores que sostienen que la misma es el único bien jurídico

⁶⁴En tal sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 359, afirma que es una cuestión esencialmente filosófica en la que, según él, “reina el relativismo más desconsolador”, además de haber renunciado los propios filósofos a dar un concepto de verdad absoluta.

⁶⁵Así, por ejemplo, en las declaraciones testimoniales, en que se establece a los testimonios la obligación de ser veraces, tal como lo corrobora la previsión específica del delito de falso testimonio, en los arts. 458 a 462 CP, dentro del ámbito de la práctica procesal de la prueba. En tal sentido, DE MARISCO, *Falsità in atti*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XVI, 1967, p. 564, quien afirma que la verdad no puede ser obligación o derecho sin una ley que la imponga; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 195.

⁶⁶Esto en modo alguno supone que en Alemania no se haya seguido este posicionamiento, aunque claramente se ha abandonado por la actual doctrina. En épocas anteriores, sin embargo, sí se afirmó como bien jurídico protegido en la falsedad documental la “*Treue und Glaube*”, hermanada con el concepto de fe pública. Autores alemanes como LENZ admitieron que la fe pública era el objeto de protección. Vid. LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., p. 75, en que manifiesta que la fe pública es la confianza en la fiabilidad de las instituciones orgánicas de la vida del tráfico. Una exposición detallada de la doctrina alemana defensora de la fe pública puede encontrarse en ECHANO BASALDÚA, *El bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, op. cit., pp. 91-252.

⁶⁷En contraposición, en nuestro país tan sólo nuestro primer Código penal, el de 1822, utiliza la rúbrica “delitos contra la fe pública”, instaurándose a partir del Código penal de 1848 la “de las falsedades” en los códigos que han sucedido a éste. Tan sólo el PrCP de 1980 volvió a denominarlos “delitos contra la fe pública”. Sobre esta cuestión vid. más ampliamente infra Cap. II, apartado 1.2.

⁶⁸En este sentido vid., por todos, MIRTO, *La falsità in atti*, terza edizione aggiornata con appendice *La falsità nell'atti dello stato civile*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1955, p. 71. En Alemania, sin embargo, se atribuye a Roßhirt el mérito de haber descubierto este concepto, cfr. RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., p. 113.

protegido por el delito de falsedad⁶⁹. Por un lado, aquella que se ha llamado concepción publicístico-normativa de la fe pública, que la conceptúa como certeza atribuida por el Ordenamiento jurídico a determinados objetos, cuya relevancia depende de la garantía de genuinidad y veracidad ínsita en la naturaleza de los objetos mismos por la función que éstos están llamados a desarrollar en las relaciones públicas y privadas⁷⁰. De otro lado, la concepción psicológico-naturalista, que la concibe como sinónimo de una real posición psicológica de la colectividad, llevada a atribuir genuinidad y veracidad a determinados valores, documentos o signos relevantes para la vida social⁷¹. Dentro de la primera de las acepciones puede establecerse, a su vez, una segunda subdivisión, la que diferencia entre una concepción publicístico-normativa subjetiva u objetiva de fe pública⁷². En ambos casos se trataría de que la fe viniera impuesta por una norma jurídica, pero para la concepción objetiva la fe se inferiría del documento en sí, mientras para la concepción subjetiva se atendería preferentemente a que los sujetos de quienes emana el documento estuviesen investidos de fe pública.

El máximo exponente del concepto publicístico-normativo de carácter subjetivo de la fe pública ha sido CARRARA⁷³. Diferencia este autor entre lo que constituye fe privada y pública, identificando a la primera con aquella confianza que el hombre tiene por naturaleza en el tráfico aun en un estadio en el que no hubiera una sociedad jurídicamente estructurada, es decir, lo que él llama sociedad natural⁷⁴. Por contraposición, la fe pública aparece con el advenimiento de una sociedad estructurada jurídicamente que instituye una determinada autoridad, con lo que “nace en los asociados una fe que no proviene de los sentidos, ni del juicio, ni de las simples afirmaciones de un individuo, sino de lo prescrito por la autoridad

⁶⁹En este sentido vid. CRISTIANI, *Fede Pubblica (delitti contro la)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VIII, 1961, pp. 173-176; NAPPI, *Falso e legge penale. Codice penale e leggi speciale*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 17.

⁷⁰Vid. autores citados en nota inmediatamente anterior. Otros juristas se refieren a las distintas acepciones de la fe pública como objetiva o subjetiva. Cfr. GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, Casa Editrice Dott. A. Eugenio Jovene, Napoli 1979, p. 171; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1979, p.13; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, *La fe pública como valor constitucional*, en RODRÍGUEZ-PIÑERO y otros, *La fe pública*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1994, p. 17. Sin embargo, consideramos preferible la denominación utilizada en el texto, puesto que la diferencia entre objetiva-subjetiva, sin más precisión, puede llevar a equívocos, dado que la fe impuesta por la norma bien puede serlo en consideración al depositario de la misma (subjetiva) o en atención al valor del objeto-documento que él emita (objetiva).

⁷¹En este segundo sentido la fe pública sería un concepto muy cercano al de la buena fe. Vid. GALLARDO RUEDA, *Fe pública y seguridad jurídica*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, fasc. I, p. 78, quien manifiesta que no debe confundirse la fe pública con la buena fe, pues son dos aspectos distintos de la institución “fe”, ya que mientras la buena fe es un estado psicológico individual o colectivo, la fe pública es también un estado de creencia, pero no espontánea, que, al estar protegida, nos obliga a creer en los signos o solemnidades que la configuran, en la veracidad de lo que a su amparo se declara.

⁷²En este sentido, implícitamente, CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit. p. 174; expresamente, ECHANO BASALDÚA, *El bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, op. cit., pp. 100-102.

⁷³Vid. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, vol VII, t. 9, 4ª edición revisada, traducc. de J. Ortega Tomás y J. Guerrero, Ed. Temis, Bogotá, 1978, pp. 1 y ss., §§ 3355 y ss.

⁷⁴CARRARA, o. u. c., pp.1-2, § 3355, donde afirma “al ponerse el hombre en contacto con sus semejantes, tiene en sus operaciones y contratos frecuente necesidad de creer, él creerá siempre, o inducido por sus sentidos, su experiencia o su juicio, llevado por la confianza en el individuo que le asegura algún derecho determinado”.

que la impone⁷⁵. Entiende CARRARA que la fe es pública no sólo subjetivamente, puesto que la creencia es de todo el colectivo y no de un sólo individuo, sino también objetivamente, dado que la fe se presta a la autoridad pública, a sus signos, emblemas y mandatarios⁷⁶.

Considera, en definitiva, que la fe de los ciudadanos se produce porque “confían en los mandatarios del gobierno o en los que de la autoridad superior recibieron facultad para establecer, mediante esos documentos o esos sellos, una presunción de verdad en una declaración, o de existencia de ciertas condiciones de un objeto”⁷⁷. En una palabra, se refiere a la confianza de los ciudadanos en los funcionarios.

Como representante de la concepción públicístico-normativa objetiva de la fe pública puede mencionarse a PESSINA, para quien, en contraposición a CARRARA, la fe pública “no es la pura fe del privado, sino la fe sancionada por el Estado” o, en otras palabras, “la fuerza probatoria por éste atribuida a algunos objetos o signos o formas exteriores: es la certeza jurídica”⁷⁸.

Tal acepción de la fe pública, formulada por autores clásicos de la catadura de los mencionados, no ha sido, sin embargo, seguida en épocas posteriores en Italia. Esto ha sido así, fundamentalmente, porque esta doctrina no puede solventar un escollo que lleva a contradecir la fijación del bien jurídico con la previsión de las falsedades que incluye el Código penal italiano⁷⁹. Si la fe pública viene impuesta por virtud de la ley o en función de la intervención de un funcionario en un acto de documentación, no puede hablarse del mismo bien jurídico en las falsedades en documento público y privado, pues unas lesionarán la fe pública y las segundas se dirigirán a vulnerar la fe privada. Esto, en buena lógica, debería traducirse en la regulación separada de ambos tipos de falsedades, tal como en su momento postuló CARRARA, quien consideraba que las falsedades en documentos privados atentaban contra el patrimonio⁸⁰. Ello no significa que no haya habido algún autor que haya compartido posteriormente tal concepción de la fe pública⁸¹. Quien sí

⁷⁵CARRARA, o. u. c. , pp. 2-3, § 3356, sostiene que es esa autoridad la que reglamenta el tráfico económico y crea la moneda así como signos materiales y delega en determinados ciudadanos la potestad de asegurar, por medio de tales signos, las condiciones de un objeto venal o la existencia de ciertos hechos y ciertos derechos.

⁷⁶CARRARA, o. u. c., p. 3, § 3356.

⁷⁷CARRARA, o. u. c., p. 4, § 3358.

⁷⁸PESSINA, *Elementi di Diritto penale*, Ed. Marghieri, Napoli, 1885, vol. II, p. 127.

⁷⁹En este sentido DE MARISCO, *Il dolo nei reati di falsità in atti*, en *Scritti Giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Casa Editrice Dott. A. Eugenio Jovene, Napoli, 1938, p. 419, manifiesta que el concepto de fe pública debería ser distinto en los documentos públicos y privados acogiendo esta concepción, pues mientras en los primeros es el particular crédito de que gozan los documentos emitidos por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, en los segundos habría de relacionarse necesariamente con el crédito que los documentos encuentran en el público por razón de las necesidades sociales. En el mismo sentido, con respecto al Derecho penal alemán, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 126.

⁸⁰CARRARA, o. u. c., pp. 5-6, § 3358, que ubica la falsedad en documento privado entre los delitos contra la propiedad, concretamente como una forma de hurto.

⁸¹Vid. SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963, op. cit., p. 6, en que afirma que la fe pública entendida como fe garantizada por el Estado en la verdad de los medios de prueba ha de ser el objeto jurídico de la falsedad documental; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 29-35, quien, después de rechazar una concepción de la fe pública equiparada al sentimiento de confianza, admite que la fe pública es la que se protege en la falsedad; AMATO, *Osservazioni in tema di evento e di dolo: in particolare per quanto concerne i reati di falso*, en *La Giustizia penale*, parte seconda, 1962, t. II, p. 723; LOASSES, *Della falsità documentale*, en *La Giustizia Penale*, parte seconda, 1966, pp. 552-556, que entiende, bajo este prisma, que sólo puede hablarse de fe pública en los documentos públicos, oficiales y, en sentido más vago, en los documentos de interés público, concluyendo que la falsedad en

parece haber adoptado mayoritariamente esta acepción ha sido la jurisprudencia dominante en Italia⁸².

En España, no obstante, se sostuvo un generalizado acogimiento de la mencionada concepción. Lo dicho se manifiesta, por ejemplo, en que ya GROIZARD consideró que la buena fe “tiene de un lado cierto carácter de solemne publicidad, al paso que en otras ocasiones es puramente privada”⁸³. También RODRÍGUEZ MUÑOZ consideró que la fe pública consiste en el revestir de garantías por parte del Estado a ciertos medios de prueba y signos de valor⁸⁴. FERRER SAMA, por su parte, entendió que no todos los delitos comprendidos en el Título III Libro II CP de 1973 podían considerarse como atentatorios contra la fe pública, pues esto no es así en los documentos privados⁸⁵. Según DÍAZ PALOS, la prevalencia de la legitimidad sobre la estricta veracidad parece llevar a la deducción de que la falsedad ataca a la fe pública⁸⁶.

Sin embargo, quienes en la doctrina española han mantenido un concepto de fe pública que claramente puede entenderse como publicístico-normativo son aquellos autores civilistas, generalmente también profesionales investidos de fe pública, que han estudiado la cuestión, como no podía ser de otra manera. En tan sentido, para NUÑEZ LAGOS⁸⁷, quien mantiene una opinión cercana a la de PESSINA, la fe pública no puede entenderse en un sentido subjetivista o funcionarista, al modo carrariano, sino en un sentido objetivo, inherente a la cosa misma. La fe pública es para él “el valor mismo que a la cosa da la Ley”. Esto es, la fe pública deriva de una actividad pública y es objetiva porque se incorpora y se autonomiza en el soporte que contiene la narración⁸⁸. En parecido sentido,

documento privado ha de ubicarse entre los delitos contra el patrimonio, puesto que la falsedad en documento público es la única que lesiona la fe pública; implícitamente, GRANDE, *Falsità in atti*, en *Digesto delle Discipline Penali*, t. V, 1991, Ed. Utet, Torino, 1991, p. 56, cuando afirma que dentro del Capítulo III del CP italiano hay que diferenciar dos enfoques claramente divergentes, el mayormente publicístico y el predominantemente privatístico, dirigido este último a tutelar posiciones jurídicas subjetivas.

⁸²Sobre esta cuestión cfr. CRESPI/ STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice italiano. Complemento giurisprudenziale*, 2ª edición, Ed. CEDAM, Padova, 1992, p. 890, en que se citan fallos jurisprudenciales que fijan un concepto diferente de fe pública en función de que el documento sea público o privado: cuando se trata de documento privado el crédito lo encuentra en el tráfico jurídico por las necesidades de la vida social, mientras que el documento público adquiere su específico crédito por estar realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

⁸³Cfr. GROIZARD, *Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. III, 2ª edición, Establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García, p. 774, aunque en pp. 768-769, puntualiza que existe algo en común entre la falsedad en documentos públicos u oficiales y los privados y que “el precepto moral que nos aconseja no faltar a la verdad, conviértese, en algunos casos, en exigencia jurídica que el poder público impone bajo penas á los ciudadanos, obligándoles coactivamente á su cumplimiento”.

⁸⁴RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*. t. II. *Parte especial*, Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, p. 114, aunque entiende que la fe pública también puede deberse a que ciertos signos engendran comúnmente una determinada confianza.

⁸⁵Cfr. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. III, Sucesores de Nogués, Murcia, 1948, p. 275, si bien reconoce la vaguedad del concepto de fe pública y concluye más bien lo que debe hacerse es fijar la atención en aquel elemento característico de toda falsedad “cual es la falta de verdad”.

⁸⁶Cfr. DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, en RJC, 1962, nº1, p. 88. En parecido sentido, CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, en ADPCP, 1957, fasc. III, p. 530, quienes citan expresamente a Carrara, asumiendo su concepción.

⁸⁷Cfr. NUÑEZ LAGOS, *Perfiles de la fe pública*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, fasc. I, p. 31, quien, sin embargo reconoce que un concepto de fe pública como él la concibe excluye la falsedad en documento privado del atentado a la fe pública.

⁸⁸Vid. NUÑEZ LAGOS, o. u. c., p. 35.

GALLARDO RUEDA⁸⁹, para quien también es preferible acoger un concepto objetivo de fe pública.

En puridad, las acepciones objetiva y subjetiva de la fe pública en su acepción publicístico-normativa no son contrapuestas, constituyen dos enfoques distintos de un mismo concepto. O bien un documento está investido de fe pública porque así lo dice la Ley, y eso lo establece el Ordenamiento jurídico cuando el documento emana de un fedatario público (punto de vista objetivo), o bien se considera que la fe pública se la otorga a un determinado documento la intervención de un determinado tipo de funcionario, que la establece la Ley respecto de los documentos en los que considera que se contiene fe pública (visión subjetiva)⁹⁰. Sea como fuere, sólo los documentos emitidos por Notarios, Registradores de la Propiedad, Corredores de comercio, Secretarios de Corporaciones Locales, Secretarios Judiciales y demás fedatarios públicos serían aquellos cuya falsedad ofendería a la fe pública, con lo que lleva toda la razón GARCÍA CANTIZANO cuando afirma que, con tal posicionamiento “el bien jurídico en la falsedad documental se identificaría con el ejercicio de la función de autenticación de documentos que, en virtud de delegación, lleva a cabo un cuerpo específico de la Administración del Estado”⁹¹.

Aún cabe referirse a otra crítica fundamental que gran parte de la doctrina ha referido a estos autores y que ha propiciado la no admisión generalizada de esta concepción, que no es otra que la contradicción intrínseca existente entre la palabra fe y la imposición de la misma por parte del Estado. Esto es, la fe supone la creencia o el convencimiento, pero no la obligación. Constituye pues un contrasentido hablar de una fe que el Estado impone⁹².

En contradicción con la concepción publicístico-normativa de la fe pública, la acepción psicológico-naturalista la concibe como un sentimiento que emana de la sociedad, fruto de las necesidades que la vida en sociedad de los hombres impone. Es en MANZINI en quien se ha visto al máximo representante de esta concepción. Para él, se destaca el carácter colectivo del sentimiento, pues “la confianza asume el carácter de fe pública cuando se considera como un fenómeno colectivo, como una costumbre social, como un comportamiento particular de la moralidad pública y no como un hecho meramente individual o contingente”⁹³.

⁸⁹GALLARDO RUEDA, *Fe pública y seguridad jurídica*, op. cit., pp. 76-77, afirma que la fe pública podría estimarse como “presunción que, fundándose en la propia soberanía del Estado, obliga provisionalmente a creer como auténticos determinados signos, o como ciertos los documentos que reflejan determinados negocios formales, a fin de servir al fin inmediato del derecho: la seguridad jurídica”.

⁹⁰Que el orden de los factores no altera el producto queda claro cuando GALLARDO RUEDA, o. u. c., p. 74, afirma que no encuentra antinomia o contradicción entre la acepción objetiva o subjetiva de la fe pública, puesto que no son sino aspectos distintos de una raíz común al problema de la seguridad jurídica. También queda esto claro cuando un autor que había defendido un concepto puramente objetivo de fe pública, como es NUÑEZ LAGOS, en su artículo *Fe pública especial*, en *Revista de Derecho Notarial*, 1958, pp. 8 y ss, se refiere a la fe pública mercantil que la Ley otorga a los Agentes de Cambio y Bolsa y a los Corredores de Comercio, la otorgada a los Registradores de la Propiedad o a los Secretarios Judiciales en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

⁹¹Cfr. GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 81.

⁹²En este sentido, MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 75, en que manifiesta que los conceptos de fe y de coacción son antitéticos. En el mismo sentido, ETCHEBERRY, *El objeto jurídico en los delitos de falsedad documental*, en *Revista de Ciencias Penales*, 1961, p. 51; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. II (*parte especial*), vol. 1º, 14ª edición revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 256, en que afirma que la fe no es una imposición.

⁹³Cfr. MANIZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. VI, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei difunti. Delitti contro l'ordine pubblico. Delitti contro la pubblica*

Este autor va más allá de la fe pública “in generis” y se refiere a la fe pública documental, específicamente como “aquella fe que el público reconoce ínsita en los documentos (actos públicos o escrituras privadas), en cuanto éstos fijan, materializan, perpetúan manifestaciones o declaraciones de voluntad o testimonios de verdad jurídicamente relevantes”⁹⁴. Entiende que no se trata de una fe pública de carácter subjetivo⁹⁵, sino en sentido objetivo, es decir, “el crédito que los documentos de cualquier especie suelen encontrar en el público, independientemente de cualquier particular garantía”⁹⁶. Pero a pesar de que esta garantía surja del conjunto de la sociedad, tiene su razón última en la aptitud probatoria del documento en las relaciones jurídicas⁹⁷.

La fe pública entendida como confianza de todo el cuerpo social se erige así en un concepto que “constituye una particular expresión de la buena fe pública”⁹⁸. La razón del nacimiento de esta confianza no se encontraría, como se preconizaba por la tesis publicístico-normativa, en una norma jurídica, sino en las necesidades y costumbres de la vida asociada civil. El hombre, para el correcto funcionamiento de las relaciones jurídicas que instrumentalice mediante documentos necesita confiar en dichos objetos, en su falta de falsedad⁹⁹. La fe pública, la confianza de toda la sociedad, no sería más que la suma de las confianzas de todos los sujetos que conforman el cuerpo social, por ello la misma no se contrapone según esta concepción a fe privada, como ocurría con las tesis de CARRARA o PESSINA, sino con fe individual, el sentimiento de creencia del individuo singularmente considerado¹⁰⁰.

Puesto que la consideración de la fe como sentimiento o convicción espontáneo de la sociedad permite el establecimiento de un objeto unitario de tutela de las falsedades en documentos públicos o privados, ha sido cuantiosa la doctrina en Italia que ha seguido, con más o menos fidelidad, esta concepción, incluso en la

incolumità. Delitti contro la fede pubblica, 6ª edizione aggiornata dai Professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia, Ed. Utet, Torino, 1962, p. 503, quien reconoce, en p. 437, que “la fe pública constituye un interés colectivo, que es necesario garantizar del modo más enérgico, así mediante la tutela penal, contra aquellos hechos que no sólo afectan a la confianza individual, sino respecto de aquellos susceptibles de producir engaño de la autoridad pública o de un número indeterminado de personas”.

⁹⁴MANIZINI, o.u.c., p. 641.

⁹⁵MANIZINI, o.u.c., p. 642, se refiere a la fe pública en sentido subjetivo, como “efecto del ejercicio de la función pública de certificación por parte de un funcionario público”, es decir, se refiere con ello al concepto carrariano de fe pública.

⁹⁶MANZINI, *ibidem*.

⁹⁷MANZINI, *ibidem*.

⁹⁸MANZINI, *ibidem*.

⁹⁹En este sentido, MANZINI, *ibidem*; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 75, cuando afirma que la sociedad es sujeto de una serie de necesidades, que son necesidades de la existencia social y se distinguen de las necesidades individuales privadas y de las necesidades públicas.

¹⁰⁰Cfr. FINZI, *I reati di falso. La natura giuridica dei reati di falso di fronte alla dottrina e al Codice penale italiano*, Ed. Fratelli Bocca, Milano/Torino/Roma, 1920, p. 503, quien identifica fe pública con fe general, fe de todos; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 82.

actualidad. Pueden citarse autores como FINZI¹⁰¹, MIRTO¹⁰², CANTARANO¹⁰³, CATELANI¹⁰⁴, RAMACCI¹⁰⁵ o ZUCCALÀ¹⁰⁶.

También la doctrina española -incluso la más reciente- que considera que la fe pública es el bien jurídico protegido en la falsedad documental, ya sea por sí sola o con ulteriores precisiones, se refiere a la fe entendida como confianza, no impuesta por el Estado, sino nacida de las mismas necesidades sociales. En este sentido, pueden observarse las opiniones de CUELLO CALÓN¹⁰⁷, FERRER SAMA¹⁰⁸, JIMÉNEZ ASENJO¹⁰⁹, MUÑOZ CONDE¹¹⁰, BUSTOS¹¹¹, COBO DEL

¹⁰¹FINZI, *I reati di falso*, 1920, op. cit., pp. 489-514.

¹⁰²MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 75-85, para quien la fe pública es el sentimiento de creencia que anida en la consciencia de todos los consociados, que por tal razón se sienten seguros, sobre la base de aquella seguridad o certidumbre que la vida social impone en las relaciones entre los socios.

¹⁰³Vid. CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, Edizioni CEDAM, Padova, 1972, pp 1-2, quien reconoce que la fe pública es un sentimiento colectivo espontáneo, pero que gana en seguridad cuando el legislador hace presunción de autenticidad o veracidad de determinados signos.

¹⁰⁴CATELANI, *I delitti di falso*, seconda edizione riveduta ed aggiornata, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 15, entiende la fe pública como confianza de los ciudadanos en la genuinidad y veracidad de determinados objetos, signos o documentos, independientemente de su capacidad probatoria o de una determinada situación jurídica existente.

¹⁰⁵RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Casa Editrice Dott. A. Eugenio Jovene, Napoli, 1966, pp. 259-265, cuando afirma, intentando dar un concepto unitario de bien jurídico protegido en toda falsedad, que el fin más evidente de las normas sobre la falsedad tutelan intereses valores esenciales, como por ejemplo los típicos de las relaciones de solidaridad o de cooperación entre los consociados, y no sólo contingentes, como los relativos a las relaciones patrimoniales.

¹⁰⁶ZUCCALÀ, *Brevi considerazioni sui delitti contro la fede pubblica*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze sui profili oggettivi e soggettivi delle falsità documentali*, Ed. CEDAM, Padova, 1986, p. 48., al considerar la fe pública como sentimiento de los ciudadanos.

¹⁰⁷Vid. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, t. II (parte especial)*, op. cit., pp. 255-256, cuando se refiere a fe no impuesta por la Ley, "sino en el sentido de confianza".

¹⁰⁸Cfr. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 325-326, quien reconoce expresamente que también atentan contra el concepto de fe pública que él mantiene, siguiendo a MANZINI, los que cometen falsedad en documento privado.

¹⁰⁹Cfr. JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación*, op. cit., p. 468, cuando afirma que en el delito de falsificación se protege la "confianza universal de que esa cosa que se nos presenta requisitoria posee el valor jurídico actual que oficialmente se le ha atribuido a la auténtica".

¹¹⁰Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 520, donde afirma "la creación y la manipulación ilegítimas de esos objetos son ataques al tráfico fiduciario, a la fe pública, en la medida en que dichos objetos gozan de crédito en las relaciones sociales (...)" y "en su vida de relación las personas han ido creando una serie de signos a los que en el transcurso del tiempo la sociedad y, en última instancia, el Estado han dotado de significación". Si bien ha cambiado recientemente de opinión, cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 624-625, acogiendo la tesis de GARCÍA CANTIZANO, establece que "la importancia del documento en el tráfico jurídico es tal que más que la fe pública o la propia seguridad en el tráfico jurídico fiduciario, es la funcionalidad del documento mismo (en sus diferentes formas de aparición en las relaciones jurídicas) el verdadero bien jurídico protegido en estos delitos".

¹¹¹BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 337, en que admite que la fe pública sirve a la mantención de las relaciones entre sujetos, tiene un carácter funcional y su establecimiento obedece a la existencia de necesidades sociales.

ROSAL¹¹², BENÉYTEZ MERINO¹¹³, e incluso, dentro de la doctrina iberoamericana, ROMERO SOTO¹¹⁴.

A pesar de las ventajas que esta concepción de la fe pública tiene en relación con la publicístico-normativa, son inherentes a la misma una serie de inconvenientes que tampoco la hacen apta para constituir el bien jurídico protegido en la falsedad documental. En primer lugar, puede apelarse a la absoluta indeterminación del objeto de protección¹¹⁵, lo que ha llevado a la objeción de que tal fe pública se lesiona no solamente mediante el delito de falsedad, sino también por tipos penales incluidos en otras partes del Código¹¹⁶. Indeterminación que puede entenderse en sentido material y temporal. En el primero porque resulta difícil extraer de la suma de confianzas particulares y, por tanto, divergentes, una confianza general uniforme. En sentido temporal porque aquellos objetos a los que una generalidad de personas dota de confianza se transforman en función de muy distintas incidencias, basta para ello comparar la confianza que un cheque generaba hace unas décadas con el crédito del que en la actualidad goza. En segundo lugar, se ha afirmado que la razón de la protección penal no reside en la confianza que los ciudadanos tienen en determinados signos u objetos, sino en los propios instrumentos que generan dicha confianza¹¹⁷.

¹¹²COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, en CPC, nº 56, 1995, p. 434 asume la definición de fe pública propuesta por la Relación Ministerial al Anteproyecto de Código penal italiano, que la concibe como “la confianza que pone la sociedad en una serie de objetos, de formas externas, a los que el ordenamiento jurídico atribuye un valor importante”, aunque advierte que esta noción parte de un presupuesto, la existencia de un precepto o un mandato de la autoridad que determine el señalamiento de esa fe pública en esos concretos objetos.

¹¹³BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 del C.P.*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, Libro-Homenaje a Enrique Ruíz Vadillo, Ed. Comares, Granada, 1994, p. 39, en que considera que la fe pública, como confianza en los signos, representa el lado subjetivo de la seguridad en las relaciones jurídicas, de traza puramente objetiva.

¹¹⁴ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al Nuevo Código penal*, 3ª edición, Ed. Carvajal, Colombia, 1982, pp. 32-33, para quien el bien jurídico en la falsedad documental lo constituye la fe pública, no entendida como creación del Estado, sino como una institución nacida de las necesidades sociales, que constituye un sentimiento colectivo de confianza.

¹¹⁵En este sentido, por todos, MALINVERNI, *Teoria del Falso documentale*, op. cit., pp. 190 y 205, quien manifiesta la indeterminación del concepto además de criticar la tesis de MANIZINI por parecidas razones a las de CARRARA, esto es, por permitir difícilmente en su concepto la inclusión de los documentos privados; MALINVERNI, *Il Falso autorizzato non punibile*, en RIDPP, 1957, pp. 74-75; GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, op. cit., pp. 175-180, para quien un sentimiento sólo puede ser individual, no colectivo, de manera que la fe pública como sentimiento colectivo es una ficción; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1979, pp. 15-18; DINACCI, *Realismo e concretezza in una recente pronuncia della cassazione sull'essenza del falso documentale*, en *La Giustizia penale*, parte seconda, 1984, p. 550; MAZZA, *Offensività e coscienza dell'antidoverosità della condotta nel falso documentale*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze sui profili oggettivi e soggettivi delle falsità documentali*, op. cit., p. 14, para quien la consciencia o convicción, difusa o colectiva, no puede confundirse con la objetividad jurídica de la falsedad, porque el sentimiento está fuera del derecho verdadero o propio; CAMPISI, *Sul tentativo nei delitti di falsità in atti*, *Archivio penale*, parte seconda, 1973, p. 233.

¹¹⁶De tal opinión FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Ed. Zanichelli, Bologna, 1988, p. 402, en que se utilizan los ejemplos de la bancarrota o de la misma estafa.

¹¹⁷En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 88.

En conclusión, sin desconocer la virtualidad del concepto de fe pública en orden a deslindar la falsedad documental de la estafa¹¹⁸, cabe afirmar que la misma no puede erigirse como bien jurídico protegido por la falsedad documental; ya sea por imposibilidad de mantener un mismo bien jurídico en todos los delitos de falsedad documental de acoger su acepción publicístico-normativa, ya por la ausencia de contornos del concepto psicológico-naturalista. Entre otras cosas porque se muestra incapaz de cumplir una de las básicas funciones atribuidas al bien jurídico, la de orientación en la interpretación del tipo, que puede servir en ocasiones para limitar su alcance¹¹⁹, además de porque trae cuenta directa de la protección del derecho a la verdad¹²⁰.

B) La falsedad como delito pluriofensivo

Los intentos de limitar la indeterminación del concepto de fe pública, que en la mayoría de ocasiones han supuesto asumir de facto otras concepciones desarrolladas en Alemania sobre el bien jurídico protegido en la falsedad documental, aunque sin renunciar al *nomen* fe pública, han llegado incluso al extremo de vaciar a la falsedad documental de contenido de injusto específico. A esto último nos referimos cuando hablamos de falsedad como delito pluriofensivo. Concretamente a la concepción de la pluriofensividad en la falsedad desarrollada por ANTOLISEI¹²¹.

La tesis que este autor ideó merece una especial consideración no porque contara con adeptos en Italia, pues sus seguidores han sido ciertamente escasos, sino más bien por lo contrario, por el rechazo de plano que la gran mayoría de los juristas italianos le han manifestado. Esto es así porque hablar de falsedad como delito pluriofensivo, en el sentido en que este autor lo hizo, supone alejarse poco de aquellas doctrinas a las que al principio de este trabajo se hizo referencia, las que negaban la existencia de un bien jurídico autónomo en la falsedad documental y la concebían como delito caracterizado por el medio de ataque.

ANTOLISEI parte del concepto de fe pública, que entiende que es una realidad y no una creación fantástica de los juristas, concibiéndola como la fe que

¹¹⁸Cfr. ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, en ASÚA BATARRITA (edición a cargo de), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 294, para quien la teoría de la fe pública ha orientado correctamente los delitos de falsedad documental al subrayar que “su contenido de injusto radica en la creación de una falsa apariencia documental y no en las consecuencias lesivas que pueden derivarse para terceros de tal conducta, lo que permite diferenciar las falsedades de las estafas y de otros delitos de fraude”; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 75.

¹¹⁹En este sentido ECHANO BASALDÚA, *El Bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, op. cit., p. 238, admite que la fe pública puede erigirse, por su extraordinaria plasticidad, en fórmula explicativa, incluso como fin de la norma, pero no como bien jurídico. De parecida opinión, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 32, para quien la fe pública constituye marco general o punto de referencia común a todas las falsedades documentales, es resultado de la tutela penal, pero no bien jurídico protegido.

¹²⁰En tal sentido BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 128, consideró que la fe pública suponía una vuelta al derecho a la verdad, al afirmar rotundamente que “ni siquiera a través de su transformación en la pública fides se convierte en viable el viejo derecho a la verdad. Debería ya encontrar su merecida paz”.

¹²¹Vid. ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, en *Rivista Italiana di Diritto penale*, 1951, nº 6, pp. 625 y ss; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, t. II, 9ª edizione (a cura di Luigi Conti), Ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1986, pp. 567 y ss.

la generalidad de los ciudadanos, en un cierto lugar y momento, deposita en determinados objetos, signos o testimonios¹²². Al mismo tiempo, basa su teoría en una constatación empírica, aquella que consiste en que la falsificación no es nunca un fin en sí misma, sino una forma de defraudación, y ésta, al igual que la violencia, es “una modalidad de acción (o si se quiere, un medio) para ofender determinados intereses”¹²³.

Es en este punto, en no haber considerado la falsedad como medio, en lo que ha fallado la opinión mayoritaria de la doctrina según él, puesto que considerar la falsedad como fin en sí misma ha conducido irremediablemente a los juristas a concebir la fe pública, sin más especificaciones, como bien jurídico tutelado y de ahí las críticas de indeterminación de que se ha hecho acreedor el concepto¹²⁴.

Las anteriores consideraciones lo llevan a defender que los delitos contra la fe pública pertenecen a la categoría de los llamados delitos pluriofensivos. Entiende el citado autor que en estos ilícitos se producen dos ofensas, “una común a todos los delitos de la categoría y la otra que varía de delito a delito”¹²⁵, de forma tal que la primera concierne a la fe pública y la segunda al interés específico que es salvaguardado por la integridad de los medios probatorios. Deja claro, en todo caso, que este interés salvaguardado específicamente por la genuidad y veracidad de los medios de prueba no es objeto de una tutela penal simplemente ocasional, sino inmediata y directa¹²⁶ y que para que la falsedad se consume no es necesario que llegue a lesionarse ese interés ulterior, sino que basta con su mera puesta en peligro¹²⁷.

Por otra parte, además de criticar la indeterminación de la fe pública concebida sin ulteriores especificaciones, rechaza la tesis de quienes han defendido tal postulado con un argumento de carácter no jurídico-penal, sino civil, cual es alegar que si la fe pública fuese el exclusivo bien jurídico tutelado por el delito, los particulares afectados no serían sujetos pasivos del mismo, puesto que lo sería la colectividad, y ellos no tendrían derecho a resarcimiento. De ahí que afirme que quienes, defendiendo que sólo existe un bien jurídico colectivo tutelado por la falsedad, entienden que debe resarcirse a los particulares perjudicados, incurren en una contradicción¹²⁸.

¹²² ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, op. cit., p. 631. Parte de un concepto de fe pública de naturaleza psicológico-naturalista, en el sentido de confianza y seguridad en las relaciones jurídicas, advirtiendo, para defenderse de las críticas que se han formulado al mismo, que no es más indeterminado que muchos otros que son admitidos por la doctrina.

¹²³ ANTOLISEI, *ibidem*.

¹²⁴ ANTOLISEI, *ibidem*, entiende que la fe pública se ofende para lograr un fin ulterior que constituye el “verdadero punto de mira” de la actividad criminal.

¹²⁵ ANTOLISEI, o. u. c., p. 634.

¹²⁶ ANTOLISEI, o. u. c., p. 632.

¹²⁷ ANTOLISEI, o. u. c., p. 635, entendiendo que por esa necesidad de lesión o puesta en peligro del interés particular se terminará con el formalismo con el que tradicionalmente se han teñido las falsedades, produciéndose una limitación en la relevancia penal de conductas que no suponen una verdadera amenaza para este bien jurídico múltiple.

¹²⁸ ANTOLISEI, o. u. c., p. 633. Sin embargo, tal argumento no tendría ningún sentido en nuestro Ordenamiento jurídico porque, tal como establece el art. 109 CP, pueden reclamar la responsabilidad civil derivada del delito los perjudicados, no sólo los sujetos pasivos. Así, por ejemplo, en un delito de matrimonio ilegal, en que uno de los contrayentes se encuentre ligado en matrimonio a otra persona, sin haberse disuelto aún el vínculo, sujeto pasivo del delito es el Estado, pero perjudicados y, por tanto, personas con legitimación activa para solicitar ser resarcidos del daño pueden serlo el primer esposo/a o el segundo, que contrae matrimonio desconociendo que su cónyuge ya estaba casado. En el delito de homicidio consumado el sujeto pasivo es la víctima, aunque perjudicados pueden serlo los familiares.

Escasos han sido, como ya se ha mencionado, los seguidores de esta teoría. Concretamente sólo cuatro autores italianos se han referido a la falsedad como delito pluriofensivo en el mismo sentido que ANTOLISEI; a saber, BRICOLA¹²⁹, ARAGONA¹³⁰, BOSCIA¹³¹ y MONTANARA¹³². Para el segundo de ellos la falsedad es un delito pluriofensivo porque la fe pública ha de incluirse dentro de la categoría de bienes jurídicos instrumentales, o aquellos que son relativos a intereses que desarrollan por su naturaleza una función meramente instrumental respecto a otros¹³³. Tal consideración lo lleva a concluir que la falsedad, en idéntico sentido a como ya lo hiciera ANTOLISEI, tanto si es de documentos públicos como de privados, supone la lesión de un interés constante, la fe pública, y de aquel otro, a veces de naturaleza pública y otras privada, al que está funcionalmente ligado el documento sobre el que recae la conducta falsificadora¹³⁴.

BRICOLA, por su parte, se muestra partidario de la consideración de la falsedad como delito pluriofensivo. Adopta esta posición al analizar problemas concretos generados por la falsedad documental, como el de la falsedad consentida, acogiendo la concepción de ANTOLISEI¹³⁵, según afirma, para limitar la amplitud en la tipificación de las falsedades. Pero dicha finalidad, por otra parte muy encomiable, bien puede conseguirse acotando por otras vías, como las propuestas por los funcionalistas alemanes, el bien jurídico propio de la falsedad documental sin necesidad de acudir a la puesta en peligro o lesión de ulteriores intereses. En puridad, la razón de fondo de que BRICOLA asuma la teoría de la pluriofensividad en este delito se deriva directamente del concepto genérico de bien jurídico que este autor ha formulado.

Como se sabe, fue BRICOLA uno de los fundadores de la llamada concepción constitucionalista estricta del bien jurídico, en cuya virtud “el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante”¹³⁶. Partiendo de esta concepción del bien jurídico, aun cuando se admita que bienes jurídicos pueden serlo aquellos valores explícita

¹²⁹Cfr. BRICOLA, *Il problema del falso consentito*, en *Archivio Penale*, parte seconda, 1959, pp. 281-283; BRICOLA, *Considerazioni esegetiche sul dolo specifico del reato di falso in scrittura privata*, en *Archivio Penale*, parte seconda, 1960, pp. 72-73.

¹³⁰Vid. ARAGONA, *Reato pluriofensivo, categoria operativa e non meramente descrittiva (a proposito dei delitti di falso)*, op. cit., passim.

¹³¹Vid. BOSCIA, *Della Falsità in atti. Esposizione sistematica della giurisprudenza. Dizionario degli atti pubblici e privati*, De Donato Editore, Bari, 1972, p. 2, quien admite la concepción de ANTOLISEI con base en que el legislador, al graduar las penas en los distintos tipos, ha tenido en cuenta la importancia del medio probatorio ofendido, así por ejemplo para los documentos públicos que hacen fe salvo querrela de falsedad respecto de aquellos que la efectúan salvo prueba en contrario.

¹³²MONTANARA, *Il dolo nei delitti di falso*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze sui profili oggettivi e soggettivi delle falsità documentali*, op. cit., pp.71-72.

¹³³Cfr. ARAGONA, o. u. c., p. 965, en que diferencia los referidos bienes instrumentales de los finales, de modo que la falsedad documental se incrimina en tanto la conducta tiene como meta la lesión de un interés final.

¹³⁴ARAGONA, o. u. c., p. 975.

¹³⁵Cfr. BRICOLA, *Il Problema del falso consentito*, op. cit., p. 281, donde admite que la tesis acogida está relacionada con presupuestos de teoría general, puesto que en los delitos de falsedad se aprecia una singularidad en virtud de la cual la ofensa del interés tutelado que normalmente se vislumbra claramente en el tipo legal, en tales casos escapa a la tipificación, fruto de una disfunción normativa por la que el legislador ha tipificado la conducta de modo que comprenda hechos que no son lesivos de los intereses tutelados o de forma que no permite la individualización de tales intereses.

¹³⁶Vid. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIX, 1973, p. 15.

o implícitamente garantizados por la Constitución¹³⁷, la fe pública no es un valor constitucionalmente relevante, puesto que los preceptos constitucionales -también los contenidos en la Constitución española- no incluyen referencia alguna, directa o indirecta, a dicha fe. Sin embargo, sí admite que el ilícito penal pueda lesionar a un valor privado de relevancia constitucional cuando exista una relación de presuposición necesaria, esto es, que la lesión del primero sea “necesaria e inequívocamente idónea” para poner en peligro al segundo¹³⁸, por ello la única posibilidad que queda para que, según su concepción del bien jurídico, la falsedad pueda considerarse ilícito penal es acudir al expediente del delito pluriofensivo¹³⁹.

Como más arriba se ha indicado, la teoría de la pluriofensividad es quizá la que ha provocado un rechazo más unánime del resto de la doctrina. Las razones expuestas para deslegitimarla son variadas y multiformes. No obstante, todas ellas convergen en la misma dirección, en denunciar el vaciado de contenido de injusto propio de la falsedad documental y su consecuente conversión en un delito instrumental. Se ha indicado que la falsedad como delito pluriofensivo supone un retroceso en el camino iniciado por la fe pública como intento de definir un bien jurídico único para todas los ilícitos falsarios, suponiendo la instauración de un intolerable fragmentarismo¹⁴⁰. Se advierte también que la referencia a un segundo bien jurídico protegido más allá de la fe pública tampoco soluciona el problema de la indeterminación del objeto de protección que ANTOLISEI se propuso solventar con su teoría, puesto que, aunque definido el ulterior interés, resta todavía por establecer la concreción de la fe pública, que él mismo admite como bien jurídico¹⁴¹.

Pero estas objeciones no son más que preludios de la que con mayor fuerza puede deslegitimar esta concreta posición para determinar el bien jurídico. En efecto, se ha considerado que la tesis propugnada por ANTOLISEI carece de rigor científico, básicamente porque es imposible determinar a priori cuáles serían esos ulteriores bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados¹⁴². La esencia de la

¹³⁷Cfr. BRICOLA, o.u. c. p. 16, quien entiende que para que pueda hablarse de relevancia constitucional de un bien no basta simplemente con que no sea antitético a la Constitución, sino que ha de ser además asumido entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la Constitución, pues a pesar de que reconoce el carácter amplio de la Constitución italiana, afirma que hay valores que, sin ser antitéticos a ésta, no asumen el rango de valores constitucionales.

¹³⁸Vid. BRICOLA, *Ibidem*, donde pone como ejemplo la seguridad en el tráfico jurídico en relación con la vida o integridad de las personas.

¹³⁹En este sentido, FIANDACA, *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, op. cit., p. 53, advierte que, asumiendo la concepción constitucionalista estricta de bien jurídico propugnada por BRICOLA, la fe pública, privada de dignidad constitucional explícita, podría ser concebida como instrumental respecto de la tutela de otros bienes constitucionales, como el patrimonio, la economía, la Administración de justicia, etc.

¹⁴⁰En tal sentido, PROTO, *Il problema dell’antigiuridicità nel falso documentale*, op. cit., p. 93, en que advierte que se da un peligroso fragmentarismo contra el cual ANTOLISEI mismo se había manifestado.

¹⁴¹De esta opinión, MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 161; MAZZA, *Offensività e coscienza dell’antidoversità della condotta nel falso documentale*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze...*, op. cit., p. 16, en que afirma que la teoría del delito pluriofensivo ha servido, en sustancia, para denunciar la imposibilidad de reducir la fe pública al objeto jurídico del delito de falsedad y buscar el objeto de tutela en otra parte; FIORE, *Il Falso autorizzato non punibile*, en *Archivio penale*, 1960, p. 316, en que advierte de que el problema no es tanto identificar ese segundo bien jurídico cuanto la fe pública en sí misma.

¹⁴²En este sentido, entre otros, DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 562; DINACCI, *Realismo e concretezza in una recente pronuncia della cassazione sull’essenza del falso documentale*, op. cit., p. 554; DINACCI, *Bene giuridico e dolo nelle falsità documentali*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze sui profili oggettivi e soggettivi delle falsità documentali*, op. cit., p. 29; ZUCALÀ, *Brevi considerazioni*

falsedad, según esta teoría, no estaría en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico específico propio de las falsedades, sino en la puesta en peligro o lesión de esos posteriores bienes jurídicos, que se instituirían así en los auténticos objetos de protección, indeterminados a priori, de la falsedad documental. Esto lleva irremediablemente a la consideración de que dicha concepción se hermana así con aquellas mantenidas acerca de la falsedad como delito con objeto indeterminado, caracterizado por el medio de ataque, que VON LISZT defendiera¹⁴³. Tal idea aparece con claridad cuando BRICOLA se ve ante la necesidad de acudir al expediente del delito pluriofensivo partiendo de una concepción constitucionalista del bien jurídico, lo que lo lleva a la conclusión de que la fe pública no es bien jurídico, sino que es medio de protección de auténticos bienes jurídicos que pueden ponerse en peligro con la lesión de aquella.

En puridad, puede afirmarse que con el loable intento de ANTOLISEI no se ha conseguido concretar el bien jurídico fe pública, sino que se ha desplazado el contenido de injusto propio de la falsedad, colocándolo en la antesala de la protección de otros bienes jurídicos, a priori indeterminados¹⁴⁴ y ya tutelados por otras normas del ordenamiento penal, desposeyendo así a la falsedad de sentido en sí misma. Con ello no pretende negarse la corrección de una tesis que considerase la fe pública como bien jurídico instrumental, siempre que lo conceptuase como “auténtico” objeto tutelado, al fin y al cabo.

1.2.2- Concepciones sostenidas por la doctrina germánica

En Alemania, a pesar de que antaño se defendiera por parte de algunos la protección de la fe pública, la gran mayoría de la doctrina ha considerado que lo que la falsedad tutela es la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico. Sin embargo, esta doctrina, mantenida a lo largo de decenios, no ha sido ajena al gran vuelco que para la concepción del bien jurídico protegido por la falsedad documental supuso la tesis de BINDING. Ni siquiera se ha sustraído a la influencia que los funcionalistas han tenido en punto a determinar el objeto de protección. Por tal razón, entre la concepción de la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico y las preconizadas por BINDING, SCHILLING, SAMSON o PUPPE no puede establecerse una sucesión temporal exacta. Esto es así porque la concepción mayoritaria -la relacionada con la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico- ha ido cambiando y dejándose influir por las tentativas de la doctrina de concretarla, de modo que el resultado final ha sido, en ocasiones, que autores que formalmente defienden que se tutela la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico, acaban refiriéndose a un aspecto concreto del documento como objeto de tutela¹⁴⁵.

sui delitti contro la fede pubblica, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze...*, op. cit., p. 48; CAMPISI, *Sul Tentativo nei delitti di falsità in atti*, op. cit., p. 234; FIORE, *Il Falso autorizzato non punibile*, op. cit., p. 316; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 427, para quienes la falsedad documental se convertiría entonces en una especie de “protección en blanco” de intereses de incierta consistencia y susceptibles de especificación sólo en la praxis y caso por caso; MAZZA, *Offensività e coscienza dell'antidoverosità della condotta nel falso documentale*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze...*, op. cit., p. 16, quien hace también mención a la construcción de una especie de norma en blanco; GRANDE, *Falsità in documenti*, op. cit., p. 56.

¹⁴³De tal opinión, DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., pp. 562-563; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 22, considera que la tesis de la pluriofensividad recae en la teoría de los delitos vagos o con indeterminado objeto de tutela; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 93.

¹⁴⁴El propio ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, op. cit., p. 632, reconoce la falta de determinación inicial del segundo bien jurídico.

¹⁴⁵En tal sentido, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 293, en relación con el bien jurídico fe pública, en que afirma que “la complementación de la fe

Efectuada esta previa aclaración, se pasan a exponer las tesis mayoritariamente sostenidas en Alemania, que, por otra parte, han supuesto una influencia clara en la doctrina tanto italiana como española, debido, sin duda, a su mejor consecución del objetivo de individualización del bien jurídico que las preconizadas en Italia.

A) *La seguridad del tráfico jurídico como bien jurídico protegido*

En la defensa de la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico¹⁴⁶ como objeto jurídico protegido en la falsedad documental pueden diferenciarse, “grosso modo”, dos etapas: en primer lugar, aquella que concibe la seguridad del tráfico como bien jurídico sin ulteriores especificaciones y, en segundo lugar, la que, atendida la generalidad e indeterminación de este bien jurídico, supone un intento por parte de los distintos autores, con base en diferentes expedientes, de concretarlo.

A la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico sin más especificaciones se refería un comentarista clásico del Código penal alemán, FRANK¹⁴⁷, para quien el interés protegido por la falsificación de documentos es la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico, procesal o extraprosal. Esta concepción, sin embargo, resulta absolutamente amplia e indeterminada, a pesar de existir autores que la hayan seguido¹⁴⁸. En ella se trasluce, en definitiva, un intento de concretar la amplitud de la fe pública como bien jurídico protegido sin demasiado éxito, pues trae cuenta, al

pública con referencias valorativas relativas al significado y función que corresponde a estos objetos, signos o formas en el tráfico jurídico, supone la sustitución del inicial bien jurídico por otro distinto”. Un proceso paralelo al descrito por este autor se produce también en aquel sector doctrinal que postula la protección de la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico.

¹⁴⁶Por tráfico jurídico puede entenderse “el conjunto de condiciones que facilitan la comunicación entre los individuos y sus relaciones de derecho”, cfr. ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, op. cit., p. 26.

¹⁴⁷Vid. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18 neubearbeitete Auflage, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen/Leipzig, 1931, p. 607, para quien un documento tiene importancia para la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico cuando su contenido lo constituye un hecho con relevancia jurídica inmediata o cuando conduce a la conclusión del mismo.

¹⁴⁸En Alemania, EBERMAYER, *Urkundenfälschung*, en *Festgabe für R. v. Frank zum 70. Geburtstag*, Band II, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, p. 418, en que afirma que, tal como dice FRANK, los delitos de falsedad documental se dirigen contra la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1995, p. 1371, nm. 1, en que se refieren al tráfico jurídico sin más especificaciones, aunque hacen mención a la concepción de KIENAPFEL de concebir al documento en sí como objeto de protección; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2. ganz neu bearbeitete und erweiterte Auflage, J.C.B. Mohr Verlag (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, p. 166, nm. 1, en que afirma que se protege la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico sin más, aunque advierte que la misma puede lesionarse por la acción falsaria en distintos aspectos. En España, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 558, manifestaba que el objeto protegido en la falsedad documental no es otro que la seguridad del tráfico jurídico; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 16ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1993, p. 977, acoge expresamente la concepción de FRANK; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial. II (2) Delitos contra la colectividad*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, p. 733, en que se refiere a la seguridad y autenticidad del tráfico jurídico como objeto de tutela; SOTO NIETO, *Falsedad en documento público, oficial o mercantil. Humanización y realismo en la función interpretativa*, La Ley, Diario 4644, 1998, p. 16, en que sostiene la protección de la seguridad en el tráfico jurídico en el delito de falsedad documental..

igual que ésta, del derecho a la verdad¹⁴⁹; presupone la fe pública como condición de un ordenado funcionamiento del tráfico jurídico¹⁵⁰.

Si bien la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico introduce un elemento finalístico del que carece la fe pública, como es la tendencia a la introducción del documento en el tráfico, acabando en parte con el formalismo propio de la fe pública, no logra concretar el objeto de protección. Un entendimiento tan genérico de la seguridad en el tráfico no consigue desligarse de la misma fe pública, como lo demuestran aquellas tesis mantenidas por autores españoles que ven, junto a la protección de la fe pública, la de esta seguridad en las transacciones negociales¹⁵¹. Tal generalidad supone que, aun asumiendo que la seguridad en el tráfico jurídico es el interés tutelado, hayan surgido recientemente en nuestro país concepciones que tienden a limitar su ausencia de contornos apelando, casi al modo en que ya lo hiciera ANTOLISEI, a la naturaleza pluriofensiva de estos delitos¹⁵².

¹⁴⁹En tal sentido, MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., pp. 75-76.

¹⁵⁰En este sentido, ECHANO BASALDÚA, *El bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, op. cit., pp. 269-307, en que pone de manifiesto la estrecha ligazón entre uno y otro bien jurídico; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. III, Ed. Trivium, Madrid, 1997, p. 3662.

¹⁵¹En tal sentido, ORTS, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENQUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, op. cit., p. 190, quien concibe que el bien jurídico inmediatamente tutelado en la falsedad documental es la fe pública y el valor probatorio otorgado a los objetos que gozan de la misma, pero acepta que la seguridad en el tráfico se proteja de forma mediata, con la finalidad de evitar el excesivo formalismo que tiñe la regulación penal de este delito; sin embargo, ORTS, en VIVES ANTON (Coord.) y otros, *Comentarios al Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1738, ha matizado su originaria opinión, advirtiendo que verdadero bien jurídico protegido lo constituye el tráfico jurídico, pues sólo en la medida en que un documento entra en dicho tráfico o está destinado al mismo cobra su adulteración trascendencia penal; QUERALT, *Derecho penal español (parte especial). Delitos contra los intereses individuales y colectivos*, 3ª edición conforme al Código penal de 1995, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 500, cuando se refiere al bien jurídico como "confianza social" de ciertas relaciones que permiten la fluidez del tráfico jurídico; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 39 afirma que las fórmulas de la fe pública y la seguridad en las relaciones jurídicas son reductibles entre sí, pues la fe pública, como confianza en los signos, representa el lado subjetivo de la seguridad en las relaciones jurídicas, de traza puramente objetiva, de forma que una y otra se refieren a una realidad inaprensible; GONZÁLEZ RUS, *Falsificación de sellos y marcas y falsedades documentales*, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*, Primer Volumen, Universitat de Valencia-Institut de Criminologia, Valencia, 1997, p. 936, cuando afirma que la fe pública o la seguridad en el tráfico jurídico constituyen bienes jurídicos en los delitos de falsedad.

¹⁵²De dicha opinión, MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, en COBO DEL ROSAL (Dir.) y otros, *Manual de Derecho penal. Parte especial III. Delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado; de las falsedades*, Ed. Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 476, para quienes además de la lesión de la fe pública -que indentifican con el tráfico jurídico- se produce, cuando menos, la puesta en peligro de otros bienes singulares; MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL (Dir.) y otros, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 210; COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., quien, como los anteriores, identifica la fe pública como seguridad en el tráfico jurídico, admitiendo que la falsedad documental es un delito complejo, potencialmente pluriofensivo, que constituye una lesión para la fe pública o el tráfico jurídico, pero que al mismo tiempo comporta una puesta en peligro concreta de singulares bienes jurídicos; en el mismo sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 73-77; CALLE

Con la finalidad de evitar el regreso a un concepto tan etéreo como el de la fe pública y dotar de mayor contenido al bien jurídico protegido en la falsedad documental, la doctrina alemana ha ido estableciendo, en épocas posteriores, ulteriores precisiones del concepto de seguridad en el tráfico jurídico. Pero las limitaciones de este vago concepto no se establecen en una dirección unívoca, sino que pueden distinguirse líneas de opinión que tienden al establecimiento de distintos correctivos. En este sentido, mientras autores como MEZGER¹⁵³, BLEI¹⁵⁴ o WELZEL¹⁵⁵ acotan el concepto atendiendo al sector del tráfico al que la falsedad se refiere, esto es, no al tráfico jurídico en general, sino únicamente al probatorio, otro sector doctrinal lo limita aún más, atendiendo no sólo al tráfico probatorio en general, sino al concreto medio de prueba utilizado en ese tráfico, al documento, como muestran las opiniones de OTTO¹⁵⁶, WESSELS¹⁵⁷, BOCKELMANN¹⁵⁸.

Tal referencia expresa a la seguridad de la prueba con documentos acerca mucho la concepción de estos autores a la de aquellos otros, muy numerosos en la

RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, pp. 39 y 71; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3663, en que admiten que el delito de falsedad es pluriofensivo sobre la base de que el elemento del “perjuicio de terceros” es también parte del contenido jurídico-penal de las falsedades.

¹⁵³Para MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil. Ein Studienbuch*, 7. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München/Berlin, 1969, p. 211, el bien jurídico protegido por la falsedad documental lo constituye la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico, en especial del tráfico jurídico probatorio.

¹⁵⁴BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, 12. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1983, p. 306, considera, en el mismo sentido que MEZGER que el bien jurídico lo constituye en la falsedad la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico, en especial del probatorio.

¹⁵⁵Para WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, 11. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter & Co. Verlag, Berlin, 1969, p. 402 admite también, pero de una forma ya más clarificadora que los dos anteriores autores, que la seguridad y fiabilidad del tráfico de la prueba es el bien jurídico protegido por la falsedad documental. En parecido sentido, ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil, LH 4: Wirtschaftsstraftaten, Vermögensdelikte (Randbereich), Fälschungsdelikte*, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1989, p. 171, nm. 453, en que se refieren específicamente al tráfico probatorio, aunque entienden que la protección no se refiere al tráfico mismo, sino a la confianza de aquellos que participan en el tráfico. Sin embargo, en pp. 172-174, nms. 456-461, conceptúan a la falsedad documental como acto preparatorio de delitos contra la propiedad y como puesta en peligro de otros bienes jurídicos distintos al patrimonio. En parecido sentido, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil, Teilband 2, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte. Ein Lehrbuch*, 7. Auflage, C. F. Müller Juristische Verlag, Heidelberg, 1991, pp. 136-137, nm. 5, en que consideran que las tesis de los autores funcionalistas pueden concretarse aún más apelando a los otros bienes jurídicos que puede lesionar el documento falsificado, en tanto que la falsedad documental no es nunca fin en sí misma.

¹⁵⁶OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 4. neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter Verlag, Berlin/New York, 1995, p. 354, en que admite que en la falsedad documental se protege la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico, en concreto el tráfico probatorio con documentos y datos relevantes para la prueba.

¹⁵⁷WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 17. neubearbeitete Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, p. 166, en que se refiere a la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico con documentos, registros técnicos o datos como medios probatorios, si bien diferenciando ya distintas direcciones de protección.

¹⁵⁸BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3. (Ausgewählte Delikte gegen Rechtsgüter der Allgemeinheit)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1980, p. 92, que referencia la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico a la protección atinente al documento, que la obtiene porque su significado en el tráfico jurídico consiste en que su forma de atestación lo hace capaz de crear prueba.

actual doctrina alemana, que aluden directamente a una o varias de las funciones que el documento desempeña como concreción del indeterminado concepto de la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico. De tal manera, toman conciencia de la importancia de las funciones que el documento realiza para fijar el concreto bien jurídico tutelado por la falsedad documental. La generalidad de la seguridad en el tráfico jurídico se atempera atendiendo bien prioritariamente a la relación jurídica o espiritual que ha de existir en la declaración documental entre el autor y su declaración, bien a la fijación en el tiempo de la declaración que el documento supone, o bien a ambas.

Entre quienes limitan este concepto con ayuda de la relación que ha de unir al autor con la declaración, tomando la función de garantía como la que más claramente caracteriza al documento, cabe incluir las opiniones de comentaristas como CRAMER¹⁵⁹ o LACKNER¹⁶⁰. En parecido sentido, STEHLING, para quien el tipo de la falsedad documental protege la fiabilidad de la prueba con documentos, concretamente la confianza de la generalidad en la autenticidad del documento, la formal corrección de su contenido y con ello su fuerza probatoria¹⁶¹. Según SIEBER, el bien jurídico protegido en la falsedad documental lo constituye la seguridad del tráfico jurídico y probatorio, sobre el que puede hablarse de seguridad de los medios de prueba corporales, y precisando aún más, la seguridad de la declaración corporeizada imputada a una determinada persona¹⁶². Más cerca aún que los citados autores de posturas puramente funcionalistas se encuentra

¹⁵⁹CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. neubearbeitete Auflage von Lenckner, Cramer, Eser, Stree, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, p. 2011, nm. 1, para quien el bien jurídico protegido en la falsedad documental lo constituyen la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico, en especial del tráfico jurídico probatorio, que se instruye a través de la utilización de declaraciones materialmente corporeizadas como medio de prueba, y que cuenta con que detrás de ellas hay un determinado autor que aparece como garante, lo que hace que el documento, por tal razón, aparezca como un medio de prueba eficaz. Sin embargo, también este autor, en contraposición con la doctrina mayoritaria, considera que junto al tráfico jurídico, se protegen los particulares cuya posición probatoria se ve perjudicada a través de la falsedad documental.

¹⁶⁰LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 21. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1995, p. 1140, nm. 1, en que afirma que el objeto jurídico lo constituye la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico con documentos, considerando que lo es la autenticidad del documento, la concordancia del autor real del mismo con aquel que como tal aparece en el documento.

¹⁶¹Vid. STEHLING, *Die Urkundenfälschung. Ein Beitrag zur Kriminologie, Kriminalistik und Strafrechtlichen Problematik dieser Gesetzverstöße*, Dissertationsdruck Schön, München, 1973, pp. 245-247.

¹⁶²Cfr. SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht. Nachtrag 1980 zur 1. Auflage. Neue Entwicklungen in Technik und Recht*, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1980, pp. 272-273, en que precisa que el bien jurídico protegido específicamente en el § 267 StGB lo constituye la relación entre el autor y su declaración escrita o corporeizada. La estratificación a distintos niveles del bien jurídico que este autor propone proviene de la teoría en la fijación de bien jurídico por él seguida, que no es otra que la propugnada por AMELUNG, como puede comprobarse en pp. 254-265 de la obra citada, de forma que, partiendo de esta teoría, la especialidad en el proceso de interacción del bien jurídico protegido en los §§ 267 y ss StGB en comparación con el proceso de interacción propio de los bienes jurídicos individuales, lo constituye su escalonamiento o gradación (*ihre "Abschichtung", "Stufung" oder "gegenseitige Durchdringung"*). En semejante sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Las falsedades documentales como actos preparatorios o ejecutivos criminalizados (bienes jurídicos protegidos en estos delitos)*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998, nº 366, pp. 3 y 4, para quien el bien jurídico más abstracto protegido en la falsedad documental es la seguridad en el tráfico jurídico al que está abocado el documento falso o falsificado, apareciendo como bien jurídico protegido más en concreto la función de garantía o la de prueba del documento.

STEINMETZ, según quien no puede hablarse ya siquiera de protección del tráfico probatorio, pues con ello se hace referencia a la función probatoria del documento, distinta según los diferentes tipos de documentos. Para este autor es más correcto entender que se protege la confianza de todo interviniente en el tráfico jurídico en la autenticidad del documento, cualidad más importante del mismo¹⁶³.

Por otra parte, tampoco ha faltado quien, manteniendo que bien jurídico protegido en la falsedad documental lo sea la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico, tienda a limitar este concepto con base en la función de perpetuación que el documento desempeña, tal como hace TRÖNDLE¹⁶⁴.

A pesar de los intentos de la doctrina alemana por continuar sosteniendo que objeto de tutela en la falsedad documental lo sea la seguridad en el tráfico jurídico, esta opción no ha estado tampoco a salvo de críticas, esto aun cuando tanto en Italia¹⁶⁵ como en España¹⁶⁶ haya contado con seguidores dicho posicionamiento. Se ha situado la debilidad básica de esta teoría justamente en que proviene de la fe pública como objeto tutelado por la falsedad, pretendiendo ser una

¹⁶³Cfr. STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung* (§ 267 StGB), Duncker & Humblot, Berlin, 1991, pp. 45-49, en que además afirma que considerar que la falsedad documental supone la protección del tráfico probatorio, implica que ha de considerarse protegida la función probatoria del documento, lo que supone que el bien jurídico no sería unitario en todos los tipos del § 267 StGB, puesto que la protección de los documentos privados no asegura la llevanza de prueba con documentos, sino también la libre conformación u organización de las relaciones jurídicas que todos tienen en el ámbito de la autonomía privada, por lo que aquello que se protege es la confianza en la autenticidad del documento no sólo del singular, sino al mismo tiempo de toda la generalidad de partícipes en el tráfico jurídico. En parecido sentido, FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 1. Teil. Allgemeine Grundlagen*, en JuS, 1993, pp. 731-733, en que reconoce que la protección de la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico como finalidad en la protección que ha de concretarse apelando a la protección de la autenticidad en el documento, por lo que el objeto de protección del § 267 lo constituye el interés del interviniente en el tráfico jurídico en la autenticidad de una declaración orientada a la prueba corporeizada.

¹⁶⁴Cfr. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 10. vollig neubearbeitete Auflage, 6. Band, §§ 263-302 a, Walter de Gruyter Verlag, Berlin/New York, 1988, vor § 267, nm. 2, en que se refiere a la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico, en concreto al tráfico probatorio con documentos y signos probatorios, como objeto de protección, no sin hacer hincapié en que lo que se protege no es el documento mismo, sino la realización de la prueba mediante documentos, de forma que los ilícitos falsarios se dirigen contra el documento en su materialidad y su función de perpetuación, al modo en que lo demuestra SAMSON.

¹⁶⁵Vid. FIORE, *Il falso autorizzato non punibile*, op. cit., p. 317, en que manifiesta que la fórmula del tráfico jurídico es la más adecuada para asumir la íntima esencia de la falsificación y, al mismo tiempo, la más auténtica expresión de la ratio que surge de las normas penales en materia de falsedad.

¹⁶⁶Vid. supra notas 151-152 en relación con los autores españoles que se han decantado por esta opción. Puede citarse, además de los allí relacionados, a BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Ed. Akal/lure, Madrid, 1991, p. 321, que considera que el bien jurídico protegido en la falsedad documental es la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico, aunque le parece objetable considerar este bien jurídico dentro de la amplísima categoría de los valores sociales supraestatales, pues el tráfico jurídico no puede estar por encima del Estado, pues sin la protección que éste le brinda carecería de toda entidad, considerando que estos delitos constituyen una avanzada en la protección de los derechos de las personas. De ahí que en la cuestionable clasificación de los delitos en delitos contra las personas, contra la sociedad o contra el Estado, la falsedad documental ha de considerarse un delito contra las personas. También en Chile, ETCHEBERRY, *El objeto jurídico de los delitos de falsedad documental*, op. cit., pp. 55-64, asume como mejor esta teoría, aunque limita a la eficacia de los símbolos materiales dotados de efectos jurídicos obligatorios, lo que lo lleva a considerar que en la falsedad en documento privado no es este el bien jurídico lesionado, sino la propiedad.

concreción de la misma¹⁶⁷. Sin embargo, la referencia a la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico sin más especificaciones constituye un objeto demasiado genérico¹⁶⁸, que, lo mismo que la fe pública, no cumple las funciones propias del bien jurídico. No crea pauta interpretativa alguna de los tipos de la falsedad documental. De tal modo, por ejemplo, que no puede explicar por qué en el § 267 StGB se protege la autenticidad del documento, pero no su veracidad¹⁶⁹.

Se ha afirmado que el tráfico jurídico no tiene la condición de bien, sino que es un hecho social¹⁷⁰. Independientemente de que la formulación del bien jurídico según esta concepción no se refiera al tráfico jurídico sin más, sino a la seguridad y fiabilidad en el mismo, resulta claro que tal consideración se encuentra íntimamente relacionada con aquella según la cual esta determinación del bien jurídico constituye una fórmula vacía y tautológica, demasiado vaga por haber querido acoger en ella todos los delitos incluidos bajo la denominación común de las falsedades documentales¹⁷¹.

La indeterminación de esta concepción la ponen de manifiesto las ulteriores especificaciones de esta fórmula, puesto que autores posteriores no se contentan con hablar de seguridad del tráfico jurídico, sino del tráfico probatorio o con documentos, incluso posteriormente se refieren a uno concreto de los rendimientos propios del documento a modo de concreción¹⁷². Tanto es así que, en las últimas formulaciones de esta teoría, más que hablarse de fiabilidad del tráfico jurídico

¹⁶⁷En tal sentido, RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., p. 118, considera que las objeciones de que se hace acreedora esta concepción son las mismas que las que pueden oponerse a la fe pública.

¹⁶⁸De esta opinión, SCHILLING, *Der Strafrechtliche Schutz des Augenscheinsbeweises*, op. cit., p. 133; PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit. pp. 171-172, quien además, relacionando la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico con la fe pública, afirma que no es función del Derecho penal proteger la confianza de los particulares por su mera voluntad ni los riesgos que esto pueda conllevar; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 245; KIENAPFEL, *Zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung*, op. cit., p. 186; PROTO, *Il problema dell'antigiuricità nel falso documentale*, op. cit., p. 88, que admite que la referencia a seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico sólo puede tener algún tipo de virtualidad cuando a ella se le añaden cualificativos, como la referencia a la prueba; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 216, con el entendimiento de que la palabra "tráfico", o bien se considera como sinónimo de relaciones jurídicas o se orienta a la consideración de hechos que, como la circulación de vehículos, no tienen nada que ver con la cuestión.

¹⁶⁹Ponen esta circunstancia de manifiesto RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, p. 118; STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§. 267 StGB)*, op. cit., p. 44.

¹⁷⁰En tal sentido, ETCHEBERRY, *El objeto jurídico en los delitos de falsedad documental*, op. cit., pp. 55-61, quien, para paliar la indeterminación de esta teoría concibe como objeto protegido la eficacia de los símbolos materiales dotados de efectos jurídicos obligatorios como forma de concretar el concepto de seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico. Lo que ocurre es que aquí volveríamos a encontrarnos en la misma situación en la que se hallaban los defensores del concepto normativo-positivista de fe pública, puesto que esos "efectos jurídicos obligatorios" se les reconocen generalmente en nuestra legislación a los documentos públicos, con lo que la falsificación en documento privado atentaría contra un bien jurídico distinto.

¹⁷¹En tal sentido, PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 630, para quien esta fórmula solo clarifica que objeto de protección lo es el tráfico jurídico y no el autor del documento; en el mismo sentido, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 1 y 2, en que además afirma que tal fórmula no explica porqué se protege el documento, y no otros medios de prueba.

¹⁷²Ponen de manifiesto esta evolución, ECHANO BASALDÚA, *El bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, op. cit., pp. 388-400; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 106-110.

podría hablarse de protección del documento, aunque sea como medio que garantiza esa seguridad. Con ello se ve claramente que esta tesis ha ido acercándose paulatinamente a las tesis funcionalistas, lo que no significa que la seguridad en el tráfico jurídico no pueda considerarse fin o ratio de las normas incriminadoras de la falsedad documental¹⁷³.

No obstante, la mención expresa a la seguridad en el tráfico jurídico con documentos puede tener en nuestra legislación una virtualidad clarificadora de la que carece en Derecho penal alemán, por la misma configuración de los tipos, que ya en su momento pusiera de manifiesto QUINTANO RIPOLLÉS al referirse al excesivo formalismo en la regulación de las falsedades documentales¹⁷⁴. En el Código penal español se prevén en los arts. 390 y 392, respectivamente, las falsedades comisibles por un funcionario en el ejercicio de sus funciones y las comisibles por particular en documento público, oficial o mercantil, mientras en el art. 394 se prevé el uso del documento, a sabiendas de su falsedad, bien en perjuicio de otro, bien presentándolo en juicio, por parte de quien no lo haya falsificado con pena inferior en grado a la que corresponda a los falsificadores. Por un lado, ni en el art. 390 ni en el 392 CP se hace referencia alguna a la intención de introducción del documento en el tráfico por parte del falsificador, a diferencia de lo que ocurre en el § 267 StGB¹⁷⁵. Por otro, cuando ese documento falso es realmente introducido en el tráfico, con la comisión de la conducta prevista en el art. 394 CP, la penalidad es sustancialmente inferior a la prevista para la acción falsaria. Tenemos pues que una conducta que tan sólo puede representar un riesgo para la seguridad en el tráfico jurídico, es decir, la mera falsificación sin ulterior uso, tiene una pena más elevada que la que más directamente atenta contra dicha seguridad, el uso, que además sólo es jurídico-penalmente relevante en ciertos casos. De todo ello resulta que, si la seguridad en el tráfico jurídico se mantiene, al menos, como fin de protección de la norma, pueden evitarse consecuencias formalistas en la interpretación de estos preceptos a las que se halla sustraída la regulación alemana. En primer lugar, la referencia al tráfico supone que la falsificación documental ha de estar, como mínimo, preordenada al mismo para constituir ilícito penal. En segundo lugar, tal consideración sirve como expediente cuestionador de la regulación española de la falsedad, en tanto pena más gravemente la acción falsaria -sin exigir expresamente la intención de introducir en el tráfico lo falseado- que el uso mismo del objeto falso, y puede orientar una interpretación restrictiva en la fijación del momento consumativo del delito.

B) La prueba como bien jurídico protegido en los delitos de falsedad: La concepción de BINDING

¹⁷³En este sentido, ECHANO BASALDÚA, *El bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, op. cit., p. 394; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 35.

¹⁷⁴Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 80-81, quien, si bien entiende como más acertada la concepción que defiende como bien jurídico la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico, considera que está impregnada de matices finalistas no aplicables al derecho positivo latino, por lo que acoge la tesis de DONNEDIEU de VABRES, que conceptúa como objeto de tutela “el interés colectivo en la autenticidad y sinceridad en las formas”. Cfr. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1943, p. 32, aun cuando este autor, como puede observarse en pp. 31, 32 y 67 vincula dicha determinación con la fe pública, que no concibe como sentimiento espontáneo de los integrantes del cuerpo social, sino como “confianza dirigida” o “confianza impuesta”.

¹⁷⁵En este precepto se exige que la acción falsaria en el documento se opere con la finalidad de engañar en el tráfico jurídico (“zur Täuschung im Rechtsverkehr”), lo que presupone la intención de introducirlo en dicho tráfico. Sobre el significado de esta locución vid. más ampliamente infra cap. II, apartado 1.3.2.

Una de las tesis acerca del objeto de protección en la falsedad documental que mayor trascendencia ha tenido, atendiendo sobre todo a su repercusión posterior, ha sido la preconizada por BINDING. La importancia de su posicionamiento radica no tanto en los resultados que con ella alcanzó, cuanto por suponer un cambio de orientación en el estudio de esta cuestión. Hasta el momento, las distintas concepciones sostenidas en torno al bien jurídico tutelado por este ilícito, abstracción hecha de las más primitivas, referidas a la falsedad como delito contra el derecho a la verdad o contra el patrimonio, basaban su atención en el efecto producido en la colectividad, más que en los rendimientos de ese instrumento mismo para determinar el objeto de protección. El planteamiento de BINDING¹⁷⁶ implica una modificación esencial en el estudio de estos delitos, puesto que es el primero que centra su atención en el objeto que fundamenta la confianza de los ciudadanos o la seguridad en el tráfico, el documento.

Su teoría, en definitiva, supone un hito en la concreción del objeto protegido porque es desde ese momento en que la doctrina empieza a tomar consciencia de la importancia que las especialidades que el documento, en tanto medio de prueba, tiene para fijar al ámbito de protección de estos delitos. De su concepción pueden considerarse descendientes tanto aquellas primeras opciones limitadoras de la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico, cuanto los muy numerosos intentos aparecidos en Italia para determinar la fe pública, así como las mismas modernas concepciones funcionalistas sostenidas en Alemania.

Para elaborar su teoría, BINDING parte de la consideración de los medios de prueba fuera del proceso, pero estudiando, no obstante, su concreto contenido dentro del proceso¹⁷⁷. Critica la importancia que en Derecho romano se le otorgó a la prueba testimonial y a la consideración del falso testimonio, manifestando que lo que se pretende proteger con la falsedad de moneda y de documento es la seguridad de estas pruebas fuera del proceso¹⁷⁸. Con base en ello, afirma que lo que con la prueba se ha de demostrar es la existencia o inexistencia de un derecho o una obligación, de manera que destinatario de la misma no lo es el Juez, sino la contraparte, o cualquier persona cuando la prueba se practica fuera del proceso¹⁷⁹.

BINDING incorpora a su estudio sobre el bien jurídico protegido en la falsedad a los signos de prueba, que junto al documento -en tanto que prueba declarativa-, entiende que son pruebas de las que él denomina personales en

¹⁷⁶Vid. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 108-120.

¹⁷⁷Vid. BINDING, o. u. c., p. 108, en que afirma que la indeterminación del objeto jurídico se debe a una doble deficiencia: la ignorancia de la prueba extraprocesal y su agudización en la procesal, así como el abandono en el estudio de los signos de prueba (*Beweiszeichen*). Su visión procesalista de la prueba se hace patente cuando afirma, en p. 112, que los medios de prueba adecuados a Derecho necesitan reconocimiento y regulación legal, que encuentran en las leyes procesales, de manera que la denominación "medio de prueba" viene exigida por el reconocimiento en las leyes procesales de estos medios.

¹⁷⁸BINDING, o. u. c., pp. 110-111.

¹⁷⁹BINDING, o. u. c., pp. 111-112, llega a esta conclusión razonando que lo que en el proceso se prueba no es el derecho u obligación del juez, sino de la contraparte, por lo que en el proceso penal, tampoco el juez es el destinatario de la prueba, sino que éste lo es el acusado. Fuera del proceso, en tanto no hay un juez, la relación se desarrolla entre dos partes, de manera que los interesados en la prueba pueden serlo todos.

sentido amplio¹⁸⁰. Contra tales medios de prueba la criminalización de la falsedad se explica justamente porque son pruebas jurídicamente reconocidas¹⁸¹.

A pesar del estudio de los distintos medios de prueba, la alusión a los mismos como elemento aglutinador de todos los delitos falsarios no lo lleva a considerar, como pudiera parecer, que objeto de protección en la falsedad lo sean estos objetos mismos, sino la dirección al uso del medio hacia su meta. No se protegen los medios de prueba en sí, sino “el acto probatorio”; es la prueba misma lo que se tutela¹⁸². El bien jurídico que la falsedad ataca es “la pureza del proceso probatorio obtenida mediante la autenticidad y veracidad del medio de prueba”¹⁸³.

Dicha pureza viene determinada porque finalidad de toda prueba es el descubrimiento de la verdad, el exacto reflejo de las circunstancias objetivas en el reconocimiento del destinatario de la prueba¹⁸⁴. De tal forma que lo falso, en el lenguaje vulgar, lo es tanto lo inauténtico como lo inveraz¹⁸⁵, y tanto la verdad como la inveracidad pueden demostrarse con medios de prueba auténticos o falsos¹⁸⁶. De esto deduce que la criminalización de la falsedad implica una doble prohibición: de un lado probar la verdad o la inveracidad con medios probatorios falsos y, de otro, demostrar una inveracidad con medios de prueba auténticos¹⁸⁷. Esto entendiendo por medio de prueba auténtico aquel que en el hecho procede del sujeto como su declaración (o signo), lo haya hecho o no explícitamente, y cuando éste signifique o certifique lo que su autor declara decir o certificar con él, de manera que el medio de prueba auténtico sólo prueba la verdad cuando dicha declaración coincida absolutamente con ella¹⁸⁸. De ahí que se muestre contrario a que en el Código penal alemán muy excepcionalmente se pene la producción de documentos auténticos pero de contenido inveraz y postule la necesidad de protección de la veracidad en el contenido de los documentos y los signos probatorios, entendiendo que la veracidad, en tales casos, es un bien jurídico independiente de la autenticidad de los medios de prueba¹⁸⁹.

¹⁸⁰BINDING, o. u. c., pp. 113-114, en que afirma que la falsedad en este tipo de pruebas ha de consistir en que la afirmación o el signo ha de parecer como proveniente de otra persona de aquella que efectivamente los ha creado.

¹⁸¹BINDING, *ibidem*, afirma que con cada reconocimiento legal de un signo de prueba o de una declaración probatoria se crea la condición para el ataque criminal contra la misma. Así, cotejando la historia de la criminalización de las falsedades, se observa como el reconocimiento legal del signo probatorio ha sido siempre condición para la punición de su falsificación.

¹⁸²BINDING, o. u. c., pp. 114-115, denuncia los errores a que ha llevado la confusión entre protección de medio de prueba y de prueba en sí misma considerada. Esta confusión es la responsable de que con el acto falsario mismo se haya entendido que se consuma el delito y de que la falsificación de una prueba ya existente se haya considerado un delito de lesión, al afectar a un documento o moneda auténticos, mientras la creación de una prueba falsa sólo podría representar un delito de peligro. Con base en su propia concepción entiende, en p. 120, que la falsedad documental se consuma con el uso para la prueba, por lo que se congratula de que la mayoría de las falsedades se tipifiquen como delitos de dos actos -o lo fueran en el momento en que BINDING formuló su teoría-, puesto que para él la producción de un medio de prueba inauténtico no es más que un acto preparatorio.

¹⁸³BINDING, o.u.c., p. 115.

¹⁸⁴BINDING, o.u.c., p. 116.

¹⁸⁵BINDING, *ibidem*.

¹⁸⁶BINDING, *ibidem*.

¹⁸⁷BINDING, *ibidem*. De ahí que, en p. 119, sostenga que las tres grandes prohibiciones en la prueba consisten en: 1- probar la verdad o la inveracidad con medios de prueba inauténticos; 2- probar la inveracidad con medios de prueba auténticos, 3- evitar la prueba con la ocultación de un medio de prueba auténtico.

¹⁸⁸BINDING, o.u.c., p. 117.

¹⁸⁹BINDING, o.u.c., p. 119.

La tesis de BINDING, aunque ha supuesto un intento de explicar el fundamento de la falsedad documental con base en la misma prueba, y ha conllevado, por tal razón, un gran avance en la investigación del bien jurídico protegido en la falsedad documental¹⁹⁰, ha sido también objeto de duras críticas. Entre ellas, las más incisivas son aquellas que suponen enmiendas a la totalidad, que niegan que el documento o cualquier rendimiento que éste produzca puedan ser objeto de protección, generalmente por la consideración de que tal posicionamiento supone de confusión entre objeto material del delito y bien jurídico¹⁹¹. Si bien esta objeción, aplicada a la teoría de BINDING es fácilmente salvable, puesto que en modo alguno se refiere este autor al documento como objeto de protección, sino al acto de prueba, con lo que resulta evidente la ausencia de confusión¹⁹², aunque también se haya afirmado que el documento no tiene por qué servir siempre como prueba¹⁹³.

Otras críticas a esta concepción resultan menos salvables. Así aquella relativa a la improcedencia de limitar el estudio de la prueba al ámbito procesal, lo que se traduce en el prestar atención exclusiva a aquellos medios probatorios que tienen validez en el proceso¹⁹⁴. Dicha crítica no se encuentra privada de cierta solidez, porque aun cuando BINDING afirme expresamente que no estudia el funcionamiento del acto probatorio dentro del proceso, es cierto que extrapola el acto probatorio procesal al ámbito extraprocesal y que reconoce que el concepto de medio probatorio ha de limitarse a aquel que esté regulado expresamente en las leyes procesales¹⁹⁵. Sin embargo, sería salvable al desvincular la prueba del proceso y poner el acento en el interés probatorio de la comunidad en las relaciones jurídicas.

La objeción más fundamentada y la que más a menudo se ha opuesto a la tesis de BINDING es que su teoría conduce inexorablemente a la protección del derecho a la verdad¹⁹⁶. Esto es, siendo que lo que BINDING pretendía con su

¹⁹⁰Esta aportación se la reconoce expresamente DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 567, en que manifiesta que su gran mérito es haber subrayado la incidencia de la falsedad sobre la prueba.

¹⁹¹En tal sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 63.

¹⁹²Relacionada con esta cuestión se encuentra la objeción relativa a qué documentos privados de sustancial eficacia probatoria, tales como el documento nulo o anulable, son también protegidos por la norma sobre las falsedades documentales. Cfr. CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 7.

¹⁹³En tal sentido, ETCHEBERRY, *El objeto jurídico en los delitos de falsedad documental*, op. cit., pp. 54-55, que critica la tesis de BINDING, únicamente referida a la prueba, por considerar que los documentos, a pesar de que uno de sus efectos más generales es servir como prueba, en muchos casos tienen finalidades diferentes y más importantes, de modo que la aptitud probatoria pasa a segundo plano.

¹⁹⁴En tal sentido, ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, op. cit., p. 628, critica que BINDING entienda que medios probatorios lo son solamente aquellos que tengan validez en el proceso, cuando según él lo son todos los objetos o declaraciones que gozan de un particular crédito en las relaciones de la vida social.

¹⁹⁵Vid. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 112.

¹⁹⁶En este sentido, vid., por todos, SCHILLING, *Der strafrechtliche Schutz des Augenscheinsbeweises*, op. cit., p. 134, quien, además de afirmar que el proceso probatorio (*Beweisführung*) del que BINDING habla no es un bien jurídico, sino un proceso real o positivo, considera que éste cae en la protección del derecho a la verdad; SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., p. 107; RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., pp. 120-121; DE MARISCO, *Il dolo nei reati di falsità in atti*, op. cit., pp. 430-432, para quien muchas de las críticas vertidas sobre la fe pública pueden oponerse a la tesis de BINDING, en concreto, la relativa al derecho a la verdad, del que, según este autor, puede hablarse como interés esencial del Estado en las competiciones judiciales, pero no de una parte en relación con la otra; PROTO, *Il problema*

concepción era separarse de la doctrina de la fe pública y su velada vuelta a la protección de la verdad, él llega al mismo resultado, al admitir la protección del acto probatorio y no del medio de prueba mismo. Esto lo conduce a efectuar una petición de *lege ferenda*¹⁹⁷, cual la de criminalización de las inveracidades en documentos más allá de los atentados contra su autenticidad, lo que es difícil de postular atendiendo al Derecho alemán vigente incluso en la época en que BINDING formuló su teoría, en que ambos tipos de ataque tenían ya entonces una regulación sistemáticamente distinta¹⁹⁸.

No obstante la existencia de críticas, la tesis de BINDING, como ya se ha indicado, tiene la virtualidad de suponer un cambio de orientación fundamental en el estudio del bien jurídico protegido en la falsedad documental. Independientemente de que otros autores, como CARNELUTTI¹⁹⁹, formularan tesis semejantes en épocas coetáneas o poco posteriores a la suya, ha sido la concepción de BINDING la que más claramente ha influido en la doctrina posterior. Su concepción se deja ver en la literatura alemana²⁰⁰, pero, y sobre todo, ha influido a autores italianos más o menos actuales que creyeron ver en ella, aplicándole ciertos correctivos, la salida definitiva a la indeterminación del bien jurídico protegido en las falsedades documentales²⁰¹.

Para DE MARISCO, uno de los primeros autores italianos que manifiestan explícitamente partir de la tesis de BINDING, el bien jurídico protegido por la falsedad documental no es el acto de prueba en sí mismo, sino el documento en su eficacia jurídica. Lo que para este autor se protege es el documento en su eficacia probatoria²⁰², acentuándose de este modo la condición de prueba extraprocesal de este instrumento.

dell'antigiuridicità nel falso documentale, op. cit., p. 78, que identifica la tesis de BINDING como formalista, equivalente a la *immutatio veri*; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 39.

¹⁹⁷En tal sentido RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., p. 120, critica esta tesis por entender que no supone una interpretación del derecho positivo, sino una propuesta de *lege ferenda*.

¹⁹⁸Sobre la regulación de la falsedad documental antes de la *Strafrechtsangleichungsverordnung* de 1943 y en el actual StGB vid. infra cap. II, apartado 1.3.2.

¹⁹⁹Vid. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Ed. Cedam, Padova, 1935, pp. 2-4, quien, si bien renuncia a la fijación de un bien jurídico protegido en la falsedad documental, por entender que lesiona no uno, sino muchos intereses, considera que la relación de la falsedad documental con el expediente de la fe pública ha impedido que diesen su fruto las precedentes instituciones en torno a la relación entre falsedad y prueba. Viene a considerar la prueba o el juicio de una prueba como objeto de la falsedad, de modo que lo que desde el punto de vista de la represión penal se llama falsedad no es tanto el falso juicio cuanto la falsa prueba que lo genera. En el mismo sentido, CARNELUTTI, *Oggetto del falso*, en *Rivista Italiana di Diritto penale*, 1934, XII, pp. 729 y ss, en que llega a considerar que la relevancia probatoria del documento fuera del proceso no es más que un reflejo de su eficacia dentro de él, por lo que la falsedad documental podría considerarse un delito contra la Administración de justicia.

²⁰⁰Aún en la actualidad MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 136, nm. 5, consideran que lo que une a todos los tipos de falsedad documental es el valor probatorio, suponen un ataque a la confianza pública y a la posibilidad de pureza y fiabilidad de la prueba documental.

²⁰¹En la doctrina sudamericana puede también observarse la influencia de BINDING, entre otros, en CARRERAS, *Los delitos de falsedades documentales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 38 y 48.

²⁰²Cfr. DE MARISCO, *Il dolo nei reati di falsità*, op. cit., pp. 432-434; posteriormente DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., pp. 565-569, sin modificar su inicial toma de posición, la matiza, en el sentido de que lo tutelado por la falsedad documental es la violación de la apariencia como manifestación de una situación relevante en el ámbito de las relaciones jurídicas, judiciales o extrajudiciales.

También PROTO parte de la tesis de BINDING, pero haciendo patente que no asume un concepto de prueba procesal, como aquel autor, sino extraprocesal o entendida en sentido lato²⁰³. Ello lo lleva a concluir que el objeto de la defensa penal de todos los delitos de falsedad es la prueba extraprocesal, la certeza de los hechos representados o indicados en el medio de prueba que tengan relevancia jurídica²⁰⁴.

Según CRISTIANI el bien jurídico protegido en la falsedad documental es la prueba misma²⁰⁵. Sin embargo, este autor, a diferencia de otros, no renuncia a la fe pública como objeto de tutela, sino que la refiere a los medios de prueba. Considera que el objeto de protección no es la relación entre el objeto probatorio y los ciudadanos, sino que lo constituye aquel objeto, en tanto cumple una función probatoria²⁰⁶, entendiendo que de protección penal de la prueba debe hablarse esencialmente en el sentido de protección de la verdad de la prueba²⁰⁷.

Aun en algunos otros autores italianos contemporáneos, como MOLARI²⁰⁸, SANTANIELLO²⁰⁹, CAMPISI²¹⁰ e incluso SPASARI²¹¹ puede apreciarse la influencia de la concepción bindigniana. Merecen especial atención, aunque por distintas razones, las tesis de MALIVERNI, DINACCI y GALIANI.

La teoría expuesta por MALINVERNI²¹² gana su especial relevancia por haber supuesto un serio intento de concreción del concepto de prueba estrictamente documental al objeto de que pueda considerarse bien jurídico. Parte de la consideración de que lo que la falsedad documental protege es la verdad de la prueba, la cual constituye, a su vez, el medio de tutela de un derecho²¹³. Según

²⁰³PROTO, *Il problema dell'antigiuridicità nel falso documentale*, op. cit., pp. 99-100, concibe el concepto extraprocesal de prueba como concepto cualificado por la realidad jurídica, o lo que es lo mismo, que los hechos que la prueba se destina a probar tengan relevancia jurídica.

²⁰⁴PROTO, o. u. c., p. 100.

²⁰⁵Cfr. CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 175.

²⁰⁶CRISTIANI, *ibidem*.

²⁰⁷CRISTIANI, *ibidem*. En el mismo sentido, CRISTIANI, *Falsità in atti*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VII, 1957, p. 4. Posteriormente, CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contra la)*, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, t. V, Ed. Utet, Torino, 1991, p. 181, matiza su inicial concepción, pues, aunque sigue manteniendo que objeto de protección es la función probatoria de estos instrumentos, hace hincapié en la existencia de un bien o interés de la sociedad a la seguridad de la prueba.

²⁰⁸Vid. MOLARI, *Sul tentativo nel reato di falso ideologico*, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, nº 3-6, 1955, p. 1955, cuando manifiesta que objeto de protección en la falsedad documental no es ya la fe pública, sino la integridad de la prueba, condicionada a la verdad del hecho representado en el documento.

²⁰⁹Vid. SANTANIELLO, *Manuale di Diritto penale*, terza edizione riveduta e aggiornata, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1967, pp.431-432, quien, sin abandonar la fe pública como objeto de protección, sí considera que la falsedad es un atentado a la veracidad y genuinidad del medio de prueba.

²¹⁰CAMPISI, *Sul tentativo nei delitti di falsità in atti*, op. cit., pp. 234-235, para el que el objeto de tutela es la integridad de la prueba mediante documentación verídica o genuina o la apariencia como manifestación de una situación relevante en el ámbito de las relaciones jurídicas judiciales o extrajudiciales.

²¹¹Vid. SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., *passim*, quien, aunque acoge un concepto publicístico-normativo de fe pública, que refiere a la fe garantizada por el estado en la verdad de los medios de prueba, realiza un estudio de la tipicidad en clave probatoria, que atiende al valor probatorio reconocido en el Ordenamiento jurídico a cada tipo de documento con la finalidad de determinar los límites de la criminalidad falsaria.

²¹²Cfr. MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 225-267; MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 80.

²¹³Vid. MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 234, en que advierte que la verdad de la prueba, más que un bien jurídico en sí mismo, constituye un medio que

él, el acierto de BINDING ha consistido en concretar el objeto de ofensa, pero no ha sabido extraer las consecuencias teóricas de la solución propuesta²¹⁴, que MALINVERNI considera que deben deducirse de las características que la doctrina ha entendido que debe poseer todo documento para la eficacia probatoria judicial o extrajudicial, la destinación y la idoneidad probatoria²¹⁵. Para él, el bien jurídico protegido en la falsedad documental no lo constituye un genérico interés de la colectividad, ya se conceptúe como una común confianza en determinados signos, ya como un pretendido derecho del público a la verdad, ni tampoco consiste en el particular interés que el documento representa, que ha de buscarse entre el objeto que está más allá de la simple forma del documento, pero antes de llegar al interés del particular que éste pueda representar²¹⁶. Lo esencial en la falsedad es la posibilidad de generar un juicio erróneo²¹⁷, por lo que resulta de suma importancia contrastar si con la prueba verdadera podía obtenerse la prueba de la verdad y con la prueba falsa era posible dicho juicio erróneo²¹⁸. De ahí que lo fundamental en la falsedad documental no sea tanto el valor probatorio del documento entendido en sentido absoluto, cuanto “la verosimilitud del derecho representado en el documento y la destinación y la idoneidad probatoria del documento mismo”²¹⁹.

Esta tesis, aun cuando supone en algún modo una concreción del valor probatorio del documento, sigue tomando como punto de partida la verdad obtenible con la prueba documental, lo que la hace merecedora de la misma crítica a que se había sometido la concepción de BINDING.

Tampoco puede superar esta objeción la postura mantenida por DINACCI²²⁰. Este autor, si bien se apoya en la tesis de BINDING, establece una serie de modificaciones que lo hacen apartarse sustancialmente de tal punto de referencia. Entiende que la relevancia de la falsedad se basa en la alteración de una función del documento con el consiguiente perjuicio en la esfera probatoria de un sujeto²²¹. La falsedad supone, según su postura, la inobservancia de una regla de corrección²²², que consistiría en que todo aquel que opera en el mundo jurídico “tiene el deber de ser correcto, honesto y preciso”, de modo que debe exponer su voluntad de forma exacta en medios de comunicación genuinos²²³. Este constituye el bien jurídico protegido en la falsedad documental que, a su vez, coincidiría con la específica función probatoria del documento²²⁴. Existe, por tanto, un deber de lealtad, que se concreta en lo que el autor llama “certeza humana”; no en el sentido

permite la verificación judicial o extrajudicial de un derecho, de manera que la verdad de la prueba es bien que sirve a la realización de este derecho.

²¹⁴MALINVERNI, o. u. c., p. 240.

²¹⁵MALINVERNI, o. u. c., pp. 249-256.

²¹⁶MALINVERNI, o. u. c., p. 257.

²¹⁷MALINVERNI, o. u. c., pp. 258-259.

²¹⁸MALINVERNI, o. u. c., pp. 261.

²¹⁹MALINVERNI, o. u. c., pp. 267.

²²⁰Cfr. DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 18-28; DINACCI, *Realismo e concretezza in una recente pronuncia della cassazione sull'essenza del falso documentale*, op. cit., pp. 552 y ss.

²²¹DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 20.

²²²DINACCI, *Realismo e concretezza in una recente pronuncia della cassazione sull'essenza del falso documentale*, op. cit., p. 552.

²²³DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 23.

²²⁴DINACCI, o.u.c., p. 24. Citando a DINACCI, también FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., pp. 427-428, entienden que el bien jurídico protegido en la falsedad ha de establecerse partiendo de una perspectiva teleológica, que no ha de confundirse con la tesis antolissiana de la pluriofensividad, en el sentido de que la idoneidad de la falsedad se da cuando la misma “impacta sobre la específica función (documental) que el documento en cuestión asume en relación a los posibles destinatarios”.

de creencia universal, sino concerniente a una situación entre sujetos en relación con la función probatoria del documento, que es el bien jurídico protegido²²⁵.

Ciertamente, el autor obvia referirse a la verdad de la prueba para evitar la crítica que él mismo formula a la vieja tesis del derecho a la verdad²²⁶. Sin embargo, cabe preguntarse si esa certeza humana a la que él alude no constituye un eufemismo que, en definitiva, suponga la criminalización del incumplimiento de un determinado deber moral, equiparable al deber de ser veraz.

A evitar tales objeciones se dirige la teoría de GALIANI²²⁷, seguida por algún autor en nuestro país²²⁸, que desecha la consideración de la falsedad documental como delito que atente contra todo el cuerpo social, por entender que las generalizaciones a que ha llevado la prueba como bien jurídico se deben justamente a este error de partida²²⁹. Con el fin de concretar el objeto jurídico, concibe que la única forma de fijar este objeto es “configurar la ofensa del delito en relación a una esfera determinada de intereses probatorios”²³⁰, de tal forma que por bien jurídico protegido en este delito ha de entenderse “el perjuicio dependiente de la incidencia de la falsedad sobre una determinada situación probatoria, que pertenece a una persona física o jurídica, privada o pública”²³¹. Este interés tutelado ha de considerarse, en todo caso, en relación con el singular medio de prueba que es objeto de falsificación, no en relación a la entera situación deducible de otros elementos de prueba documental²³². De tal manera, no existirá falsedad documental “sin que un interés probatorio ligado al documento haya sido concretamente agredido o sin que un sujeto tenga un ataque en su esfera probatoria”²³³.

Pero tampoco esta teoría se salva de la formulación de críticas en su contra, pues si bien consigue evitar la reducción de la falsedad a la lesión de un supuesto derecho a la verdad, no consigue fijar en qué haya de consistir ese concreto interés probatorio. Esto es, la utilidad probatoria que un documento tenga para un sujeto determinado en un caso concreto no puede determinarse a priori, unas veces

²²⁵DINACCI, o.u.c., p. 25.

²²⁶DINACCI, *Realismo e concretezza in una recente pronuncia della cassazione sull'essenza del falso documentale*, op. cit., p. 551, manifiesta que el delito de falsedad no puede encontrar correlativo en el derecho a la verdad, puesto que la mera ofensa a la verdad no tiene relevancia jurídica.

²²⁷Vid. GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, op. cit., pp. 188-200.

²²⁸En tal sentido, CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad documental en documento privado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pp. 148-153, se muestra acorde con la concepción de GALIANI. Sin coincidir exactamente con GALIANI, vid. QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, en RJCAt, 1976, nº1, p. 36, en su opinión el documento privado incide en un determinado ámbito de intereses probatorios con relevancia para el Derecho, puesto que las leyes procesales reconocen eficacia probatoria a los documentos privados, pero difiere de GALIANI al considerar que, aún cuando cabe hablar de intereses privados en el delito de falsedad en documento privado, “el interés en que el derecho no decida disciplinar en una u otra forma una relación privada en base a pruebas falsas no es ya meramente privado: excede de esa esfera y entra en lo público (...)”. Tal distanciamiento se hace más evidente en QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1730, cuando configura la falsedad documental como “infracción que ataca a la capacidad probatoria, para el proceso o para las relaciones jurídicas entre personas o entre éstas y la sociedad o el Estado”.

²²⁹GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, pp. 188-195, puesto que considera que tal entendimiento ha conducido a concebir que el daño en que la falsedad consiste es de carácter social, con lo que el concepto normativo de daño, así entendido, no se diferencia en nada de la simple violación de la verdad.

²³⁰GALIANI, o. u. c., p. 195.

²³¹GALIANI, *ibidem*.

²³²GALIANI, o. u. c., p. 200.

²³³GALIANI, o. u. c., p. 197.

consistirá en un interés de carácter patrimonial, otras veces en su honor, otras en su intimidad, etc. Por ello la tesis sostenida por GALIANI y por quienes lo siguen supone vaciar también a la falsedad de un contenido de injusto propio y desligado de un objeto de tutela determinado, lo que recuerda a la concepción de este delito como ilícito instrumental, al modo de VON LISZT o de ANTOLISEI²³⁴.

Es más, difícilmente puede admitirse esta concepción teniendo en cuenta una regulación tan formalista como la nuestra de la falsedad en documento público, oficial y mercantil. Los arts. 390 y 392 CP, a diferencia de lo que ocurre en el art. 395 en relación con la falsedad de documento privado, no exigen siquiera la intención de perjudicar a un determinado sujeto, aun cuando sólo sea en sus intereses probatorios.

1.3- Concepción del bien jurídico mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo

En relación con la cuestión de cómo ha caracterizado al bien jurídico protegido por la falsedad documental la doctrina del alto Tribunal, conviene hacer dos puntualizaciones previas. En primer lugar, llama la atención el escaso número de resoluciones que hacen expresa referencia a esta cuestión en relación con la ingente cantidad de sentencias que recaen en causas por estos delitos. En segundo lugar, un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las tres últimas décadas hace patente que no se sigue un criterio uniforme, a diferencia de lo que ha ocurrido con la doctrina científica, ello a salvo de alguna concreta excepción a la que más adelante nos referiremos.

En las sentencias del Tribunal en que se establece expresamente un bien jurídico concreto protegido por la falsedad documental, la posición de la jurisprudencia no siempre se decanta hacia una de las posturas mayoritariamente defendidas por la doctrina, llevándola hasta sus últimas consecuencias, sino que suele aludir a varias de ellas a la vez. No ha de extrañar, por tanto, encontrar resoluciones en las que se afirme que objeto de protección lo constituye “el ataque a la fe pública o a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos”²³⁵, o “la protección a la fe pública, para la no alteración a los medios probatorios”, lo que supone un atentado al tráfico jurídico “cuya autenticidad o veracidad constituye la razón de la incriminación en estos delitos”²³⁶; esto es, sentencias en las que se anuncian indistintamente como objeto de protección la fe pública, la seguridad en el tráfico jurídico o la confianza social en los medios de prueba²³⁷. El mismo Tribunal ha reconocido expresamente que unas veces estos

²³⁴En este sentido, NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 26, en que advierte que cuando se quiere fundamentar la lesividad de la falsedad documental sobre la relevancia jurídica del hecho del que puede ser prueba, se termina por decir que la falsedad es jurídicamente relevante cuando ofende a un interés jurídicamente relevante y se recae en la teoría de los delitos vagos o de objeto jurídico indeterminado, puesto que el interés probatorio no puede determinarse generalmente. En el mismo sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 117.

²³⁵En tal sentido, STS 27 mayo 1988 (RJ 4098).

²³⁶Cfr. STS 26 noviembre 1990 (RJ 9162).

²³⁷Cfr. SsTS 13 diciembre 1990 (RJ 9495), en parecido sentido a la sentencia citada en la anterior nota; 27 junio 1991 (RJ 4832), en que se conceptúa el objeto de protección como la fe pública o la alteración de los medios probatorios que afecte al tráfico jurídico; 16 septiembre 1991 (RJ 6390), que habla de la fe pública y de la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos; 20 septiembre 1990 (RJ 6512); 18 noviembre 1991 (RJ 8593), en que se alude indistintamente a la seguridad en el tráfico jurídico y a la fe pública como objetos de protección; 27 abril 1992 (RJ 3201), relativa a la protección de la fides publica o la protección para la inmutabilidad o no alterabilidad de los medios probatorios, evitando así atentados al tráfico jurídico cuya seguridad y autenticidad resultan fundamentales para la vida de relación en el campo del derecho; 17 junio 1992 (RJ

delitos afectan a la fe pública, mientras que en otras ocasiones se lesiona la confianza de la sociedad en el valor probatorio o en la autenticidad de los documentos que circulan en el tráfico del derecho, oficial, público o mercantil²³⁸. Es justamente tal indeterminación la que explica algunas de las contradictorias soluciones a las que ha llegado el Tribunal Supremo -en vigencia del anterior Código Penal- en la aplicación o no del delito continuado cuando se habían falsificado varios documentos públicos, oficiales o mercantiles y, al mismo tiempo, documentos de identidad²³⁹.

En otras ocasiones, aunque eso se haya ido reduciendo con el transcurso de los años, el Tribunal Supremo se refiere solamente a la fe pública como objeto de protección²⁴⁰. Suele hacerlo así cuando de lo que se trata es de la falsificación de documentos públicos, oficiales o mercantiles. Sin embargo, no adopta una posición definida sobre una de las concepciones predominantes de la fe pública. Según el tenor de algunas resoluciones parece decantarse por la concepción publicístico-normativa, al reconocer expresamente la diferencia de bienes jurídicos existente entre la falsedad en documento público, oficial y mercantil y la de documento privado²⁴¹, o bien admitiendo que cabe hablar de concurso (ideal) medial entre falsedad en los documentos contemplados en el art. 390 y no en los del art. 395 CP y la estafa, atendiendo a la diferencia de bienes jurídicos protegidos en el primero de los casos por los dos ilícitos²⁴². En otras ocasiones se asemeja al

5402), en que el Tribunal Supremo se refiere a la protección de la veracidad y seguridad en el tráfico jurídico, de la fe pública, de la no alteración de los medios probatorios; 9 noviembre 1993 (RJ 8383) que conceptúa como bien jurídico la seguridad en el tráfico jurídico y la confianza en el valor probatorio de los documentos; 7 febrero 1994 (RJ 706), en el mismo sentido que la anterior; 9 marzo 1995 (RJ 1919) para la que la antijuricidad material del delito ha de suponer un daño efectivo para el tráfico jurídico o, simplemente, su aptitud potencial para causar un perjuicio en la vida jurídica, poniendo en riesgo la fe pública y la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos; 20 febrero 1998 (RJ 1181) que afirma que en los delitos de falsedad se protege la fe pública, la no alteración de los medios probatorios o el tráfico jurídico en su más amplio espectro, cuya autenticidad y seguridad constituye la razón primordial.

²³⁸De este tenor, STS 26 octubre 1993 (RJ 7961).

²³⁹En tal sentido, la STS 4 febrero 1985 (RJ 862) considera que no cabía hablar de delito continuado cuando se habían realizado unos hechos subsumibles en el art. 306 CP de 1973 y otros en el art. 309 por la diversidad de bienes jurídicos protegidos, mientras en la STS 17 enero 1985 (RJ 319) se admitía la identidad de objeto de protección; en el mismo sentido que esta última se manifiesta la STS 21 enero 1986 (RJ 164).

²⁴⁰En este sentido, SsTS 18 octubre 1969 (RJ 5095), 11 junio 1979 (RJ 2558), que se refiere a la fe pública como sujeto pasivo; 21 mayo 1984 (RJ 2665), 19 enero 1985 (RJ 319); 31 diciembre 1985 (RJ 6477); 2 enero 1986 (RJ 118), relativa a la fe pública como productora de efectos jurídicos; 15 marzo 1988 (RJ 2025); 21 marzo 1989 (RJ 2727); 19 abril 1989 (RJ 3417); 15 julio 1989 (RJ 6253); 20 febrero 1991 (RJ 1303); 1 julio 1991 (RJ 5495); 3 julio 1991 (RJ 5517); 22 abril 1994 (RJ 3158); 20 mayo 1994 (RJ 9344); 15 febrero 1996 (RJ 876); 4 febrero 1997 (RJ 692), para la que el bien jurídico protegido en la falsedad documental es la fe pública "en sus diversas vertientes".

²⁴¹En tal sentido vid. SsTS 7 abril 1964 (RJ 1829), en que se advierte de la dualidad de delitos que se aloja en la falsedad documental: la falsificación de documentos públicos, que es delito social, en cuanto atenta a un interés colectivo, y la de documentos privados, que lesiona un interés individual y patrimonial; en el mismo sentido, SsTS 8 octubre 1970 (RJ 3902); 3 abril 1982 (RJ 2073); 8 noviembre 1990 (RJ 8792), en que se afirma que en la falsedad en documento público u oficial no se protegen los intereses de los particulares directamente afectados por el contenido del documento falsario, sino los intereses generales encarnados por la seguridad en el tráfico jurídico y la fe pública depositada en la veracidad de los instrumentos públicos o de comercio.

²⁴²SsTS 3 octubre 1975 (RJ 3563), en que se alude a la diferencia de bienes jurídicos protegidos por la falsedad en documento público, oficial o mercantil -la fehaciencia de los documentos- y la estafa para fundamentar la existencia de posible concurso de

posicionamiento psicológico-naturalista, al identificar la fe pública con la confianza del público o con la buena fe²⁴³.

También existen otras sentencias, incluso recientemente más numerosas que las relativas a la fe pública, que se refieren a la seguridad del tráfico jurídico o a la veracidad o autenticidad del mismo, según los casos, como bien jurídico objeto de protección²⁴⁴. No obstante, el gran grueso de sentencias que introducen esta concepción no lo hacen calificándola explícitamente como bien jurídico, aunque ello puede deducirse del mismo texto de las resoluciones, pues se acude a la necesaria relevancia para el tráfico o los efectos que ha de tener en el tráfico la falsedad para considerarse “materialmente antijurídica” o esencial, al objeto de diferenciarla de aquellas otras falsedades inanes o inocuas²⁴⁵.

Por otra parte, son menos numerosas las sentencias en que se habla del valor probatorio de los documentos como bien jurídico, pues más bien el Tribunal Supremo no suele referirse a este valor en exclusiva, vinculándolo con la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico en las ocasiones en que lo incluye como objeto

delitos; 14 marzo 1988 (RJ 2001); 7 febrero 1991 (RJ 899); 1 julio 1991 (RJ 5495) en que advierte expresamente que esa diferencia de bienes jurídicos entre falsedad y estafa no se produce cuando lo falsificado sea un documento privado; 4 abril 1994 (RJ 2871) donde se manifiesta que en la falsedad en documento público, oficial o mercantil el objeto protegido es la fe pública, mientras en la estafa es el patrimonio; en el mismo sentido STS 24 mayo 1994 (RJ 3950); 15 febrero 1996 (RJ 876).

²⁴³SsTS 3 junio 1983 (RJ 3083) que considera como bien jurídico protegido en el art. 306 CP, la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos; 21 marzo 1989 (RJ 2727) que afirma que bien jurídico lo constituye la fe pública, entendida como confianza y credibilidad que el entorno social siente respecto a ciertos signos de los que emana autenticidad y fiabilidad en su certeza y veracidad; 19 abril 1989 (RJ 3417) que como objeto de tutela conceptúa a la fe pública y, en particular a la buena fe en las transacciones propias del tráfico mercantil al público en general; 11 octubre 1995 (RJ 7226) en que se afirma que lo que se ataca o destruye es la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos; 22 abril 1996 (RJ 2893) en que se afirma que lo que se protege en este delito es la confianza social en la verdad de los documentos.

²⁴⁴SsTS 28 febrero 1973 (RJ 892) en que se dice que la falsedad afecta a la seguridad del tráfico jurídico ligada a los signos fiduciarios; 3 mayo 1974 (RJ 2081); 28 febrero 1975 (RJ 649); 12 abril 1976 (RJ 1619); 12 marzo 1977 (RJ 1007); 29 septiembre 1978 (RJ 2949); 11 junio 1979 (RJ 2558); 17 noviembre 1980 (RJ 4510) en que se afirma que la falsedad ha de afectar a la seguridad y autenticidad que son valores inapreciables del tráfico jurídico; 28 mayo 1983 (RJ 2796); 8 marzo 1985 (RJ 1601) referida a la seguridad en el tráfico mercantil; 27 septiembre 1985 (RJ 4461), también en relación con el tráfico mercantil; 10 enero 1986 (RJ 121); 19 junio 1986 (RJ 3176) en relación con la seguridad en el tráfico comercial comunitario; 30 abril 1988 (RJ 2920) que refiere la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico sobre todo a los documentos públicos, oficiales y mercantiles; 8 junio 1988 (RJ 4570); 11 diciembre 1991 (RJ 9133); 10 noviembre 1992 (RJ 9133); 17 noviembre 1992 (RJ 9351); 19 julio 1993 (RJ 6488); 15 febrero 1994 (RJ 1420); 27 abril 1995 (RJ 3086); 12 junio 1997 (RJ 4891) para la que la razón primordial de la incriminación de tales infracciones la constituye la protección de la autenticidad y seguridad del tráfico mercantil; 26 mayo 1998 (RJ 4995); 8 junio 1998 (RJ 5155).

²⁴⁵SsTS 9 febrero 1971 (RJ 563) en que se afirma que la falsedad no es inocua cuando se produce un cambio cierto de la eficacia que el documento ha de desarrollar dentro del tráfico jurídico al que se dirige; 20 diciembre 1982 (RJ 7747) en que se dice que la falsedad ha de tener potencia para producir un daño en el tráfico jurídico o mercantil; 5 febrero 1983 (RJ 731), que ha de recacer la falsedad sobre extremos esenciales destinados a dar fe en el tráfico jurídico; 1 marzo 1983 (RJ 1743); 30 mayo 1986 (RJ 2905); 4 febrero 1987 (RJ 1190); 30 mayo 1987 (RJ 4058); 24 junio 1988 (RJ 5345); 4 junio 1990 (RJ 5115); 14 febrero 1991 (RJ 1063); 8 octubre 1992 (RJ 7950); 21 enero 1994 (RJ 84); 18 marzo 1994 (RJ 2343); 2 diciembre 1994 (RJ 10005); 19 diciembre 1994 (RJ 10595); 17 noviembre 1995 (RJ 8035); 10 julio 1996 (RJ 5955); 22 julio 1997 (RJ 5768).

de tutela²⁴⁶. Pero lo que podría ser un avance en la concreción del bien jurídico se ve contrarrestado por sentencias, algunas de ellas relativamente recientes, en que se afirma que lo que la falsedad documental protege es la veracidad²⁴⁷, lo que casa bien con la equiparación que el alto Tribunal efectúa entre falsedad e *imitatio* o *immutatio veritatis*²⁴⁸.

En los últimos años se aprecia un importante cambio operado en un sector de la doctrina del Tribunal, que centra el objeto de ataque en la falsedad en la alteración de una de las tres funciones que el documento desempeña; esto es, las funciones de perpetuación, de garantía y probatoria. Sin embargo, eso no ha supuesto que en la mayoría de sentencias en que se hace referencia a estas funciones se las conceptúe como propio bien jurídico, sino que más bien constituyen un nuevo expediente al que acude el Tribunal para determinar cuándo la alteración del documento se ha producido en un elemento esencial, aplicado generalmente a los supuestos en que un particular cometía la falsedad descrita en el nº 4 del art 302 CP de 1973 utilizando a un funcionario como instrumento²⁴⁹. Ello no obsta a que cada vez se vaya haciendo más generalizada la referencia a las funciones del documento, aplicándola a otros casos, e incluso llegándose a admitir como propio bien jurídico en alguna aislada sentencia²⁵⁰.

²⁴⁶Vid. SsTS 6 marzo 1971 (RJ 868) en que la falsedad documental se considera delito contra el interés público en que se destruye la fe pública y la vocación probatoria de las pruebas preconstituídas; 3 junio 1983 (RJ 3083) referida a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos; 27 mayo 1988 (RJ 1988) en que se identifica la fe pública con la confianza social en el valor probatorio de los documentos; 11 febrero 1991 (RJ 997) en que se refiere exclusivamente como bien jurídico a la confianza social en el valor probatorio de los documentos.

²⁴⁷Cfr. SsTS 18 octubre 1974 (RJ 3832) para la que el bien jurídico protegido en la falsedad documental es la veracidad; 18 septiembre 1987 (RJ 6478), si bien aquí se alude a la veracidad junto a la autenticidad y fe pública de los documentos; 23 marzo 1990 (2599) relativa a la defensa de la veracidad; 7 octubre 1991 (RJ 7014) en que se identifica el ataque a la verdad genuina con el ataque a la fe pública; 10 octubre 1994 (RJ 7888) para la que objeto tutelado es la concordancia, cuando se trata de documentos públicos, oficiales, letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, entre la verdad real y la formal; 24 octubre 1994 (RJ 8331) según la que objeto de protección en la falsedad documental es la verdad, que en el mundo del comercio alcanza una especial trascendencia jurídica; 22 abril 1996 (RJ 2893) en que se alude a la confianza social en la veracidad de los documentos.

²⁴⁸Sobre el concepto que de falsedad mantiene el Tribunal Supremo vid. sentencias citadas infra cap. II, apartado 1.1.

²⁴⁹En tal sentido, vid. SsTS 11 abril 1991 (RJ 2607), 28 septiembre 1992 (RJ 7468), 12 marzo 1993 (RJ 2161), 6 mayo 1993 (RJ 3852), 15 julio 1994 (RJ 6454), 16 junio 1995 (RJ 4576), relativas todas ellas a la autoría mediata por parte de particular de la conducta descrita en el art. 302.4 CP de 1973; 24 febrero 1997 (RJ 1373); 31 mayo 1997 (RJ 5154); 13 junio 1994 (RJ 4895 y 4896).

²⁵⁰Así, en la STS 12 mayo 1994 (RJ 3692) se afirma que no hay falsedad si no se alteran las funciones esenciales del documento; 15 febrero 1994 (RJ 1420) en que junto a la seguridad en el tráfico jurídico como bien jurídico se citan las tres funciones propias del documento; 8 mayo 1996 (RJ 3803); 5 diciembre 1996 (RJ 8840) que determina los elementos esenciales del documento a los efectos de establecer las "alteraciones" penalmente relevantes en base a las tres funciones; de suma importancia en este aspecto es la STS 3 abril 1996 (RJ 2871), en que se afirma que los documentos se protegen en tanto "medios de prueba", en tanto "medio de imputación de una declaración de voluntad" y que sólo en la medida en que afecte a una de las funciones se podrá admitir que ha sido alterado un elemento esencial o constatada una especial antijuricidad material lesiva de los bienes jurídicos subyacentes en el documento. Configura pues la falsedad documental como "delito contra los medios de prueba documentales", contra "la seguridad en el tráfico jurídico basada en pruebas documentales"; tan trascendente como la anterior es la STS 24 junio 1997 (RJ 5163), para la que "los delitos de falsedad documental protegen las funciones jurídicas de los documentos y éstas son la función probatoria, que se refiere a las posibilidades jurídicas del documento de servir de prueba; la función de garantía,

Para terminar con este sucinto repaso de la doctrina jurisprudencial acerca del objeto de protección en la falsedad documental, conviene subrayar que el alto Tribunal, cuando sujeto activo de la falsedad lo es un funcionario público, generalmente no suele contentarse con admitir la lesión de la fe pública o la seguridad en el tráfico jurídico. Suele afirmar en esos casos también la lesión de un deber del propio funcionario o el atentado al buen funcionamiento del sector administrativo en el que el mismo desarrolla su actividad²⁵¹.

1.4- Toma de posición

No puede adoptarse una posición personal sobre el bien jurídico protegido en la falsedad documental sin antes mencionar, siquiera sea brevemente, el concepto de bien jurídico del que se parte. Por cuanto a la fijación de un concepto de bien jurídico, dejando de lado las concepciones que vinculan a los intereses protegidos por el Derecho penal con un sistema cultural-valorativo, ya superadas por la doctrina científica²⁵², en la actualidad el debate se centra en el mantenimiento de una concepción sociológica -entre las que se cuentan las teorías de corte funcionalista- o bien constitucionalista como modelo a partir del cual determinar aquellas conductas que el legislador penal haya de seleccionar y criminalizar²⁵³.

relacionada con la seguridad que brinda el documento respecto del emisor de la declaración que contiene, y la función de perpetuación, expresiva de la fijación de la declaración documentada de tal manera que pueda ser conocida por terceros"; en parecido sentido STS 26 febrero 1998 (RJ 1196) (caso Argentinia Trust)..

²⁵¹Vid. SsTS 18 octubre 1969 (RJ 5095) en que además de alterarse la fe pública que corresponde a determinados funcionarios, establece que se produce también un grave quebranto del interés público y de "las garantías de veracidad y protección que los servicios públicos ofrecen a los ciudadanos en la vida de relación social"; 23 mayo 1970 (RJ 2188) que advierte que los delitos de falsedad cometidos por funcionarios públicos son delitos contra la sociedad, en los que lo que se sanciona es la falta de probidad y el grave quebranto del interés público y de las garantías de protección y seguridad que los servicios y actos oficiales ofrecen a los particulares en su vida de relación entre sí y con la Administración; 21 mayo 1984 (RJ 2665), en que se afirma que se protege la fe pública, pero que cuando el delito lo comete un funcionario existe una presunción de veracidad, por lo que el delito se establece para evitar el descrédito que supondría para la Administración la discordancia o contradicción entre la verdad real y la oficialmente declarada; 17 junio 1992 (RJ 5402) según la cual el art. 302 CP de 1973 protege dos bienes jurídicos: la veracidad y seguridad en el tráfico jurídico y complementariamente el cumplimiento de los deberes anejos al cargo y empleo del funcionario. Vid. también la interesante sentencia de 1 junio 1966 (RJ 2819) para la que la falsa declaración de particular ante funcionario que produce una falsedad documental lesiona el bien jurídico protegido, que se conceptúa como "el funcionamiento legítimo de los órganos oficiales".

²⁵²En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)*, en RFDUC, nº 69, 1983, pp. 85-89, mantiene la superación de esta teoría, la llamada espiritualista, con base en que permite justificar la criminalización de conductas inmorales; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, 3ª edición, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 45, en que desecha los planteamientos que, desde el punto de vista de la ética social, afirman la dañosidad social de un hecho cuando entra en contradicción con las normas ético-sociales fundamentales de la comunidad, por la confusión entre el Derecho y la moral mayoritaria que ello podría suponer.

²⁵³Vid., ampliamente sobre esta problemática en el derecho actual y los fundadores y seguidores de las mismas, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 267 y ss; GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1995, pp. 265 y ss.; HORMAZÁBAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Ed. PPU, Barcelona, 1991, pp. 93-131.

Tales posicionamientos, sin embargo, obedecen al intento de dotar de contenido al concepto de bien jurídico desde un punto de vista crítico, anterior a la tipificación de conductas por el legislador penal, en virtud del cual establecer propuestas de tipificación o destipificación, en definitiva, propuestas político-criminales, y que se contraponen con el concepto de bien jurídico desde un punto de vista sistemático²⁵⁴. Pero ambos conceptos no difieren sustancialmente, sino que operan en distintos puntos temporales, antes o después de la tipificación de una determinada conducta²⁵⁵.

Partiendo pues de la estrecha relación que existe entre ambos conceptos de bien jurídico, no pueden estudiarse cada uno de estos posicionamientos sin tener en cuenta, en el mismo momento de hacerlo, las consecuencias que sus resultados tendrían trasladándolas al ámbito de las falsedades documentales. De ahí que, desde el punto de vista de la falsedad documental, no pueda admitirse la llamada “teoría constitucional estricta” del bien jurídico²⁵⁶. A pesar de que dicha conceptualización haya sido seguida por algunos autores españoles²⁵⁷, ya se expuso como su máximo representante, BRICOLA, había de acudir, para justificar la inclusión de la falsedad documental en el Código penal, al discutible expediente de delito pluriofensivo propugnado por ANTOLISEI²⁵⁸.

²⁵⁴Sobre ambos conceptos del bien jurídico vid. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale. Aspetti giuridici*, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, nº 1, pp. 104-105, en que se advierte que la concepción sistemática del bien jurídico presupone la ley vigente en cada momento y se limita a interpretar la ley y su sistemática, valorando solamente la coherencia de la política-criminal, pero sin valorar los contenidos de tal dogmática, mientras las concepciones de carácter crítico trascienden al propio Derecho positivo, pues consideran que el bien jurídico precede a la ley penal; en parecido sentido MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Ed. PPU, Barcelona, 1996, pp. 134-135, cuando se refiere a la distinción entre concepto político-criminal y dogmático de bien jurídico. La diferencia entre estas dos concepciones, denominadas también trascendentalista e inmaterialista, arrancan ya de las formulaciones del bien jurídico que hicieron autores como BIRNBAUM o VON LISZT y BINDING respectivamente; sobre esta cuestión vid. ampliamente, BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª edición anotada, corregida y puesta al día por Hormazábal Malarée, Ed. PPU, Barcelona, 1994, pp. 108-121.

²⁵⁵En este sentido, contra la distinción operada por Hassemer, AMELUNG, *Buchbesprechungen*, en *ZStW*, nº 87, 1975, p. 140, por entender que ambas concepciones se refieren a la política y se diferencian sólo en el aspecto temporal, pues mientras el concepto de bien jurídico trascendente al sistema se refiere al futuro, el inmanente al sistema se refiere a lo ya postivizado por la ley, que ha de ser reflexionado para que continúe operando la política-criminal, sin tener sólo intereses sistemáticos como manifiesta HASSEMER.

²⁵⁶Adoptan esta denominación para la teoría formulada por BRICOLA, GONZÁLEZ RUS, *Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial (Siracusa, 15-18 octubre 1981)*, en *ADPCP*, fasc. III, 1982, p. 706; HORMAZÁBAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., p. 126.

²⁵⁷Vid. ALVAREZ GARCÍA, *Bien jurídico y Constitución*, op. cit., pp. 5 y ss, en que hace una defensa a ultranza de la tesis seguida por BRICOLA, advirtiendo que “si queremos establecer límites -en sentido propio- al *ius puniendi* éstos deberán ser proporcionados por el ordenamiento constitucional. Porque sólo el poder constituyente y su producto normativo que es la Constitución, pueden condicionar la actividad de un poder constituido como es el legislativo en los ordenamientos donde se adopte un concepto formal de ley (...)”. De parecida opinión, CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 31-35, si bien admite que el Derecho penal ha de tutelar los valores proclamados en la Constitución y los que de ellos se derivan.

²⁵⁸Vid. supra apartado 1.2.1. B).

BRICOLA, para quien sólo pueden considerarse bienes jurídicos aquellos dotados de relevancia constitucional²⁵⁹, limita la inicial inflexibilidad de su concepción acudiendo a la admisibilidad de bienes constitucionales implícitos²⁶⁰ o de bienes sin relevancia constitucional cuya lesión implica necesariamente una puesta en peligro de un bien constitucionalmente relevante²⁶¹. Es en este segundo caso en el que el citado autor entiende susceptible de protección la fe pública. No obstante, la dinámica comisiva de las falsedades documentales es sustancialmente distinta de la propia de los delitos contra la seguridad en el tráfico rodado, que BRICOLA utiliza como ejemplo de bien jurídico tutelado sin relevancia constitucional cuya lesión implica el peligro para intereses constitucionales²⁶². Esto es así porque los bienes mediatamente tutelados en las imprudencias automovilísticas están absolutamente determinados en la vida o la salud de las personas, tal como lo demuestran la configuración como delitos de peligro de los tipos previstos en los arts. 379 y ss CP, lo que no ocurre en la falsedad documental, en que el bien mediatamente protegido puede ser el patrimonio, el honor, la intimidad, etc.²⁶³. Esta diferencia explica que tal posicionamiento no sea admisible desde el prisma de la falsedad documental, al conducir a una absoluta indeterminación del injusto propio del delito. Por ello no resulta aventurado decir que, desde un posicionamiento constitucionalista estricto, lo coherente sería postular la despenalización de los delitos de falsedad documental²⁶⁴, lo que no

²⁵⁹Cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, op. cit., p. 15, que llega a esta conclusión teniendo en cuenta que, dado que la sanción penal vulnera un derecho fundamental, como es la libertad, el individuo sólo puede verse privado del mismo cuando, a su vez, haya vulnerado otro derecho, sino del mismo rango constitucional, sí al menos dotado de relevancia constitucional. En parecido sentido, ANGIÓN, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 167 y ss., para quien el bien jurídico ha de venir dado por la Constitución, distinguiendo en base a la misma entre bienes jurídicos fundamentales, primarios y secundarios. También este autor establece una relación de proporcionalidad entre la importancia del bien jurídico protegido por la correspondiente infracción penal y la sanción que deriva de su comisión, cfr. p. 168, que sólo podrá ser privativa de libertad cuando el bien jurídico tutelado tenga la consideración de primario según la Constitución.

²⁶⁰También se le ha criticado a BRICOLA la indeterminación a la que puede conducir la admisión de bienes jurídicos implícitamente recogidos en la Carta Magna. Sobre esta cuestión vid. ÁLVAREZ GARCÍA, *Bien jurídico y Constitución*, op. cit., pp. 35-36. Utiliza asimismo la categoría de los bienes constitucionales implícitos ANGIÓN, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, op. cit., pp. 195 y ss., para quien los bienes reconocidos implícitamente en la Constitución pueden ser protegidos por normas penales, mientras que aquellos compatibles con dicha Norma pero que no están implícitamente recogidos en ella sólo pueden ser tutelados por normas extrapenales (civiles o administrativas).

²⁶¹BRICOLA, o. u. c., p. 16.

²⁶²Cfr. BRICOLA, o. u. c., p. 16.

²⁶³A diferencia de los delitos contra la seguridad en el tráfico, el objeto de tutela de la falsedad documental no lo constituye un bien jurídico intermedio o de referente individual. Ampliamente sobre este concepto y sobre su plasmación en determinados delitos dependiendo de la regulación de la concreta figura delictiva, vid. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997, en especial pp. 71 y ss.

²⁶⁴Pero también desde una perspectiva funcionalista ha habido quien ha propugnado dicha consecuencia. En este sentido JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, traducc. Cancio Malía y Feijóo Sánchez, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 49, quien, considerando el delito de falsedad documental como un delito de peligro abstracto, establece que no ve "posibilidad alguna de legitimar todos los delitos enriquecidos subjetivamente que castigan casos de preparación como si fueran de consumación -el ejemplo principal lo ofrece la falsificación de documentos-". Anteriormente, JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en ZStW, nº 97, 1985, pp.

implica que no pueda tenerse en cuenta la estrecha vinculación que esta tesis propugna entre el concepto de bien jurídico y el principio de proporcionalidad en orden a postular el establecimiento de una sanción cualitativamente más adecuada que la privativa de libertad para este grupo de ilícitos.

Es más, una de las críticas que con mayor fundamento que se ha vertido contra esta teoría, y que mayor sentido tiene para la falsedad documental, es aquella que se refiere a que la Constitución es una norma que se dirige a establecer límites al poder político estatal y a introducir criterios organizativos o promover un determinado tipo de sociedad, pero no a disciplinar las relaciones entre las personas²⁶⁵.

Para AMELUNG, uno de los máximos representantes de la concepción funcionalista del bien jurídico, el delito no consiste en la vulneración de un bien, sino que es un comportamiento socialmente dañoso, una especial forma de comportamiento disfuncional, el más peligroso, en tanto que contradicción con la norma institucionalizada necesaria para el dominio de los problemas existentes en la sociedad²⁶⁶. El concepto de dañosidad social de una acción no lo establece en función del significado individual de la acción, sino de que ésta resulte perjudicial para un proceso de interacción concreto de significado funcional²⁶⁷. De ahí que la dañosidad social no se mida por el daño producido a la persona, o desde la visión del individuo, sino desde el prisma de la sociedad²⁶⁸. Y justamente de ahí también la gran crítica a esta concepción, en tanto que puede llegar a justificar una instrumentalización del individuo siempre y cuando esto pueda ser positivo para el mantenimiento del sistema social establecido²⁶⁹. Por tal razón, otros autores que

772 y 785, había matizado más su opinión, en el sentido de que, concibiendo los delitos de falsedad documental como de peligro abstracto, la modalidad de producción de un documento falso o de falsificación de documento ya existente sólo es conciliable con el principio del hecho que informa a la legislación penal cuando se destacan por el especial peligro del comportamiento y no por el peligro de la especial conexión de plan con que el comportamiento se encuentra o, lo que es lo mismo, cuando se ciminalizan meras intenciones.

²⁶⁵En este sentido, FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio de politica-criminale*, op. cit., p. 58; MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites al ius puniendi*, op. cit., p. 210.

²⁶⁶Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialchädlichkeit" des Verbrechens*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1972, p. 361.

²⁶⁷AMELUNG, o. u. c. p. 387.

²⁶⁸AMELUNG, o. u. c., p. 389, de lo que deduce que hay problemas en la existencia de un sistema social que pueden solucionarse incluso a costa de la victimización de la existencia de individuos concretos. Si bien el pp. 393 y ss. intenta armonizar su concepción con la del bien jurídico, atendiendo al individuo. No demasiado distinta de ésta es la concepción de GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)*, op. cit., p. 105 y ss, quien admite, partiendo de un concepto social del bien jurídico, que la legitimación en la intervención del Derecho penal se da cuando se produce un perjuicio social, y en p. 111 afirma que el bien jurídico ha de ser en todo caso un concepto de contenido social "expresión directa de la funcionalidad".

²⁶⁹En tal sentido, HASSEMER, *Buchbesprechungen*, en ZStW, nº 87, p. 162, quien fundamenta su crítica en la misma afirmación de AMELUNG de que no puede haber ningún sistema de interacción sin personas; GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)*, op. cit., p. 99; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, p. 138; ZUGALDÍA, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 46; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 269, según quien "la alusión exclusiva a la disfuncionalidad social encierra el peligro de raíz totalitaria de atender a las necesidades del conjunto social olvidando al individuo"; GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 270. En parecido sentido CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y*

han mantenido concepciones sociales del bien jurídico han tenido más cuidado en dar al individuo la posición que merece dentro de la protección del funcionamiento de la sociedad, tal como lo demuestran las concepciones de HASSEMER²⁷⁰, OTTO²⁷¹, MIR PUIG²⁷², QUINTERO OLIVARES²⁷³ o BUSTOS²⁷⁴, acercándose así a aquellas otras concepciones que conectan la fundamentación sociológica del bien jurídico con la constitucionalista.

Desde esta perspectiva sí puede considerarse necesitada de protección penal y, por tanto, legitimada la criminalización de la falsedad documental, en tanto la seguridad en el tráfico jurídico o la fe pública, o cualquier denominación que pueda darse al interés protegido por la falsedad, suponen una condición indispensable para el funcionamiento del sistema social y condicionan las posibilidades de participación del individuo en el mismo²⁷⁵.

Sin embargo, aun manteniendo una teoría mixta o constitucional-social, en el sentido en que lo hacen FIANDACA²⁷⁶, o MORALES PRATS²⁷⁷ en España, cabe

principios constitucionales, op. cit., p. 33, en cuya opinión “las teorías sistemáticas aplicadas al Derecho penal, o bien tan sólo suponen una transmutación terminológica -lo que sucede cuando se parte de un sistema democrático y se dan por supuestos los principios que de él emanan-, o son explicaciones profundamente reaccionarias, en la medida en que no permiten el cuestionamiento de los valores ni, por supuesto, del sistema mismo”.

²⁷⁰Para HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale*, op. cit., p. 106, los bienes jurídicos penalmente tutelados son los bienes socialmente reconocidos, que el hombre puede ver/entender (*vedere*), y que se someten a la tutela penal; considerando que las condiciones de incremento del reconocimiento social de un bien son la frecuencia de la lesión del bien, la intensidad de la necesidad de protección y la alarma social suscitada por su lesión.

²⁷¹Según OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 4. Auflage, Walter de Gruyter Verlag, Berlin/New York, 1992, p. 7, el bien jurídico “es una determinada y real relación jurídica, descrita en los singulares tipos, de la persona con valores concretos reconocidos por la comunidad jurídica -“unidades funcionales sociales”- en los que el sujeto de derecho se desarrolla personalmente con la aprobación del ordenamiento jurídico”.

²⁷²Según MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., pp. 135 y ss, partiendo de la teoría de CALLIESS, el concepto de bien jurídico ha de buscarse en el terreno social, de manera que “bienes jurídicos son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un concreto funcionamiento de los sistemas sociales. Tales condiciones han de traducirse en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social”. No sólo se tratará del fundamento funcional de la defensa de la sociedad, sino también de las posibilidades de participación del individuo. En parecido sentido vid. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*, op. cit., pp. 207-208; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 92.

²⁷³Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal. Parte general*, Ed. Barcanova, Barcelona, 1987, pp. 47-48, en que manifiesta que “ha de tenerse presente la existencia de un entramado social en el que los individuos y las cosas se relacionen entre sí formando una compleja red, en cuyo mantenimiento existe una voluntad mayoritaria pues de ello depende la existencia misma del estado de Derecho”.

²⁷⁴Vid. BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 123, según el cual el bien jurídico “no sólo es un concepto fundamentador de la intervención estatal, sino al mismo tiempo garantizador del ciudadano y además en definitiva deslegitimador de esa propia intervención, es un concepto dialéctico en sí”.

²⁷⁵En tal sentido ya AMELUNG, en el congreso sobre el bien jurídico celebrado en Siracusa en 1981, afirmó que en la fe pública no se está en presencia de acciones atentatorias de bienes jurídicos, sino de conductas que perturban el adecuado funcionamiento de los “subsistemas” sociales. Vid. GONZÁLEZ RUS, *Seminario sobre el bien jurídico y reforma de la parte especial*, op.cit., p. 712.

²⁷⁶Vid. FIANDACA, *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio de política-criminale*, op. cit., pp. 65 y ss.

²⁷⁷MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp 286-287, afirma que el bien jurídico ha de

justificar la inclusión de la falsedad en el Derecho penal, sin perder de vista el sistema de valores que nuestra Constitución establece y sin caer, por tanto, en el peligro inmanente a toda concepción sociológica del bien jurídico de instrumentalización del individuo. Según FIANDACA el concepto social de bien jurídico orientado constitucionalmente tiene la función de predisponer directivas programáticas de tutela potencialmente vinculantes, pero sin determinar absolutamente aquello que haya de ser objeto de protección²⁷⁸. Esto acerca su concepción a la de quienes mantienen que la incidencia de la Constitución ha de prohibir, en la fase de elección de objetos de protección por parte del legislador, la incriminación de conductas tuteladoras de intereses que contravienen la propia Carta Magna²⁷⁹. En tal sentido, la norma penal no podría proteger un patrón de moral sexual o de ideología política determinada, pero sí un instrumento, como el documento, cuyo normal funcionamiento asegura la corrección en el desarrollo del tráfico jurídico.

El mantenimiento de un concepto de bien jurídico sociológico pero orientado a la Constitución no conduce a la improdecencia de la criminalización de conductas falsarias documentales, pero sí puede tener consecuencias en la respuesta punitiva atender al sistema antropocéntrico de valores que la Constitución perfila. En tanto la corrección en el funcionamiento del tráfico negocial no es un interés que la Constitución acoja, la aplicación de una pena privativa de libertad en estos delitos sí puede verse cuestionada, pues podría vulnerar el principio de proporcionalidad entendido en sentido estricto y valorativo²⁸⁰. No obstante, no puede desconocerse que la cuestión es más compleja de lo que en un principio pudiera parecer en punto a la determinación de lo que constituyen intereses o bienes jurídicos implícitos en la Constitución. Así, el correcto funcionamiento del tráfico negocial y, más en

ser analizado como concepto de raíz social, ubicado en el sistema social y confrontado dinámicamente con el mismo, pero la teoría del bien jurídico no ha de olvidar la escala de valores establecida en la Constitución, de tal manera que ha de postularse un concepto de bien jurídico de corte sociológico y constitucionalmente orientado. También mantiene una posición ecléctica, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 327; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 274 y ss., en que a pesar de mantener, como los partidarios de tesis sistemático-funcionalistas, la necesidad de entender los bienes jurídicos en su dimensión social, no renuncia al referente individual de todo interés penalmente tutelable, yendo incluso más allá, al conjugar esta idea con las de merecimiento y necesidad de protección.

²⁷⁸FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica-criminale*, op. cit., p. 56 y 65.

²⁷⁹Sobre esta cuestión vid. GONZÁLEZ RUS, *Seminario sobre el bien jurídico y la reforma de la parte especial*, op. cit., p. 716. También sobre esta cuestión, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, op. cit., p. 9, quien, si bien mantiene un concepto sociológico en cuanto a la función positiva del bien jurídico -criterios que fundamentan la criminalización de conductas-, reconoce un valor a la Constitución en cuanto a la función negativa que el mismo desarrolla, expresado en que la ley penal no puede amparar en sus normas intereses incompatibles con la norma fundamental.

²⁸⁰Sobre los conceptos de proporcionalidad en sentido abstracto -como manifestación del principio de prohibición de exceso en la criminalización de conductas- y en sentido estricto -como ponderación entre la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica- vid. CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., pp. 198 y ss. Acerca del peligro de interpretar la proporcionalidad en clave exclusivamente preventiva, con el consiguiente alejamiento de la más correcta visión axiológica de la misma, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 280 y ss. En relación con esta cuestión, según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, p. 23, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos tiene escasa virtualidad cuando no se respeta el principio de proporcionalidad de las gravedades de delitos y pena.

particular, la confianza en el mismo puede ser contemplado como un interés o bien jurídico conectado con valores o derechos que la Constitución reconoce explícitamente, tales como la libertad de empresa, el modelo de libre mercado, el principio de seguridad jurídica o, incluso, determinados principios rectores de la política económica y social del Estado que reconoce el texto constitucional. Sin embargo, obsérvese que esta reflexión conduce a otra de más amplio alcance, cual es si las tesis constitucionalistas en torno al bien jurídico deben quedar circunscritas a lo que son derechos constitucionales o, por el contrario, se proyectan también a reconocer un interés penal de tutela en lo que constituyen valores o principios reguladores de tales derechos en el texto constitucional. Lógicamente este debate trasciende al objeto de estudio de nuestro trabajo.

Admitiendo que un concepto social constitucionalmente orientado de bien jurídico justifica la inclusión de la falsedad en el Código penal, ha de advertirse que este delito entronca también directamente con la problemática de la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividual, y con la de aquellos intereses de nuevo cuño y difícil aprehensión surgidos al albur del desarrollo técnico y económico de los últimos años, los llamados intereses difusos²⁸¹. A la protección de un bien jurídico colectivo se refieren también las falsedades documentales²⁸². La problemática de este tipo de bienes jurídicos, surgidos sobre todo a raíz de la concepción de Estado como social intervencionista²⁸³, no sólo se centra en si han de considerarse delitos de lesión o peligro, lo que en todo caso dependerá del concreto bien jurídico que en ellos se considere protegido, sino también en relación con quien sea titular de los mismos. La peligrosidad ínsita en ellos de “sustituir el derecho penal de los valores (y de los desvalores) por un derecho penal de las funciones”²⁸⁴ y, por tanto, de instrumentalización del individuo, ha hecho que incluso la doctrina que defiende una concepción predominantemente sociológica del bien jurídico se haya afanado por mantener que los bienes jurídicos universales “tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses -conciliados- del individuo”²⁸⁵. Estos bienes jurídicos pueden ser de naturaleza instrumental, en la medida en que se dirigen a la protección de intereses propios de las personas concretas, pero en modo alguno pueden convertir los delitos que contra ellos atentan en ilícitos caracterizados por el medio de ataque, ni

²⁸¹ Habla de *interessi diffusi*, parafraseando a SGUBBI, para referirse a estos bienes jurídicos de reciente aparición, MORALES PRATS, *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Intereses difusos y Derecho penal*, 1996, p. 75.

²⁸² En tal sentido vid., por todos, ROXIN/ARTZ/TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, traducc. Arroyo Zapatero/Gómez Colomer, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 103, quienes colocan entre estos delitos a las falsedades documentales, considerando que el falsificador atenta contra la colectividad en tanto lesiona un interés público por la veracidad de los medios de prueba en el tráfico jurídico; en el mismo sentido, MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general I*, traducc. Bofill Genzsch/Aimonte Gibson, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 337, nm. 11.

²⁸³ Sobre la evolución de los intereses que se entienden tutelables en función de las distintas formas de Estado vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, op. cit., pp. 11-16.

²⁸⁴ En palabras de MORALES PRATS, *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*, op. cit., p. 81.

²⁸⁵ En tal sentido, HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal de bien jurídico*, en *Doctrina penal*, nº 46/47, 1989, p. 281. En parecido sentido, PORTILLA CONTRERAS, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, op. cit., p. 745, para quien el Derecho penal ha de regirse por el principio de individualización de la ofensividad, debiendo seleccionarse como bienes jurídico-penales sólo aquellos valores cuya vulneración represente la infracción de un interés reconducible directa o indirectamente al individuo; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 292.

negarles por ello la condición de tales bienes²⁸⁶. Esto es, que se afirme que objeto de tutela en la falsedad documental no puede ser la seguridad en el tráfico, sino la de la totalidad de quienes intervienen en ese tráfico jurídico y, con ello, la de los interesados en la integridad de los instrumentos de prueba, como ha dicho HASSEMER²⁸⁷, en ningún caso puede significar que se traslade el objeto de protección del ilícito a intereses como el patrimonio, el honor, etc.²⁸⁸, tal como postulan aquellos que caracterizan la falsedad de delito pluriofensivo en el sentido antolísiano. Una vez tomada posición acerca del concepto genérico de bien jurídico, resulta necesario referirse a cuál haya de considerarse el concreto bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental. Ya se afirmó cómo la evolución de las sucesivas investigaciones en este terreno mostraba una progresiva concreción. De concepciones tan etéreas como el derecho a la verdad, la fe pública, o la propia seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico, se ha pasado a considerar el documento, en tanto que medio de prueba, sobre todo a partir de BINDING, el objeto protegido por la falsedad documental. La consideración de las específicas características que el documento tiene como medio probatorio es lo que ha propiciado que los autores funcionalistas alemanes -SCHILLING, PUPPE o SAMSON- hayan puesto el acento en una sola de estas funciones como objeto tutelado por el ilícito. Sin embargo, también se subrayó que, a pesar de referirse cada uno de ellos exclusivamente a una específica función de las propias del documento, acudían a las otras para perfilar su tesis. En puridad, pues, no puede caracterizarse suficientemente el bien jurídico protegido en la falsedad documental sin acudir a las tres funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, lo que acertadamente ha puesto de manifiesto GARCÍA CANTIZANO²⁸⁹ y que ya había sido intuído por un sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los últimos años.

El documento desempeña tres básicas funciones en el tráfico jurídico, las llamadas de garantía²⁹⁰-que supone la reconocibilidad en el documento de la persona a la que se imputa la declaración documentada-, de perpetuación²⁹¹ -en virtud de la cual el documento permite la fijación en el tiempo de una declaración sobre un soporte perdurable- y probatoria²⁹²-por la que el documento está

²⁸⁶En contra PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, en *Dei delitti e delle pene*, nº 1, 1984, p. 47, quien afirma que los bienes jurídicos de carácter colectivo no son bienes, sino situaciones instrumentales correlativas a bienes jurídicos ya "dados".

²⁸⁷HASSEMER, o. u. c., p. 282.

²⁸⁸En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 69, manifiesta que "el partir de una visión monista-personalista en la concepción del bien jurídico no excluye la aceptación de bienes jurídicos colectivos. Sería absurdo rechazar esta naturaleza al bien protegido en la falsedad documental".

²⁸⁹En este sentido vid. GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 133-134; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 40 y ss. Además de MUÑOZ CONDE (en la 11ª edición de su manual, cfr. supra nota 110) asumen con posterioridad la opción de esta autora, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 369; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 285; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., pp. 768 y 769; NUÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 185 y ss. Anteriormente BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 337, a pesar de sostener como bien jurídico la fe pública, entendió que lo que la falsedad documental pretende proteger es la funcionalidad del documento, considerando que su contenido le viene otorgado a la fe pública, de carácter funcional, por la garantía de "fijeza" inherente al documento, entre otras cosas.

²⁹⁰Sobre la misma vid. más ampliamente, infra. cap. I, apartado 2.2

²⁹¹Vid. más ampliamente infra cap. I, apartado 2.1.

²⁹²Vid. infra cap. I, apartado 2.3.

determinado y es idóneo para constituir medio de prueba-. Para los funcionalistas alemanes, lo que determina la especificidad del documento en relación con otros medios probatorios es tan sólo la función de garantía o la de perpetuación, singularmente consideradas. Pero tal como ya se apuntó, no puede asumirse que una sólo de estas funciones constituya el bien jurídico, y ello por tres fundamentales razones. En primer lugar, porque tanto SCHILLING o SAMSON, por un lado, como PUPPE, por otro, basan su concepción del bien jurídico en lo establecido por el § 267 StGB, que sólo prevé conductas de alteración del documento o de producción de un documento falso, pero que no hace referencia alguna a las tradicionalmente llamadas falsedades ideológicas, que se tipifican como delito propio de funcionario. En nuestro Código penal, la regulación es sustancialmente distinta, atendiendo a que la falsedad documental se define en el art. 390 CP, un tipo específico de funcionario, que contiene falsedades ideológicas específicas, lo que obliga a considerar la función probatoria del documento más allá de aquella que recaiga sobre su autenticidad, también en aquella que tiene por objeto su contenido.

En segundo lugar, porque acoger una sola de las funciones no nos serviría, en definitiva, para diferenciar al documento de otros medios de prueba no estrictamente documentales. La fijación en el tiempo que la función documental de perpetuación representa no sólo la cumple el documento, sino también otros objetos perceptibles por los sentidos, de ahí que la diferencia entre ellos y el documento se establezca porque el segundo es soporte de una declaración, con lo que entramos en el ámbito de la función probatoria. La relación que el documento establece entre el autor y la declaración que él ha emitido no sólo es propia de este medio probatorio, sino también de la prueba testifical, de la que aquél se diferencia porque a él le es inherente la función de perpetuación.

En tercer lugar, porque el documento, si bien se diferencia de otros medios de prueba en el ejercicio de unas determinadas funciones, y por ello es superior a estos otros, no deja de ser un medio de prueba, lo que supone que la función probatoria no puede verse relegada a un segundo plano. Tal consideración es de suma importancia porque en este mecanismo la prueba, en sentido lato, no sólo se extiende sobre el autor de la declaración o sobre que la declaración fue escriturada ya desde el principio tal como en el presente aparece, sino que también se refiere al contenido mismo de la declaración.

Por los mencionados motivos, objeto de protección en la falsedad documental no puede ser solamente la función de garantía o la de perpetuación, singularmente consideradas, sino ambas conjuntamente, añadida también la función probatoria. Es decir, la falsedad documental tutela el correcto desenvolvimiento de las funciones que el documento realiza en el tráfico jurídico, o la funcionalidad del documento, tal como afirmara GARCÍA CANTIZANO²⁹³.

Dicho objeto de protección, no obstante, ha de ser sometido a ulteriores precisiones; pues, aunque sea cierto que el objeto jurídico ha de venir determinado sin atender a la conducta penalmente relevante²⁹⁴, también lo es que, en ocasiones, conviene descender a los tipos, al objeto de concretar el bien jurídico, siempre y cuando ello redunde en un mejor cumplimiento de las tareas que está llamado a realizar. Por un lado, la función probatoria del documento, que aquí se ha referido también como objeto de protección, no solamente es la relacionada con la paternidad de la declaración o la fijación temporal de la misma, sino la que el

²⁹³Cfr GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 134, si bien esta autora, cuando se refiere a la función probatoria, parece hacerlo en exclusiva en relación con la autenticidad de la declaración y la perpetuación de la misma, sin atender a la prueba sobre el contenido de aquella.

²⁹⁴En este sentido QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op. cit., p. 37, según quien "sólo cuando el bien jurídico ha sido delimitado se puede resolver su significación sobre todos los elementos de la figura delictiva, arrojando sobre ellos la debida luz interpretativa, y nunca al revés".

documento desarrolla sobre el tenor de la declaración. Ahora bien, cuando nos referimos a la prueba sobre el contenido o tenor, el término prueba no ha de entenderse en sentido lato o vulgar, sino en sentido técnico, aunque no necesariamente técnico-procesal. Esto es, prueba sobre aquellos extremos del contenido en los que la normativa aplicable al documento específico, ya sea explícita o implícitamente, les reconozca un valor probatorio. Sólo de esta forma podrá evitarse la vuelta a la protección del derecho a la verdad disfrazado como función probatoria del documento.

Por otro lado, no está de más hacer hincapié en la operatividad de la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico documental como *ratio* de la norma²⁹⁵. En puridad, la alusión a las tres funciones del documento como objeto de protección no es más que un intento de dotar de contenido al vago concepto de seguridad en el tráfico, cuya alusión es más necesaria atendiendo a nuestro Derecho positivo, pues la ley penal no establece la necesidad explícita de introducir el documento en el tráfico para que la falsedad se consume, ni hace tampoco referencia a un elemento subjetivo del injusto que así lo exija. Si objeto de protección lo constituye el normal desenvolvimiento de las funciones documentales en el “tráfico jurídico”, no bastará la mera falsificación del documento, sin más, para lesionar el bien jurídico, puesto que consustancial a las funciones del documento es que éste las desarrolle en el tráfico jurídico, sobre todo respecto de terceros a quienes el documento se muestra.

Conviene también destacar que existe un supuesto de falsedad documental en nuestro Código penal donde con el acto de falsificación no se atenta solamente contra el correcto desarrollo de las funciones propias del documento, sino también contra un ulterior interés. Nos hallamos pues ante un tipo pluriofensivo, aunque no en el sentido apuntado por ANTOLISEI²⁹⁶. Es decir, no se trata de convertir a la falsedad en un mero instrumento cualificado para ofender distintos bienes jurídicos. Nos referimos a la falsedad cometida por funcionario público en ejercicio de sus funciones, donde, además de afectarse al objeto de tutela común a todo ilícito falsario documental, se atenta contra el buen funcionamiento de la Administración como prestadora de servicios a los ciudadanos²⁹⁷, o a la misma función pública, puesto que el encargado público documentador en una específica situación realiza su cometido de forma desviada, desfigurando así la imagen de corrección con la que la Administración ha de aparecer frente a quienes sirve²⁹⁸. Esto supone, por

²⁹⁵En este sentido ECHANO BASALDÚA, *El bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, op. cit., p. 625, afirma que “la apelación a la función instrumental de los documentos es poco expresiva en su enunciación formal. Su significado material se hace comprensible en el marco de su relación con el conjunto de intereses genéricos que conforman las metas ulteriores o motivo del legislador”.

²⁹⁶Vid. supra apartado 1.2.1. B).

²⁹⁷Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, *Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código Penal de 1995*, en *Actualidad Penal*, 1996, nº 4, p. 65; en parecido sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 110, nota 68. De distinta opinión, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 297, para quien la afirmación de la pluriofensividad aporta poco a la interpretación, si bien reconoce el “mayor contenido de injusto” de la falsedad propia del funcionario.

²⁹⁸Se trata de proteger la función pública entendida en clave constitucionalista y no totalitarista, derivada de un concepto de Administración no “señora” de la sociedad, sino “servidora” de la misma, no en relación de superioridad respecto de sus “súbditos”, sino que acomete tareas dirigidas a los “ciudadanos”. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense y Civitas, Madrid, 1980, pp. 242 y ss., quien deduce el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública y de Justicia de los principios rectores del funcionamiento de la actividad administrativa y del poder legislativo y judicial reconocidos en la Constitución. Sobre la vinculación de los principios reconocidos en el art. 9.3 CE con la actividad notarial vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, *La fe pública como valor constitucional*, en

tanto, que el tipo previsto en el art. 390 CP tiene un mayor contenido de injusto que el de otros previstos en la misma sección, lo que explica la pena agravada que en él se establece con base en la afección a un ulterior bien jurídico, y nunca por la mera infracción de un deber extrapenal²⁹⁹.

Por último, zafarse de una objeción que a una opción semejante a la aquí sostenida se ha efectuado, y que no es otra que la de confusión del objeto de protección con el objeto material de la acción³⁰⁰. Ciertamente, referirse al documento como objeto de protección en la falsedad documental puede llevar al erróneo entendimiento de que se identifica a este instrumento con una suerte de objeto sacrosanto que debe protegerse a toda costa, lo que efectivamente podría cargar de razón tal crítica³⁰¹. Dicha confusión resulta más fácilmente entendible cuando, como en la falsedad, la protección penal recae sobre un objeto material³⁰²; no obstante, que objeto de la acción y objeto de protección sean una misma realidad material no lleva a confusión, por ejemplo, en el homicidio. Tampoco debe llevar a ella en el caso de la falsedad, pues cuando se habla del normal desenvolvimiento de las funciones documentales en el tráfico jurídico como bien jurídico, no se alude con esto al documento en tanto que entidad física, sino al cometido que éste desempeña y ello, entiéndase bien, sólo para concretar la indeterminación de la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y otros, *La fe pública*, op. cit., pp. 19 y ss., en que se expone la relación de la función notarial -que ha de guiarse por los principios de legalidad, de imparcialidad y de independencia- con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mencionado precepto constitucional.

²⁹⁹En este sentido vid. SsTS citadas supra, en nota 251. Aunque el Alto Tribunal suele poner el acento en el incumplimiento de deberes anejos al cargo por parte del funcionario, acercándose al concepto de los *Pflichtdelikte* alemanes, más que en la correcta prestación de servicios por parte de la Administración. Vid. también, BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 CP*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 62, reconoce que la falsedad cometida por funcionario presenta una analogía con el delito de prevaricación “como grave infracción de un deber profesional”. Sobre los problemas que plantea la teoría de los *Pflichtdelikte* formulada por Roxin en cuestiones relacionadas con la autoría y la participación en delitos especiales vid. infra cap. III, apartados 1.1.1 y 1.1.3.

³⁰⁰En tal sentido, vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit. p. 60, nota 117, en que critica la tesis sostenida por GARCÍA CANTIZANO al incurrir, según esta autora, en tal confusión.

³⁰¹Sobre la necesaria diferenciación entre bien jurídico y objeto de la acción; vid., entre otros, MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general I*, op. cit., p. 338, para quienes, en el caso del homicidio, no puede admitirse que haya confusión entre objeto de la acción e interés tutelado, manteniendo que efectos tan importantes para la interpretación como la exclusión de la ilicitud “no son vinculados por el derecho con el objeto de la acción, sino con el bien jurídico y la persona de su titular”.

³⁰²Aún en este supuesto, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 135, sostiene que el concepto de bien jurídico no se agotará en el de la cosa corporal sobre la que la acción recae, puesto que requiere ser algo más que ser cosa, se trata de cosa con un valor incorporado, ya sea esa “cosa” una realidad existencial material o inmaterial.

2- EL CONCEPTO DE DOCUMENTO Y SU CONTENIDO

El documento, término que proviene del verbo latino “doceo”, compuesto por el prefijo “do” y el indicativo “scio”, que significa etimológicamente dar ciencia³⁰³, constituye uno de los conceptos fundamentales en orden a la aprehensión del sentido y ámbito de aplicación de los ilícitos falsarios, pero también uno de aquellos de más controvertida interpretación. De él se ha dicho que tiene dos sentidos, el de instrucción, aviso o consejo y, en segundo término, y para los efectos que aquí interesan, es la escritura, instrumento o acta con que se prueba o se hace constar alguna cosa³⁰⁴

Tal instrumento, cuya historia se remonta a los sumerios, en torno al año 2900 a. C., ha sido desde antaño el preferentemente escogido por los distintas estructuras sociales para fijar las relaciones intersubjetivas entabladas entre las personas, sin duda a causa de la perdurabilidad que proporcionan a las declaraciones en ellos contenidas. Sin embargo, las formas de documentación han ido evolucionando a lo largo de la historia, paralelamente a los hallazgos del hombre. De tal forma, si bien los primeros documentos de que se tiene constancia utilizaban como base tabletas de arcilla, la generalización del uso del papiro, sobre todo en Asia a partir del s. VII a. C., facilitó la escrituración de las distintas relaciones jurídicas, tanto al ser utilizados por las civilizaciones griega y egipcia, como por la influencia que las mismas tendrían en el Imperio Romano, en cuyo Derecho ya puede observarse la influencia del principio de la escritura³⁰⁵.

La configuración externa del documento ha evolucionado de tal forma que en la actualidad ya no puede ser concebida únicamente como la expresión de un pensamiento por escrito, generalmente sobre el papel, utilizando caracteres fonéticos, puesto que el avance de la tecnología ha hecho surgir nuevos medios que permiten la fijación de declaraciones de pensamiento, como las cintas magnetofónicas o los disquetes de ordenador. A pesar de ello, las normas jurídicas que hasta el momento disciplinaban el funcionamiento de este instrumento, fundamentalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil, lo concebían como escrito, por razón de que algunas de las nuevas técnicas de documentación no existían en el momento en que tales normas se promulgaron, mientras que otras se encontraban en ciernes.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico no ofrecía una definición de documento que permitiera fijar la amplitud del concepto y los requisitos básicos que lo configuran, lo que había dado lugar a opciones divergentes en la doctrina científica al establecer los contornos del mismo, sobre todo por lo que respecta al

³⁰³En este sentido LEYVA Y SUÁREZ, *El instrumento público y la justicia penal*, en AAMN, 1953, t. VII, p. 136.

³⁰⁴Cfr. VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, t. II, 4ª edición, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1890, p. 386, en que se refiere a la segunda de las acepciones con los nombres de documento, *institutio* o *praeceptum*.

³⁰⁵Ampliamente sobre la evolución histórica de las formas de documentación, vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes de la contratación escrita*, op. cit., pp. 15 y ss; FAUSTO MORENO, *Documentos*, en NEJ, t. VII, 1955, pp. 675-677; NUÑEZ LAGOS, *Concepto y clases de documento*, en *Revista de Derecho Notarial*, 1957, t. XVI, pp. 8-12.

estudio de la falsedad documental en el ordenamiento jurídico-penal, así como a dudas acerca de si el concepto penal de documento debía ser autónomo en relación a la configuración que del mismo se infiere de las normas civiles procesales y materiales o se había de circunscribir a las mismas.

Para solventar estas incertidumbres³⁰⁶ el legislador de 1995 ha introducido en el art. 26 CP, dentro del Capítulo IV del Título I Libro I CP, rubricado “disposiciones generales”, el concepto jurídico-penal de documento, entendiendo por tal “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. La decisión de incorporar una definición contextual *ex lege* del documento que permita a los operadores del Derecho penal interpretar las normas punitivas al margen de las distintas opiniones que sobre este concepto ha mantenido la doctrina procesal o civil, independientemente de que se esté o no conforme con el contenido de la prescripción, ha supuesto sin duda un acierto del legislador, pero no constituye una novedad, por lo menos dentro del Derecho penal proyectado, puesto que ya el PrCP de 1992, en su art. 376.1³⁰⁷, introdujo una definición que constituye claro antecedente de la actualmente vigente, sobre todo atendiendo a las grandes semejanzas existentes entre ambas. No obstante, la ubicación sistemática de la prescripción es más adecuada en el Código penal de 1995³⁰⁸, que, a diferencia del mencionado Proyecto, no la inserta en el articulado dirigido a la tipificación de las falsedades documentales, sino en el Libro I del Código, como disposición general, lo que facilita su aplicación, además de a los ilícitos previstos en los arts. 390 y ss CP, a aquellos otros que incluyen al documento como elemento normativo típico; por citar algunos, el art. 197 -descubrimiento y revelación de secretos concernientes a la intimidad-, el 290 -delitos societarios-, o el 413 CP -infidelidad en la custodia de documentos.

La mencionada definición legal tiene especial importancia por cuanto el concepto de documento no ha sido objeto de la atención que merece hasta el momento en la doctrina penal, a salvo de los estudios existentes destinados fundamentalmente al análisis del documento público. Por contra, la cuestión ha sido objeto de una preferentísima atención en Alemania. Por esta razón ha de tenerse muy en cuenta, como ya se ha hecho en España a nivel doctrinal³⁰⁹ y

³⁰⁶Clarificadora resulta en esta dirección la Exposición de Motivos del PrCP 1992, cuando manifiesta que en la actualidad la carencia de un concepto de documento se ha tornado más grave “pues las nuevas tecnologías han introducido un amplio espectro de objetos capaces de recoger y guardar textos, números o imágenes y sonidos, lo cual plantea su posible carácter de “documentos” frente a una legislación que, como la vigente, no contemplaba, aún sin decirlo, otro documento que no fuera el papel”.

³⁰⁷El precepto reza “a los efectos de este Código se considera documento todo papel o soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones de inmediata o potencial relevancia jurídica o eficacia probatoria”.

³⁰⁸De distinta opinión, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 47, según quien hubiera sido preferible introducir en el capítulo dedicado a las falsedades la definición de documento, para otorgar con ello un visión global y novedosa del delito que permitiera armonizar las modalidades típicas de conducta con los nuevos medios de materialización de declaraciones humanas.

³⁰⁹Claramente influenciado por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 323, define el documento como “declaración de voluntad corporizada por escrito, de tal manera que permite conocer directamente al que la emitió, destinada a probar los hechos jurídicamente relevantes y apropiada para ello”, destacando como funciones del documento la probatoria, la de perpetuación y la de autenticidad; en parecido sentido, aunque renunciando a la necesidad de la escritura, BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, en *La Ley*, Diario 3966, 1996, p. 2; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, pp. 11 y ss.; un exhaustivo y acertado tratamiento del concepto de documento en clave germanista puede encontrarse en GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades*

jurisprudencial³¹⁰, la doctrina vertida en aquel país sobre este particular. Los juristas alemanes parten de que es consustancial a todo documento la declaración de pensamiento, ya sea de voluntad o de conocimiento. De tal manera, el soporte que la contiene ha de desempeñar tres funciones, por un lado ha de perpetuarla, al materializarla, de otro ha de atribuirla a un autor y, por último, ha de tener una cierta aptitud y determinación probatorias para obtener la consideración de documento. Atendidos los rendimientos que el documento está llamado a cumplir -esto es, las funciones de perpetuación, de garantía y probatoria-, teniendo en cuenta que el mismo ha de contener una declaración, suele quedar definido como “la declaración de pensamiento materializada que es idónea y está determinada para la prueba de circunstancias jurídicamente relevantes y que hace reconocible a su autor”³¹¹. Dicha concepción representa lo que se ha venido en llamar concepción tripartita del documento, claramente mayoritaria entre los autores y la jurisprudencia germana, aunque no unánime³¹². También en nuestro estudio se asumirá como premisa las

documentales, op. cit., pp. 135-219. Resulta observable una ascendencia de la literatura alemana sobre el particular también en ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 297 y ss; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., pp. 770 y ss; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, op. cit., pp. 189 y ss; RODRÍGUEZ RAMOS, *Las falsedades documentales como actos preparatorios o ejecutivos criminalizados*, op. cit., pp. 2 y ss.; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 124 y ss; LLORIA GARCÍA, *El documento como objeto material de los delitos de falsedad documental: su concepto y naturaleza*, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*, volumen segundo, op. cit., pp. 197 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *La falsedad ideológica*, en AP, 1998, nº 22, pp. 424 y 425.

³¹⁰En determinadas sentencias del Tribunal Supremo se prescinde de la tradicional concepción jurisprudencial del documento como “toda representación gráfica de un pensamiento, plasmada generalmente por escrito y en papel, con fines de preconstitución probatoria y destinada a producir efectos en el tráfico jurídico” (STS 20 mayo 1983, RJ 2744; en el mismo sentido, entre otras, SsTS 27 junio 1983, RJ 3591; 14 mayo 1984, RJ 2611; 29 mayo 1985, RJ 2556; 5 junio 1987, RJ 4517; 15 marzo 1988, RJ 2025; 21 marzo 1989, RJ 2727), haciéndose especial hincapié en las tres funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico para definir el concepto. Así en la STS 2 octubre 1990 (RJ 7634) se establece que el documento es “una declaración de voluntad corporizada, destinada a servir de prueba y que permite reconocer al autor de la declaración”, advirtiendo que los documentos ejercen tres funciones, desde el momento en que perpetúan la declaración de voluntad de un sujeto, prueban su existencia y garantizan que la declaración pertenece al sujeto al que le es atribuida; en la STS 13 junio 1997 (RJ 4895), en relación con el concepto de documento del art. 26 CP, se establece que “desde el punto de vista funcional el documento despliega una eficacia probatoria, como instrumento de preconstitución de prueba, que viene acompañada de una función de perpetuación de su contenido y de otra de garantía, en cuanto en él ha de resultar una determinada persona que asuma el contenido del documento”. Del mismo significado, vid. SsTS 7 octubre 1991 (RJ 7014), 9 noviembre 1993 (RJ 8383), 8 mayo 1996 (RJ 3803), 5 diciembre 1996 (RJ 8840), 24 febrero 1997 (RJ 1373), 25 febrero 1997 (RJ 1737), 13 junio 1997 (4896) o 26 febrero 1998 (RJ 1196) (caso *Argentia Trust*), en que nominalmente se habla de las funciones probatoria, perpetuante y de garantía como aquellas que ha de cumplir el documento.

³¹¹En este sentido vid., por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 11; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1371, nm. 2; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1141, nm. 2; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2011, nm. 2; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 1.

³¹²KIENAPFEL reacciona contra esta concepción y considera como documento “la declaración escrita que hace reconocible a su autor”, manteniendo lo que él mismo ha denominado como una concepción bipartita del mismo que acerque los conceptos material y procesal de documento. En este sentido vid. KIENAPFEL, *Urkundenbegriff und “Rechtserheblichkeit”*, en ZStW, nº 82, 1970, pp. 366 y ss; KIENAPFEL, *Grundfragen des*

tres funciones a la hora de analizar el concepto jurídico-penal de documento, prescindiendo de la formulación de un concepto apriorístico que pueda teñir de prejuicios el análisis de lo establecido en el art. 26 CP, y, por consiguiente, sin efectuar un estudio precedente del concepto de declaración, que irá desglosándose al ir atendiendo a cada una de las funciones del documento.

2.1- Función de perpetuación

La función de perpetuación es aquella que atiende a la forma externa en que aparece la declaración de pensamiento; constituye la función que desempeña el documento que se circunscribe a la fijación de una declaración de pensamiento, esto es, a la materialización de la misma sobre un determinado soporte que permita su perdurabilidad, que la haga apta para subsistir en el tiempo. No es necesario que la forma de fijación sea tal que haya de garantizar la indestructibilidad o eternización de dicha documentación³¹³, pero se reclama cuanto menos que permita garantizar una cierta subsistencia en el tiempo. Es decir, no serán documentos aquellas expresiones del pensamiento representadas sobre la nieve o sobre la arena³¹⁴, pues la forma de manifestación no se efectúa sobre un soporte que garantice una cierta fijeza, pero tampoco será necesaria la encarnación sobre un soporte que asegure la subsistencia de lo incorporado a perpetuidad; bastará pues una base de documentación idónea para persistir durante un período de tiempo más o menos largo. No obstante, en ocasiones se ha puesto de manifiesto que la frontera entre la fijación lo suficientemente duradera para poder hablar de documento y aquella que no lo es no es absolutamente diáfana³¹⁵.

Sin embargo, si se observan las distintas concepciones que la doctrina establece del documento, el problema no ha residido tanto en determinar la necesidad de la existencia de una base perdurable (lo que diferencia al documento de la declaración oral) cuanto en la formulación de las características que a la citada base han de ser inherentes. A esta cuestión es a la que se hace referencia cuando se alude al concepto estricto y amplio de documento. Acerca de la misma existe el convencimiento en la doctrina latina³¹⁶ de que mientras en Italia y España

strafrechtlichen Urkundenbegriffs. Betrachtungen aus Anlaß der Entscheidung des BGH vom 18.8.1970, en JZ, 1972, p. 397; KIENAPFEL, Neue Horizonte des Urkundenstrafrechts -zur Auslegung der §§ 267, 268 und 274.I Ziff. 1 StGB-, en FS für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 448; KIENAPFEL, Urkunden und andere Gewährungsträger, op. cit., pp. 248 y 251. También en España, RODRÍGUEZ RAMOS, Las falsedades documentales como actos preparatorios o ejecutivos criminalizados, op. cit., pp. 2 y 3, reacciona contra la concepción tripartita del documento, pues considera que a las tres funciones antedichas deben añadirse tres más, que son: la constitución o declaración de derechos u obligaciones, la forma autosuficiente para exigir la ejecución de los derechos contenidos en el documento y la forma esencial y autosuficiente de derechos cuya titularidad corresponde al tenedor del documento, que en su opinión deben deslindarse de la función probatoria.

³¹³En este sentido, BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 94, quien afirma que perdurabilidad no supone indestructibilidad, sino que basta la fijación con medios que tengan una conocida resistencia.

³¹⁴Vid., por todos, BOCKELMANN, o. u. c., p. 94, quien añade a estos la escritura con tiza sobre una pizarra; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 371; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 49.

³¹⁵Así, por ejemplo, se plantea la duda en relación con aquellos escritos realizados con lápiz. En este sentido, MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 214, considera que las marcas de lápiz sobre el papel no son inseparables del mismo y, sin embargo, se les da la consideración de documento; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 310.

³¹⁶En este sentido, existen infinidad de autores que identifican la tesis amplia con la germánica y la tesis estricta con la latina, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al*

se ha conceptualizado tradicionalmente el documento como escrito -se ha mantenido una concepción estricta de documento, influida por las regulaciones que del mismo establecen tanto el ordenamiento civil como el procesal³¹⁷-, en Alemania la conceptualización de dicho instrumento ha sido mucho más laxa, y se ha admitido junto al documento escrito y en papel (el tradicional) también otras formas de documentación no expresadas en caracteres escritos.

Dicha afirmación, por lo menos en la actualidad, no es más que un tópico, puesto que ya no puede hacerse una división estricta entre la doctrina latina y germana en función de la concepción que del documento se haya mantenido en cada una de ellas. Esto es así por dos fundamentales razones. La primera por cuanto, si bien la doctrina latina se ha mostrado tradicionalmente proclive a mantener una concepción estricta del documento³¹⁸, en los últimos años se ha

Código penal, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 632; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, en NEJ, 1958, t. IX, pp. 475-476; ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 48 y ss; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., pp. 521-522; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 227-228; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades del Título III, del Libro II del Código penal*, en *Documentación Jurídica*, 1983, vol. II, p. 1065, quien entiende por escritura el complejo de signos materiales visibles y permanentes idóneos para la fijación de un pensamiento; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., pp. 513-514; CALLE RODRÍGUEZ, *Teoría general sobre la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre falsedad documental con especial referencia al documento mercantil*, en CPC, nº 53, 1994, p. 705; LLORIA GARCÍA, *El documento como objeto material de los delitos de falsedad documental: su concepto y naturaleza*, op. cit., pp. 192 y ss.; MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., p. 27, quien incluye en el concepto amplio de documento que preconiza a los *contrassegni*.

³¹⁷Mantuvo esta concepción MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, op. cit., p. 543, deduciendo la necesidad de la escritura de la comparación de la regulación de los documentos en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³¹⁸Conciben como documento únicamente al escrito PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, t. II, 5ª edición, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid, 1881, p. 295, quien parece hacerlo aun sin referirse expresamente a la necesidad de escritura; GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 887; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 326-327; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, t. II, *Parte especial*, op. cit., pp. 135-136; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 478; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 522; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 324, quien considera que la necesidad de escritura no puede deducirse de los arts. 1216 CC y 596 LECrim, sino del tratamiento específico, ajeno a la falsedad documental, que el Código penal anterior otorgaba a otras formas de manifestaciones de voluntad no escritas, como las señales destinadas a fijar los límites entre propiedades; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, pp. 542-543, si bien en la 11ª edición de su manual, en pp. 626-627, mantiene un concepto amplio del documento; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, t. III (arts. 120 a 340 bis c), Ed. Ariel, Barcelona, 1978, p. 777, quien parte del entendimiento del documento en el lenguaje vulgar y de la ausencia de límites que podría suponer la concepción amplia del documento para limitarlo al escrito; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 975; CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (Exposición y comentarios)*, Libro II, parte 1ª (arts. 215-544), Librería Bosch, Barcelona, 1930, op. cit., p. 173; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. II (*Parte especial*), op. cit., p. 256; PUIG PEÑA, *Derecho penal*, t. III. *Parte especial*, vol. I, 5ª edición, Ediciones Desco, Barcelona/Madrid/Buenos Aires, 1960, p. 205; FAUSTO MORENO, *Documento*, op. cit., p. 678, cuando define al documento privado como "los escritos no autorizados por un notario ni empleado público competente, normalmente firmados por los interesados o por uno sólo de ellos; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 CP*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 50, para quien la consideración de

experimentado una evolución en este campo, en orden a admitir un concepto amplio de documento³¹⁹, aún antes de la entrada en vigor del Código penal de

documento de las cintas magnetofónicas y del disco fonográfico supondrían una interpretación analógica de los preceptos prohibida en Derecho penal. Mantienen un concepto estricto de documento en Italia, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 645-646; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 594; RANIERI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale. I singoli Delitti (Tit. I-VIII)*, vol. secondo, seconda edizione rinnovata e aggiornata, Cedam, Padova, 1962, p. 647; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 571, quien a pesar de exigir la escrituración asume el concepto de escritura de MALINVERNI, que incluye los signos alfabéticos y los convencionales o crípticos, incluyendo dentro del concepto de documento las marcas, pero no la ideográfica; SANTANIELLO, *Manuale di Diritto penale*, op. cit., p. 446; FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale*, op. cit., p. 428; FRACCHI, *Profili dell'oggetto materiale del falso per soppressione*, en RIDPP, 1986, p. 978; SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XVI, 1969, p. 810; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 182; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 65; BOSCIA, *Della falsità in atti*, op. cit., p. 3; GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, op. cit., p. 321, establece la necesidad de escritura en el documento privado a consecuencia de la regulación de la falsedad en el Código penal italiano; MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., pp. 112 y 113. En la doctrina argentina mantiene una concepción estricta del documento, CARRERAS, *Los delitos de falsedades documentales*, op. cit., p. 57.

³¹⁹Postulan una concepción amplificadora del concepto de documento QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 624, según el cual no ha de llegarse a una extensión del concepto tan grande como la operada en Alemania, pero cabe incluir en él la fotografía incluida en un carnet o un plano; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 346, quien, a pesar de admitir que de los arts. 302 y ss CP de 1973 se deduce la inherencia de la escritura al documento, considera que han de quedar incluidos en el documento las cintas magnetofónicas, las fotografías y los vídeos; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 224, concibe ampliamente al documento privado, aunque a efectos de tipificación lo circunscribe al escrito; ETCHEBERRY, *El objeto material del delito de falsedad documental: documentos y sus clases*, en *Revista de Ciencias Penales*, t. XX, 1961, pp. 226-227; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 191-192, quien afirma que ha de mantenerse un concepto amplio de documento que implique una interpretación amplia del concepto de escritura, no circunscrito a los límites de la tradicional transcripción fonética de palabras, destacando la porosidad de este concepto; ORTS BERENGUER, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pp. 221-222, para quien con base en el art. 3.1 CC puede admitirse la inclusión de documentos no escritos; MARTÍNEZ PEREDA, *Las falsedades en documentos oficiales*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 89; COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., p. 445, que concibe el documento con tanta amplitud que puede incluir una huella, una pisada o la rama de un árbol; BONÉ PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, en AP, 1996, nº 8, p. 125; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 108; LLORIA GARCÍA, *El documento como objeto material de los delitos de falsedad documental: su concepto y naturaleza*, op. cit., pp. 195 y ss. Sostienen en Italia una concepción amplia del documento, CARNELUTTI, *Documento*, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. V, 1938, p. 106; CARNELUTTI, *Teoria del falso*, op. cit., pp. 140-141; FINZI, *I reati di falso*, 1920, op. cit., p. 542-545; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 66 y 89 y ss, reconociendo en p. 97 la condición de documento a los registros sonoros; CRISTIANI, *Fede pubblica (Delitti contro la)*, p. 177, quien acoge un concepto de documento lato, sinónimo de instrumento de prueba; CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, op. cit., p. 191; PROTO, *Il problema dell'antigiuridicità nel falso documentale*, op. cit., p. 130, admite la improcedencia de limitar el documento al escrito, aunque el Código penal italiano sólo admite este tipo de documento; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 9; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., pp. 171 y 177; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 37 y 38, incluye junto a los documentos escritos los *contrassegni*, y en pp. 40-42 incluye a los registros fonográficos, las reproducciones fotográficas y las cinematográficas y a los documentos informáticos o billetes de transporte; CORVI, *Documentazione in forma*

1995; por contra, paralelamente en Alemania se ha operado un cierto retroceso, apareciendo opiniones que postulan la vuelta a un concepto estricto del mismo³²⁰. La segunda razón estriba en que no coincide exactamente lo que la doctrina latina ha entendido por documento en sentido amplio -en el que cabría incluir las grabaciones magnetofónicas o las videográficas- con el concepto amplio que se atribuye a los juristas y a la jurisprudencia germanas que, lejos de incluir estas nuevas formas de documentación dentro del concepto de documento³²¹, consideran acogidos en este término tan sólo a los llamados signos probatorios -*Beweiszeichen*-, que se distinguen de los signos de conocimiento -*Kennzeichen*-, a los que no se les reconoce la condición de documento, aunque algún autor aislado hubiera reconocido dicha cualidad a las grabaciones de sonido³²².

En puridad, la admisión o no de las grabaciones magnetofónicas o de los datos contenidos en disquetes o en el disco duro de un ordenador como documentos depende de que se considere esencial la percepción óptico-visual al concepto de documento. Esto es, la doctrina mayoritaria en Alemania, a pesar de

integrale e documentazione in forma riassuntiva: un'alternativa possibile, en RIDPP, 1991, fasc. 1, pp. 252 y ss., quien admite que las actas emitidas por los Secretarios judiciales en la vista oral consten de una pequeña parte escrita de resumen a la que se añadan cintas magnetofónicas o de vídeo.

³²⁰En tal sentido, BAUER, *Die telegraphische Depesche als Gegenstand der Urkundenfälschung im Deutschen Strafrecht*, Buchdruckerei Robert Noske, Borna/Leipzig, 1907, p. 6, quien a pesar de admitir que pueden tener la consideración de documento las declaraciones de pensamiento establecidas con signos que representan a los escritos, admite que en general suele ser un escrito; LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., p. 94; BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 176-177 y 185, quien afirma la necesidad de la escritura basándose en que la ley procesal concibe al documento como escrito; OETKER, *Zur Urkundenlehre im Strafrecht*, en *FS für Karl Binding zum 4. Juni 1911*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1911, p. 7; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 139, nm. 21; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, op. cit., p. 403; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 169, nm. 10; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 357; OTTO, *Die probleme der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, en *JuS*, 1987, p. 763; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 22; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 371; SAMSON, *Fälschung von Beweiszeichen?*, en *GA*, 1969, p. 367; SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., p. 158, quien entiende que por el uso del lenguaje hablado y por la legislación en materia de falsedades el concepto de documento ha de ser estricto, aunque admite que quizá de *lege ferenda* sea necesario ampliar esta concepción; KIENAPFEL, *"Absichtsurkunden" und "Zufallsurkunden"*, en *GA*, 1970, pp. 213 y 214; KIENAPFEL, *Urkundenbegriff und "Rechtserheblichkeit"*, op. cit., p. 368; KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt am M., 1967, p. 391; KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährschaftsträger*, op. cit., passim.

³²¹Niegan la condición de documentos a las grabaciones magnetofónicas MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 139, nm. 22; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 355; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 167; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 94; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 21 a; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1142, nm. 6; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 2; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2012, nm. 6, entre otros. En sentido contrario, KAUFMANN, *Die Urkunden- und Beweismittelfälschung im Entwurf 1959*, en *ZStW*, 1959, nº 71, p. 416, quien critica la necesidad de escritura del documento que incluye el § 317 del Proyecto de 1959; FREUND, *Grünfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, en *JuS*, 1993, p. 1018, entiende que esta exclusión conlleva la diferenciación del documento entendido en sentido material y procesal que no puede sostenerse.

³²²De esta opinión, KAUFMANN, *Die Urkunden- und Beweismittelfälschung im Entwurf 1959*, op. cit., pp. 417-418.

sostener una concepción amplia de documento, no incluye estas formas de información perpetuada dentro del concepto al exigir mayoritariamente la posibilidad de percibir visualmente el contenido de la declaración³²³; en consecuencia, se excluyen aquellos medios de fijación de manifestaciones que o bien se perciben auditivamente, como las cintas magnetofónicas, o bien, aun cuando pudieran llegar a percibirse visualmente, necesitan de algún recurso técnico que permita dicha visualización, traduciendo la información, como ocurre con las informaciones contenidas en soportes informáticos, que requieren del ordenador para poder visualizarse en la pantalla.

La necesidad de percepción óptico-visual de la información para poderse hablar de documento no dista en nada de la exigencia de legibilidad que algunos autores españoles³²⁴ e italianos³²⁵ (entre los que se encuentran defensores de una concepción estricta del documento) habían presupuesto en este tipo de soporte.

Puede decirse que la concepción amplia del documento, aquella que aprehende también a los denominados por CARNELUTTI "documentos directos"³²⁶ y no sólo a los signos de prueba, parte de la teoría representativa³²⁷ del documento, también sostenida por este autor, que concibe el documento como cualquier cosa idónea para representar un hecho³²⁸. De ahí que en países de la órbita latina se

³²³Vid., entre otros, BINDING, *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 185, para quien la legibilidad es característica fundamental del documento; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 180, nm. 476, según quienes es suficiente con la legibilidad utilizando medios de ayuda, como ocurre con las microfichas o microfilmes para poder hablar de documento, pero no se da esta circunstancia cuando la declaración se registra de forma que ha de ser traducida para que sea posible la percepción visual, como ocurre con los registros sonoros o con las bandas informáticas; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 310; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 355; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 167; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 21 a, según quien se da la percepción visual inmediata de los datos almacenados en un aparato procesador en tanto aparecen en la pantalla, pero les falta la necesaria duración; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 51; KIENAPFEL, *Urkunden und technische Aufzeichnungen*, en JZ, 1971, p. 164, para quien la necesaria percepción visual relega a la cinta magnetofónica a la condición de registro técnico; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2012, nm. 6.

³²⁴JIMÉNEZ ASEÑO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 478; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1066; NUÑEZ LAGOS, *Concepto y clases de documentos*, op. cit., p. 21, en que exige la visibilidad del documento, excluyendo de tal concepto al disco fonográfico y a la escritura Braille; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 327.

³²⁵Vid., por todos, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 652.

³²⁶CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., pp. 139 y 140, instituye esta denominación para aquellos documentos que, a diferencia de los indirectos -escritos-, son instrumentos producidos por la técnica representativa más reciente que representan directamente, sin pasar por el trámite de la mente humana, imágenes o sonido, así los documentos fotográficos, cinematográficos o fonográficos. Esto es, son medios en que los datos que contienen se fijan inmediatamente, sin necesidad de pasar su representación por la actividad intelectual que requieren los documentos escritos. Vid. también CARNELUTTI, *Documento*, op. cit., p. 106.

³²⁷En tal sentido, según NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, pp. 72-73, pueden diferenciarse tres fundamentales teorías en la concepción del documento, a saber: la teoría de la expresión escrita, que contempla el documento desde el punto de vista material y lo considera como un objeto susceptible de expresar pensamientos humanos mediante el instrumento de la escritura; la teoría de la representación, la defendida por CARNELUTTI, que considera que el documento es cosa que representa a otra; y la teoría de la reflexión, que toma en cuenta las reproducciones mecánicas como documento, pero separa a éstas del hecho o hechos que conforman su contenido.

³²⁸Cfr. CARNELUTTI, *Teoría del falso*, p. 138.

hayan defendido ya en tiempos pasados concepciones amplias del documento, que resultan incluso mucho más extensas que las preconizadas por la doctrina y jurisprudencia germánicas, y que se haya llegado a postular una visión probatoria o concepción funcional o material del documento, en el sentido de considerar esencial en el mismo no tanto la forma en que materializa una determinada información cuanto su capacidad para ser prueba³²⁹, lo que ha supuesto una clara influencia en la definición de documento establecida en el art. 26 CP³³⁰.

No obstante, la polémica en torno a la asunción de una concepción amplia o, por contra, estricta de documento no sólo ha sido protagonizada por la doctrina penal, también la civil y procesal se ha ocupado de la cuestión, lo que resulta de todo punto lógico si se atiende al dato de que con anterioridad a la aprobación del nuevo Código penal las normas que disciplinaban la naturaleza y efectos de estos instrumentos en nuestro Ordenamiento jurídico eran el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil. Pero, al igual que ocurre con la doctrina penal que se ha dedicado al estudio de la cuestión, tampoco los analistas de estas otras disciplinas jurídicas han defendido soluciones uniformes. Puede observarse, sin embargo, que la práctica unanimidad de la doctrina civilista se muestra anclada en un concepto tradicional de documento³³¹, reforzado por las previsiones que el Código civil incluye relativas a los mismos, entre los preceptos atinentes a la prueba de las obligaciones, concretamente en los arts. 1216 a 1224 CC en relación con los documentos públicos y 1225 a 1230 en lo referido a los privados. En tal ámbito se esgrimen argumentos como la mayor certeza otorgada por la escritura frente a otros medios de fijación de pensamientos, debida a las tres características que de ella se predicán, así la fijeza, la permanencia y la inequívocidad³³².

³²⁹De esta opinión, QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op. cit., p. 39, para quien lo principal es que el documento tenga capacidad para ser prueba y ahí estriba su relevancia jurídica.

³³⁰En tal sentido, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 294, afirma que la concepción de documento recogida en este precepto se corresponde con la de los defensores de la concepción material o probatoria del documento, según la cual lo que determina que un objeto sea calificado de documento es su capacidad para probar algo.

³³¹NUÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, en AAMN, t. I, 1945, p. 459, considera como documento tan sólo el escrito, por lo menos implícitamente al referirse o no a la necesidad de la firma; en el mismo sentido, NUÑEZ LAGOS, *Reconocimiento de documento privado*, en *Revista de Derecho Notarial*, t. XXIII, 1959, pp. 13-14; NUÑEZ LAGOS, *Concepto y clases de documentos*, op. cit., pp. 7 y 13, en que reconoce expresamente la necesidad de escritura y afirma que la grafía tiene dos aspectos: uno estético o físico, que se adhiere a la cosa, y otro dinámico o la circulación en dos manos, desde el autor a la cosa y desde la cosa al destinatario; ÁLVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes de la contratación escrita*, op. cit., p. 15; GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVI, vol. 2º (arts. 1.214 a 1.253), 2ª edición, pp. 116-118; CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, traducc., prólogo y notas Manuel Albaladejo, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, p. 389, que reconoce que la grafía es inherente al concepto de documento; en sentido contrario, RODRÍGUEZ ADRADOS, *El documento en el Código civil*, en *Revista de Derecho Notarial*, 1989, p. 241, quien mantiene que la postura del Código permite adoptar una posición moderada respecto de los llamados documentos directos, "no negándoles el carácter documental por no ser escritos, pero tampoco construir precisamente sobre ellos un nuevo concepto de documento en el que apenas tengan cabida los documentos escritos, que en el fondo es lo que hace la teoría representativa (...)".

³³²En tal sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., pp. 116-118, entendiendo que la fijeza que la misma supone hace también fácilmente reconocible cualquier alteración o manipulación, su permanencia muestra su superioridad frente al testimonio, y, debido a su inequívocidad, si se redacta correctamente puede expresar sin ninguna duda la voluntad o conocimiento de sus suscribientes con más garantías que cualquier otro medio.

No tan clara ha sido la solución a la cuestión en el ámbito procesal, donde a pesar de haberse mantenido por un determinado sector la necesidad de escritura³³³, han sido múltiples las voces que se han alzado contra esta limitación formal en la concepción del documento. Se discute en esta sede si las fijaciones de pensamiento sonoras u ópticas pueden incluirse dentro del elenco de medios probatorios previstos en los arts. 578 LEC³³⁴ y 1215³³⁵ CC, como prueba documental o de reconocimiento judicial, o bien ha de crearse un medio probatorio *ad hoc*, o bien si tal enumeración es lo suficientemente abierta a fin de que quepan otros medios probatorios innominados³³⁶. Sea como fuere, lo decisivo es que ya

³³³De esta opinión, GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal civil*, vol. 1º, *Parte General. El proceso declarativo ordinario*, 8ª edición, Ed. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976, p. 339, quienes, si bien no consideran documentos a los fonográficos o visuales, sí admiten que puedan ser traídos y valorados en el procedimiento probatorio; GÓMEZ ORBANEJA, *La prueba preconstituída*, en AAMN, t. II, 1949, p. 94, implícitamente, cuando se refiere a la prueba de la autenticidad de documentos, que se extiende a la comprobación de los trazos y rasgos gráficos, la escritura; CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA, *Derecho procesal. Proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 197, quienes conceptúan como documento sólo el escrito sobre papel; DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil II. Objeto, actos y recursos del proceso civil. El proceso civil de declaración*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 318-320, quienes, a pesar de entender que la concepción amplia del documento tiene sus ventajas, han considerado mejor ceñirse a una concepción estricta, con el fin de no retrasar la modificación del listado de medios probatorios incluido en la LEC y no forzar la aplicación de preceptos que esta ley prevé pensado en el documento como escrito a los documentos directos; BONET Y NAVARRO, *Documento*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, pp. 2569-2570, que excluye del concepto de documento expresamente cualquier medio de fijación que no sea la escritura, como el sonido o la imagen; GARCÍA CARIDAD, *Algunos problemas sobre la prueba documental*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XXXIV, 1993, *La prueba en el proceso civil*, pp. 123 y ss.; LESSONA, *Teoría general de la prueba en Derecho civil*. t. III. *Prueba escrita*, 4ª edición enteramente refundida, traducida y anotada por Aguilera de Paz, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961, *passim*.

³³⁴El precepto establece “Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1º Confesión en juicio. 2º Documentos públicos y solemnes. 3º Documentos privados y correspondencia. 4º Los libros de los comerciantes que se lleven con las formalidades prevenidas en la Sección 2ª, Título II, Libro I del Código de Comercio. 5º Dictamen de peritos. 6º Reconocimiento judicial. 7º Testigos”.

³³⁵Según cuyo tenor “Las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones”.

³³⁶En tal sentido, SENTIS MELENDO, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pp. 147-168, para salir al paso del carácter abierto o cerrado de los listados probatorios incluidos en el Ordenamiento Jurídico argentino establece una diferenciación entre fuente y medio de prueba, entendiendo por fuente el hecho de que se sirve el juez para deducir la propia verdad y por prueba lo que constituye la actividad del juez desarrollada en el proceso. Las fuentes son los elementos que existen en la realidad y los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso. Concibe la fuente como un concepto metajurídico o extrajurídico y el medio como concepto completamente jurídico, siendo que lo que la ley clasifica son las fuentes y no los medios de prueba, razón por la cual la fotografía o la grabación, en tanto que no son fuentes, sino medios de prueba, tienen la categoría de *factum probandum* o de *factum probans* cuando pasen al proceso, con la consecuencia de que el carácter innominado de una prueba, el no hallarse específicamente regulada en el Código, no es motivo para que se la elimine del proceso. También sobre esta cuestión, MONTÓN REDONDO, *El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas*, en *Revista de Derecho Privado*, 1973, p. 1002; POMARÓN BAGÜES, *El vídeo como prueba*, en *La Ley*, 1984-4, pp. 752-753; MONTERO AROCA, *Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 30 de noviembre de 1981)*, en *Poder Judicial*, nº 7, 1983, pp. 40-42.

antes de la aprobación del Código penal de 1995, y de la definición de documento que el mismo contiene, la doctrina procesalista venía admitiendo cada vez con más frecuencia el valor probatorio concretamente de las cintas magnetofónicas³³⁷ y de las de vídeo³³⁸. Por otra parte, esta dirección amplificadora del concepto de documento no sólo es característica de la doctrina española, también en otros países de nuestra órbita jurídica, como Italia, se ha reabierto recientemente el debate sobre esta cuestión, decantándose los juristas por la adopción de un concepto de documento que se aleje del tradicional, anclado en la necesidad de escritura³³⁹.

³³⁷En tal sentido vid. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Ed. Praxis, Barcelona, 1967, pp. 338- 339, quien partiendo de la teoría representativa en la concepción del documento, entiende que la cinta magnetofónica o la fotografía pueden incluirse dentro del concepto de documento; NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, op. cit., p. 78, considera que la fotografía, la cinta magnetofónica o la fotocopia reproducen el hecho con mayor exactitud que el documento escrito, por lo que han de incluirse dentro del concepto de documento, ello a pesar de que los textos legales estén pensando en el documento escrito; MONTÓN REDONDO, *El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas*, op. cit., pp. 1004-1008, quien *de lege lata* incluye a las cintas magnetofónicas dentro de la prueba documental, si bien *de lege ferenda* propone la creación de un nuevo medio de prueba, que denomina "medios de reproducción mecánica", en que además de las sonoras podrían incluirse otras formas creadas por las más modernas técnicas de fijación de declaraciones; DE LA CUESTA RUTE, *Las cintas magnetofónicas en la prueba. Comentario a la STS 30 noviembre 1981*, en *La Ley*, 1982-1, pp. 404-406, reconoce la condición de documento de las cintas magnetofónicas; MONTERO AROCA, *Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba*, op. cit., pp. 43 y ss., quien admite que la grabación magnetofónica puede aportarse al proceso como prueba documental o de reconocimiento judicial, so pena, en caso de no ser admitida, de vulnerar derechos fundamentales consagrados en el art. 24 CE tales como el de defensa o el de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

³³⁸Sobre esta cuestión, POMARÓN BAGÜES, *El vídeo como prueba*, op. cit., pp. 756-757, quien entiende que el vídeo cumple las características de fijeza, permanencia e inequívocidad que se le atribuyen al documento tradicional; CHOCLÁN MONTALVO, *La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites*, en *Poder Judicial*, 2ª época, nº 38, 1995, p.77, quien entiende que el vídeo, propuesto como prueba documental, tiene valor probatorio siempre que esté adverbado; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. I, 4ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 556-557, incluye todas aquellas formas de documentación ajenas al escrito sobre papel, como las cintas magnetofónicas, las películas, las fotografías, las esculturas, las fichas o los discos de ordenador dentro del concepto de piezas de convicción, admitiendo que el concepto de documento trasciende al escrito; GÓMEZ COLOMER, en MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS/GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, t. II, *Proceso civil*, vol.1º, 3ª edición, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993, p. 255, en el mismo sentido que RAMOS MÉNDEZ; ORTÍZ NAVACERRADA, *La prueba de documentos privados en el proceso civil*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XXXIV, 1993, *La prueba en el proceso civil*, pp. 98-99 y 101, quien se adscribe a la concepción estricta del documento, no sin admitir que que los modernos medios de fijación de pensamientos pueden tener valor probatorio como objeto de reconocimiento judicial.

³³⁹Cfr. DE LUCA, *La registrazione sonora come mezzo di documentazione nel processo penale*, en RIDPP, 1962, p. 1266, quien reconoce a la grabación sonora la misma fuerza probatoria que al documento privado, pero niega esta equiparación cuando de documentos públicos -en concreta referencia al acta del interrogatorio en el proceso- se trata, si bien manifiesta que *de iure condendo* la grabación magnetofónica podría tener en tales casos una función de refuerzo del valor probatorio de la representación documental sin sustituirla; GIANTURCO, *La registrazione magnetofonica come mezzo di prova e di documentazione nel processo penale*, en RIDPP, 1967, pp. 508-517, quien, en contraposición con De LUCA, le reconoce a la grabación, ya en el Derecho vigente en Italia en aquel momento, una función complementaria del acta redactada por el Secretario judicial; D'ISA, *Sulla disciplina dei documenti nel nuovo processo penale*, en RIDPP, 1992,

También en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo puede observarse una evolución similar, que ha ido desde la negación de la condición de documento a las grabaciones magnetofónicas y otros medios de fijación de declaraciones aparecidos por los sucesivos avances tecnológicos³⁴⁰, hasta su admisión, tanto en lo relativo a considerarlos medios de prueba documental en el proceso³⁴¹ como por lo que respecta a su consideración de objeto material en la falsedad documental³⁴².

1406, coloca, con base en el art. 234 del nuevo Código de Procedura Penale, a los documentos fotográficos, cinematográficos, fonográficos y a aquellos formados por cualquier otro medio junto a los escritos; en el mismo sentido, CALABRESE, *Sull'utilizzabilità del verbale di protesto come prova documentale*, en RIDPP, 1993, pp. 366-367.

³⁴⁰Vid. STS 30 noviembre 1981, comentada por DE LA CUESTA RUTE, en que el Tribunal niega el carácter de prueba a las cintas magnetofónicas.

³⁴¹Cfr. SsTS 17 abril 1989 (RJ 3364) en que el alto Tribunal, aunque no admite la condición de prueba documental de las cintas magnetofónicas o de vídeo por sí mismas, sí las considera como tales cuando han sido sometidas a adverbación por distintos medios probatorios, como el testifical; en STS de 28 diciembre 1990 (RJ 10098) se define el documento como "toda representación gráfica, expresiva y cierta, de acontecimientos, de sucesos y de hechos acaecidos con anterioridad, por virtud de la cual, generalmente de forma escrita pero no exclusiva, se recoge aquello que se quiere hacer constar, con certeza, seguridad y acreditamiento, a todos los efectos y para múltiples finalidades, entre los que se cuentan la fijación de una prueba preconstituída fuera del y para el proceso judicial (...)"; en STS de 30 noviembre 1992 (RJ 9560) se admite el carácter documental de la cinta magnetofónica, pues se trata, al igual que los documentos, de una cosa mueble que reproduce más o menos fidedignamente algo, pero que para tener valor probatorio ha de ser averada por otros medios de prueba. Más recientemente, en SsTS 6 mayo 1993 (RJ 3854), 7 febrero 1994 (RJ 702), 14 enero 1994 (RJ 12), 6 abril 1994 (RJ 2889), puede observarse como el alto Tribunal reconoce el carácter documental de la prueba videográfica, siempre y cuando las declaraciones anteriores al juicio de una persona cuya identidad surja del documento, sean susceptibles de ser reproducidas en el mismo como prueba documental.

³⁴²Con respecto al documento como objeto material de la falsedad documental, si bien es cierto que en la mayoría de ocasiones en que el delito se produce se opera sobre documentos escritos sobre el papel, también lo es que de cada vez con mayor frecuencia las actividades falsarias se efectúan sobre datos contenidos en soportes informáticos. En este ámbito también la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sufrido una remarcable modernización, pues aunque en ocasiones se haya decantado por exigir la escritura para hablar de documento -cfr. SsTS 27 mayo 1983 (RJ 2792), 21 noviembre 1984 (RJ 5940)- la tendencia predominante en los últimos tiempos es incluir la escritura sobre el papel como forma generalizada pero no exclusiva de aparición del documento -vid. SsTS 25 octubre 1982 (RJ 5683), 20 mayo 1983 (RJ 2744), 27 junio 1983 (RJ 3591), 30 marzo 1984 (RJ 1880), 29 mayo 1985 (RJ 2556), 5 junio 1987 (RJ 4517), 16 noviembre 1987 (8520) en que admite expresamente que lo no escrito puede significar en casos excepcionales un documento, 15 marzo 1988 (RJ 2025), 21 marzo 1989 (RJ 2727)- admitiendo incluso el carácter documental en casos en que las alteraciones falsarias se producían en datos registrados en archivos de carácter electromagnético. Sobre esta última cuestión vid. SsTS 1989 (RJ 9428) en que se condena por falsedad en documento oficial del art. 302.6 al funcionario de la Seguridad Social que altera una fecha de alta de un afiliado sustituyendo la que ya antes se había introducido en el ordenador, que correspondía con la verdadera; 12 marzo 1994 (RJ 2143) en que se considera documento oficial el talón de cargo en impresos de la Delegación de Hacienda de Córdoba que habían sido realizados con ordenador, si bien se encontraban ya impresos en soporte papel; 30 junio 1998 (RJ 5605). Especialmente interesante es la STS 19 abril 1991 (RJ 2813) en que se condena por falsedad continuada en documento mercantil a quien se apropió de dinero haciendo apuntes inexistentes por vía de ordenador sobre cantidades de dinero pertenecientes a distintos clientes de una entidad bancaria, en que el Tribunal reconoce la necesidad de adoptar un concepto material de documento comprensivo de las nuevas técnicas de fijación de declaraciones aparecidas en

Frente a esta tendencia ampliatoria de la concepción de documento, producida al albur del surgimiento de nuevas técnicas de documentación, que no pueden quedar huérfanas de protección penal ni de reconocimiento como prueba en un proceso, no cabe afirmar que en ellas resulta más fácil la manipulación y la falsificación que en los tradicionales documentos. Por una parte, porque las cintas magnetofónicas (en concreto por lo que respecta al tono y al timbre característicos de la voz de un determinado individuo) pueden ser objeto de cotejo paralelamente a como pueda serlo la grafía³⁴³. Ni que decir tiene que el reconocimiento del autor de la declaración será mucho más sencillo de averiguar en las grabaciones en vídeo o cinematográficas, en que aparecerá, además de la voz, la imagen del mismo; quizá mayor complejidad plantee descubrir la identidad del autor de un documento sobre soporte electromagnético; cuestión ésta que, por su especialidad, será objeto de tratamiento específico³⁴⁴. Por otra parte, porque tampoco son ajenos a falsificaciones de una gran perfección documentos escritos, habida cuenta del perfeccionamiento que han alcanzado los mecanismos falsarios en los últimos años³⁴⁵. Y, por último, porque circunscribir el concepto del documento al escrito sin más especificaciones no garantiza una absoluta delimitación del mismo, por cuanto caben fundamentalmente dos tipos de escritura, la llamada escritura alfabética o fonética, aquella que consiste en la utilización de signos que representan fonemas y que constituyen palabras, y la ideográfica, producida mediante símbolos³⁴⁶. Pues bien, si no se precisa a qué tipo de escritura nos referimos al limitar el documento al escrito, esto es, si acogemos un concepto de escritura que incluya, junto a la fonética, también a la gráfica, deberemos concluir que los contrasignos, equivalentes a lo que la doctrina alemana ha denominado signos probatorios, también tendrán la consideración de documento, con lo que el concepto defendido ya no podrá ser el documento en sentido estricto, sino en sentido amplio, cuanto menos con una acepción similar a la mantenida por la doctrina alemana.

El nuevo Código penal, con la inclusión del art. 26, ha pretendido zanjar la polémica acerca de la consideración documental de los llamados documentos directos, pues en ningún momento incluye dentro de la definición de documento la necesidad de escritura ni la de percepción óptico-visual o legibilidad, inherente a la

los últimos decenios, incluyendo expresamente entre ellos las grabaciones de vídeo o cinematográficas, los disquetes informáticos y los discos o cintas magnetofónicas.

³⁴³En este sentido, MONTÓN REDONDO, *El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas*, op. cit., p. 1009, defiende que cuando en una grabación no es reconocible el autor puede darse un procedimiento especial basado en el cotejo de letras, que él denomina “prueba pericial fonemétrica o de cotejo vocal”, a producir en base a los espectrogramas, que son diferentes en cada individuo; en parecido sentido, MONTERO AROCA, *Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba*, op. cit., p. 44.

³⁴⁴Sobre esta cuestión vid. infra, cap. I, apartado 3.3.

³⁴⁵Al respecto, MONTERO AROCA, *Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba*, op. cit., p. 44, arguye que “es técnicamente más fácil falsificar un documento escrito que manipular una cinta, para lo que se precisan conocimientos y medios materiales que están sólo al alcance de los peritos”.

³⁴⁶También se denomina escritura ideográfica aquella en que los signos utilizados sirven para reclamar una idea, mientras que se reserva la denominación de alfabética para aquella en que los signos de que consiste sirven para componer una palabra. Sobre esta distinción vid. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (exposición y comentarios)*, op. cit., p. 173; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 37-39, para quien puede hablarse de documento en sentido estricto cuando se incluyan en él a los contrasignos cuando los signos ideográficos que ellos contienen son adoptados como elementos de un sistema de escritura y de conformidad con las reglas del sistema, mientras que quedarían fuera de este concepto los contrasignos en que se empleen signos ideogramas no previstos en un sistema de escritura; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 88-89; BOSCIA, *Della falsità in atti*, op. cit., p. 3; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 246.

escritura fonética o ideográfica. No hay en el artículo obstáculo alguno para entender comprendidas en él las grabaciones magnetofónicas, de vídeo o cinematográficas, a las fotografías -incluyendo las fotocopias- o los soportes de carácter informático, desde el momento en que en el precepto se caracteriza como documento a “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones”, admitiendo cualquier tipo de materia sobre la que tales datos hechos o narraciones se incorporen³⁴⁷. Voluntad legislativa que se afianza teniendo en cuenta la variación que el art. 26 CP ha supuesto respecto a la definición de documento contenida en el art. 376.1 PrCP de 1992, en relación con el cual se ha suprimido la mención al papel junto a la referencia al soporte material para caracterizar la base del documento. En definitiva, el CP de 1995 opta por introducir una dosis de seguridad en cuanto a la conceptualización del documento que falta en otras disciplinas jurídicas; por consiguiente, se ha acercado al concepto de documento material al procesal³⁴⁸, atendidos los aires innovadores de esta disciplina en la definición de documento en los últimos años, tal como pone de manifiesto el art. 230 LOPJ de 1985³⁴⁹, que, sin embargo, no han encontrado aún reflejo en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, la definición jurídico-penal de documento no trastoca la consideración procesal del objeto como prueba documental aunque, a efectos estrictamente penales, garantiza que estos modernos medios de fijación de declaraciones puedan gozar de protección frente a las falsedades que en ellos se cometan aun cuando pueda negárseles su condición de prueba documental en un proceso.

La amplitud en la concepción de documento atribuible al art. 26 CP no supone que no haya documentos a los que la forma escrita sea inherente, aquellos

³⁴⁷En este sentido vid. GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 173, según quien la dicotomía entre concepto amplio y estricto de documento dejaría de tener sentido con la entrada en vigor del art. 376.1 PrCP de 1992, que contemplaba, al igual que el art. 26 CP, un concepto amplio de documento; posicionamiento que mantiene en GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 62 y ss; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 137, llega también a la misma conclusión, no sin advertir que en determinados tipos de documentos en que la forma escrita se exige *ad solemnitatem*, a falta de la misma, el documento carezca de eficacia jurídica; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., pp. 625-626; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 294-295; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 277; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 503; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 298; CONDE-PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3665; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 228; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 55. Ningún reparo ha mostrado la jurisprudencia del TS en incluir tales medios dentro del concepto de documento del art. 26 CP; cfr. , entre otras, SsTS 3 febrero 1997 (RJ 689), 13 junio 1997 (RJ 4895) y 20 octubre 1997 (RJ 7843) (caso FILESA).

³⁴⁸En tal sentido ya GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 141-144, siguiendo a KIENAPFEL, había preconicado la necesidad de unificar los conceptos penal y procesal de documento. Sin embargo, partiendo de la misma premisa llegan a soluciones contrapuestas, pues mientras KIENAPFEL se funda en tal equiparación para reclamar la necesidad de escritura en el documento -vid. supra nota 320-, esta autora se muestra defensora de un concepto amplio de documento.

³⁴⁹Según este precepto “podrán utilizarse en el proceso cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción, siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad. La ley regulará los requisitos y forma de su utilización”. También la Ley de Procedimiento Laboral, en su art. 90, incluye entre los medios de prueba de que pueden valerse las partes “los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido”.

para los que la misma es un requisito *ad substantiam*, no sólo *ad probationem*³⁵⁰, lo que en ocasiones exigen determinadas normas específicas para concretos supuestos³⁵¹. Pero esto no significa que, en caso de no cumplirse la formalidad establecida, el instrumento en el que se recoja la declaración de pensamiento no haya de conceptuarse como documento a efectos penales, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos que para la existencia del mismo se desprenden del art. 26 CP.

La mención a todo soporte material del art. 26 CP soluciona, asimismo, otra de las cuestiones debatidas en torno al tipo de soporte en que ha de contenerse la declaración documental, cual es la de la necesidad o no de movilidad. Tampoco sobre esta cuestión han sido unánimes las posiciones de la doctrina, tanto penal como procesal, pues mientras algunos autores, influenciados por la característica predominantemente probatoria del documento exigían que éste pudiera traerse al proceso y, por tanto, se instrumentalizase sobre un bien mueble³⁵², otros se mostraban también conformes con admitir el carácter documental de escritos contenidos sobre muros, señales o carteles inmóviles o cualquier otro soporte que carezca de movilidad³⁵³. Bastará, por tanto, un soporte que, por su configuración, sea capaz de dotar de cierta estabilidad en el tiempo a la declaración en él contenida, independientemente de su falta de movilidad³⁵⁴.

Junto a la cuestión relativa a las características de permanencia y movilidad de la base sobre la que se articula la declaración de pensamiento, la función de perpetuación tiene un segundo aspecto, puesto de manifiesto por SAMSON, que no es otro que el relativo a la durabilidad del significado abstracto de los signos que la base contiene, o la estabilidad de la clave de esos signos³⁵⁵. De ahí que para poder hablar de documento sea necesario que los signos en él incluidos sean comprensibles por una generalidad de personas o por un pequeño círculo de interesados. Tal aspecto tiene una inmediata traducción en el carácter inteligible de la declaración contenida en el documento, que se reputa necesaria según la opinión

³⁵⁰Exige la forma escrita en estos casos FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficiale y mercantil*, op. cit., p. 137, ya que de no observarse estas formalidades esenciales entiende que no concurrirá el requisito de la relevancia jurídica.

³⁵¹Así, por ejemplo, el art. 633.1 CC, en virtud del cual "Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el notario".

³⁵²De tal opinión, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 625; CUELLO CALÓN, *Derecho penal II (Parte especial)*, op. cit., p. 258; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 522; NUÑEZ LAGOS, *Concepto y clases de documentos*, op. cit., p. 8; MONTÓN REDONDO, *El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas*, op. cit., p. 1004; GUTIERREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., p. 114; En Italia MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., pp. 112-114, aunque admite que sea cosa inmueble si puede separarse.

³⁵³En este sentido FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 327; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 248; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 176; En Italia, MANZINI, *Tratatto di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 653; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 66-69; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 595; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 6.

³⁵⁴Sostienen esta opinión tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 65; NUÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, op. cit., pp. 200 y ss. En sentido contrario, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 295, quien exige el carácter transportable del documento en vigencia del nuevo texto punitivo.

³⁵⁵Vid. SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., pp. 119-122, de lo que deduce que la durabilidad de un sistema de clave depende de la amplitud del círculo de quienes lo utilizan.

mayoritaria de la doctrina, si bien no suele exigirse una comprensión generalizada, siendo suficiente con que un pequeño círculo de interesados puedan aprehender el sentido de la declaración³⁵⁶. Tal característica tiene relevancia en el caso en que se utilice una escritura secreta o cifrada, cuyo significado no es entendible por la generalidad de los ciudadanos, aunque ello no obsta a la consideración de documento del objeto. Ahora bien, el uso de códigos de signos conocidos por unos pocos permitirá el nacimiento del documento siempre y cuando el código que permita el general entendimiento de la declaración no se haya establecido sólo en virtud del acuerdo de los interesados, pues entonces la condición de documento del objeto dependería de la memoria de los mismos³⁵⁷. Esto es, la clave requerida para el entendimiento del documento no ha de hallarse necesariamente en posesión de la generalidad de personas, pero sí ha de ser accesible, de manera que puedan tener un significado equivalente a las palabras o signos escritos las rayas, perforaciones, cruces, etc. siempre y cuando sean traducibles al lenguaje hablado o escrito usual, utilizado en un determinado momento y lugar. Ello con independencia de que se manejen signos escritos o no y de que la lengua utilizada sea la propia o una extranjera, o bien sea un lengua muerta. Abstracción hecha de que la escritura o los signos utilizados se hayan realizado de manera autógrafa, mecánicamente, mediante imprenta o por cualquier otro medio que permita su fijación.

2.1.1- *El documento como materialización de una “declaración”: los términos “datos”, “hechos” y “narraciones” del art. 26 CP.*

La práctica unanimidad de la doctrina alemana incluye como elemento esencial de la definición de documento el concepto de declaración de pensamiento³⁵⁸. Esto es, el documento, en tanto que mecanismo utilizado para la comunicación entre las personas contiene una manifestación o declaración de pensamiento, una comunicación de una idea que sale del ámbito interno del sujeto

³⁵⁶De esta opinión, LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 740, para quienes cuando el documento sólo sea comprensible por el acuerdo de las partes no puede hablarse de documento; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 212; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 139-140, nms. 23-25; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 180, nm. 475; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 95; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1372, nm. 7; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 50; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., p. 1019; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 66, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2012, nm. 7, consideran, sin embargo, que no es necesaria la común comprensión para el término documento.

³⁵⁷En tal sentido SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., p. 121, quien no reconoce que cumplan con la función de perpetuación aquellas declaraciones expresadas en una escritura secreta que proviene del acuerdo de los interesados, puesto que sólo cuando uno de ellos impugnase tal acuerdo no podría hablarse ya de perpetuación; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (1. Teil)*, op. cit., p. 530, en que afirma que no puede hablarse de función de perpetuación cuando la clave sólo es conocida por las personas interesadas en un negocio jurídico; cfr. también, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 372; SAMSON, *Fälschung von Beweiszeichen*, op. cit., p. 356, en que admite que cabe que se trate de lenguaje secreto mientras no lo conozcan sólo dos personas. Sigue a SAMSON en esta cuestión PUPPE, *Erscheinungsformen der Urkunde*, en Jura, 1980, p. 18, en que admite que la clave del código establecida por acuerdo de los interesados ha de excluirse del concepto de documento.

³⁵⁸Vid., por todos, MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 211; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 176, nm. 476; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 306; SCHMIDHAÜSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 169, nm. 8; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 166; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 93; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 292, nm. 679.

haciéndose aprehensible para los demás integrantes del cuerpo social. También en la doctrina española³⁵⁹ e italiana³⁶⁰ se ha seguido tal posicionamiento, aunque haya habido autores que se hayan referido al documento como continente de un pensamiento sin más especificaciones³⁶¹, como incorporación de derechos y obligaciones³⁶², o bien como representación de una declaración de voluntad, sin incluir a la de conocimiento³⁶³, e incluso quien ha negado la necesidad de representación de la declaración de voluntad para hablar de documento³⁶⁴. Sin embargo, es más preciso hablar de declaración de pensamiento -comprensiva tanto de la declaración de voluntad como testimonial-, en orden a determinar aquello que el documento ha de perpetuar, que referirse a conceptos tan etéreos como el “pensamiento”, que poco o nada dicen acerca del objeto de materialización³⁶⁵. Ello es así porque el concepto de declaración ha sido objeto de un profundo estudio en el ámbito del derecho civil, en el que se han fijado las características de este concepto jurídico, sobre todo por lo que se refiere a la declaración de voluntad dentro del ámbito del análisis del negocio jurídico, lo que puede constituir una explicación suficiente para que algunos autores se olviden de que el documento también puede fijar una declaración de conocimiento. Esto es, siendo que el negocio jurídico es una figura mediante la cual los particulares establecen una específica regulación jurídica para sus relaciones, la declaración contenida en el documento que articule uno de estos negocios será siempre de voluntad, no de conocimiento, lo que no obsta a que los objetos sobre los que se escriben declaraciones de conocimiento puedan considerarse documentos.

Para los civilistas, quienes han acuñado el concepto de declaración, ésta constituye una comunicación social³⁶⁶. Así, no basta con que la persona tenga un

³⁵⁹GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 147 y ss; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit. p. 627; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., pp. 772 a 774; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 96. .

³⁶⁰Vid., por todos, PROTO, *Il problema dell'antigiuridicità nel falso documentale*, op. cit., pp. 131 -137.

³⁶¹En este sentido, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, t.II, *parte especial*, op. cit., p. 136, para quien es necesario que el documento tenga un contenido de pensamiento corporeizado en el escrito; en el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 975; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 del CP*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 48, donde afirma que el documento es producto de una específica acción humana que consiste en la incorporación de pensamientos o actos de voluntad; DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil II. Objeto, actos y recursos del proceso civil. El proceso civil de declaración*, op. cit., p. 318. En Italia, MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., p. 33; MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., pp. 86-87; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 428, para quienes el documento es cualquier objeto idóneo para representar un pensamiento.

³⁶²En tal sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 779.

³⁶³CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 522; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 323. En Italia MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 112, a pesar de que se refiere a la declaración de voluntad del privado que determine una situación de derecho objetivo o la constatación de un hecho.

³⁶⁴De esta opinión, ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 222, para quien documento es todo objeto que materialice un sentido, sin necesidad de que contenga una declaración de voluntad, como puede ocurrir en el caso de la filmación de un evento.

³⁶⁵De esta opinión, BACIGALUPO, *Estudios de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 323, quien critica que Rodríguez Devesa utilice el término “pensamiento” por entender que resulta demasiado amplio.

³⁶⁶En tal sentido, DÍEZ PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8ª edición

determinado pensamiento, sino que ha de exteriorizarlo³⁶⁷. La declaración es pues un fenómeno cuya característica es el trascender al pensamiento de sí mismo y volverse expresión objetiva, perceptible y apreciable en el mundo social³⁶⁸. Para que exista declaración o manifestación³⁶⁹, sin embargo, no basta con su pronunciamiento, es necesario además que la declaración sea querida, que exista voluntad de declarar lo dicho y voluntad de efectuar el acto de la declaración³⁷⁰, amén de necesitar alguien que la asuma como declarante³⁷¹. Por último, para que la declaración en sentido negocial exista es necesario su perfeccionamiento, lo que se ha venido en denominar emisión de la declaración, que se produce en momentos distintos según nos encontremos ante declaraciones recepticias o no recepticias³⁷². En lo que al Derecho penal interesa supone que no puede hablarse de una declaración cuando la misma opere en una esfera estrictamente individual e íntima³⁷³, pues supone que la declaración ha de salir de la esfera de su autor, que éste se desprenda de ella de forma que sea reconocible a los demás³⁷⁴.

revisada y puesta al día, 3ª reimpresión, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 486, para los que la declaración de voluntad es un mensaje en que en que se plasma la intención de lo declarado; vid. también DÍEZ PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*. Vol I. *Introducción, parte general y derecho de la persona. Disciplina general de los contratos y de las obligaciones. Contratos en particular, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 330, en que afirman que la declaración de voluntad indica el hecho de aparecer la intención o propósito negocial del interior al exterior o el acto o comportamiento que hace socialmente reconocible la intención o propósito negocial.

³⁶⁷En tal sentido, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, t. X, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 57, en que admite que para que la voluntad alcance significado jurídico no basta con que exista anteriormente, sino que requiere que sea exteriorizada o manifestada.

³⁶⁸De esta opinión, BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª edición, traducc. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 99 y 107, de tal manera que el hecho que representa el documento lo constituye una declaración.

³⁶⁹CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, op. cit., p. 331, considera que entre los términos manifestación y declaración no hay ninguna diferencia sustancial en el terreno negocial, utilizándolos como sinónimos.

³⁷⁰Sobre esta cuestión vid. ALBALADEJO, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, vol 2º. *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 10ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, pp. 170-171, según quien la declaración de voluntad supone dos voluntades, la voluntad declarada, cuyo objeto es el negocio, y la voluntad de declarar, cuyo objeto es la declaración, implicando la segunda la voluntad de la conducta externa (se quiere pronunciar las palabras o hacer un determinado signo) y el conocimiento del valor declaratorio de la conducta que se hace. Ambas voluntades pueden denominarse también, respectivamente, "voluntad como contenido del comportamiento" -o "declaración de voluntad"- y "voluntad como causa del comportamiento" -"voluntad de declarar"- BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, op. cit., p. 333, afirma también la necesidad de voluntad del comportamiento en que consiste la manifestación, bastando con que haya voluntad o conocimiento del valor de la declaración en general; en parecido sentido, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, op. cit., p. 58.

³⁷¹En este sentido, expresamente, SCHLESINGER, *Dichiarazione*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, p. 377.

³⁷²Las reclaraciones reciben la denominación de recepticias o no recepticias en función, respectivamente, de que se dirijan hacia las personas a quienes afectan o de que se emitan sin ser preciso que se encaminen a nadie. Sobre esta cuestión vid. ALBALADEJO, *Derecho civil I*, op. cit., pp. 181-184; LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil I. Parte General del Derecho civil*, vol 3º, *El derecho subjetivo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 190.

³⁷³En tal sentido, SCHLESINGER, *Dichiarazione*, p. 376.

³⁷⁴En tal sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil I*, op. cit., p. 181. Lo que ya no está tan claro es si con la mera confección del documento se expende la declaración, pues mientras BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, op. cit., p. 107, entiende que no basta,

También los autores penalistas alemanes se han ocupado en profundidad del concepto de declaración de pensamiento, que se utiliza para aclarar que no sólo se refiere a las declaraciones jurídico-negociales³⁷⁵, en tanto que la conciben como presupuesto necesario para la construcción del concepto de documento en el ámbito jurídico-penal³⁷⁶. A este respecto, los autores que más se han ocupado del tema establecen la característica básica de la declaración de pensamiento en la libertad otorgada al emitente de la declaración a la hora de escoger los signos mediante los cuales efectuará la comunicación³⁷⁷.

El concepto de declaración de pensamiento, como ya se ha afirmado constituye un presupuesto necesario para el estudio de la figura del documento. No obstante, en cada una de las funciones del documento pueden desarrollarse aquellos aspectos de la declaración que más íntimamente se relacionan con la respectiva función. En nuestra doctrina civil se ha admitido que puede diferenciarse entre la declaración como vehículo o cuerpo portador de la voluntad, la voluntad declarada, en tanto que contenido o alma de la declaración y la voluntad interna del declarante³⁷⁸. Desde tal perspectiva, en el documento como portador de la declaración podrá distinguirse un aspecto físico o material de la declaración, que supone que la misma ha de materializarse en el documento, y un aspecto sustancial o de contenido, que atiende al significado que a la declaración corresponde. Será pues aspecto fundamental de estudio dentro de la función de perpetuación del documento el atinente a la efectiva representación de la declaración en el documento.

La fijación de una declaración de pensamiento constituye el sentido fundamental de la función de perpetuación en el documento, lo que significa que no podrá calificarse de tal aquel instrumento en el que no se materialice una declaración. Ha sido justamente la ausencia de contenido declarativo lo que ha servido a la doctrina y jurisprudencia alemanas para deslindar del concepto de documento los objetos perceptibles por los sentidos, como pueden ser huellas

SCHLESINGER, *Dichiarazione*, op. cit., p. 379, considera que para la emisión basta la redacción y suscripción del documento destinada por su contenido para ser utilizada en otro momento, como puede ocurrir con un testamento.

³⁷⁵De esta opinión, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 22, con lo que el concepto de declaración de pensamiento es más amplio que el de declaración jurídico-negocial, pues puede incluir cualquier contenido.

³⁷⁶En tal sentido FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., p. 1017, afirma que el concepto de declaración de pensamiento es base de reflexión de las funciones de perpetuación, probatoria y de garantía.

³⁷⁷En tal sentido, SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Stragesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 14, conceptúa la declaración como un estado de cosas que puede ser inferido de otro estado de cosas, si bien en la declaración el estado de cosas se infiere de otro estado de cosas por mor de la ley, de la costumbre o los usos o el acuerdo de los interesados, siendo que el declarante es libre en la transformación de los signos; vid. también SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., pp. 36-37, en que se refiere a que los signos utilizados en las declaraciones de pensamiento son un estado de cosas perceptible por los sentidos que está determinado por la ley, la costumbre o el acuerdo para producir una representación sobre otro estado de cosas; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (1. Teil)*, op. cit., p. 528; para PUPPE, *Erscheinungsformen der Urkunde*, op. cit., p. 18, la declaración constituye una comunicación de noticias, siendo la base de toda comunicación de noticias un conjunto de signos (código), de manera que el emisor de la noticia elige algunos signos para provocar que el receptor a través de la toma de conocimiento de estos signos en unión con el código consiga entender el significado a ellos anejo, de forma que sólo puede hablarse de imputación de declaración a una persona cuando la persona pueda elegir los signos, tenga el dominio de la manifestación (*Aussageherrschaft*); sobre la concepción de PUPPE, vid. *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 636, en que, en lugar de utilizar la expresión *Aussageherrschaft*, habla de *Erklärungsherrschaft*.

³⁷⁸Sobre dicha diferenciación vid ALBALADEJO, *Derecho civil I*, op. cit., p. 171.

digitales, pisadas, gotas de sangre, una rama rota, etc. Antaño se había afirmado que estos objetos no prueban nada fuera de sí mismos, a diferencia del documento, que se refiere a un acontecimiento u objeto externo a él. No obstante, la falta de aplicabilidad de este criterio a los llamados documentos dispositivos³⁷⁹ ha provocado su abandono³⁸⁰, y se ha argüido como razón fundamental de su expulsión del concepto de documento el dato de que no representan una declaración humana³⁸¹ y, por ende, no constituyen un acto de comunicación. La diferencia entre documento y objeto perceptible por los sentidos radicará entonces en que, si la declaración presupone que el declarante ha de tener libertad para elegir los signos a través de los cuales articular la comunicación, esto no ocurrirá en los objetos perceptibles por los sentidos, en que no hay elección dentro del sistema de signos³⁸². Si la declaración se concibe como un estado de cosas sobre el que se deduce otro estado de cosas y tal deducción es posible porque así lo establezcan la ley, la costumbre o el acuerdo de los interesados, los objetos perceptibles por los sentidos no corporeizan dicha declaración, puesto que ellos representan un estado de cosas que se relaciona con otro en virtud de lo que establecen las leyes de la naturaleza³⁸³.

Por ausencia de declaración de pensamiento puede determinarse también *ab initio* la exclusión de la cualidad de documento de lo que el Código penal alemán denomina registros técnicos³⁸⁴, definidos en el § 268 StGB, y que consisten en una “representación de datos, valores de medida o cuenta, situaciones o transcurso de acontecimientos, que se efectúan de manera total o parcialmente automática a través de un aparato técnico, que permite reconocer a la generalidad o a iniciados el objeto del registro, y que se destina a la comprobación de hechos jurídicamente relevantes, ya sea desde la fabricación o en un momento posterior”³⁸⁵. Tampoco en estos objetos puede admitirse que se incorpore una declaración humana, puesto que si bien estos aparatos, al igual que el documento, utilizan también un código de signos³⁸⁶, la persona no tiene el dominio de la información en estos casos, esto es,

³⁷⁹Sobre este concepto vid. infra cap. I, apartado 2.3.

³⁸⁰Critican la aplicación de este criterio, SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., pp. 30-31, sobre una doble base, en primer lugar porque también los objetos perceptibles por los sentidos pueden referirse a hechos que estén fuera de ellos, y, en segundo lugar, porque los documentos dispositivos no prueban nada que esté fuera de ellos. En el mismo sentido, SCHILLING, *Der strafrechtliche Schutz des Augenscheinsbeweises*, op. cit., pp. 84-85. Respecto de la inaplicación de este criterio a los documentos dispositivos vid. también STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 62-63.

³⁸¹En tal sentido vid., por todos, WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 167; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 213; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1371, nm. 3; LACKNER, *Strafgesetzbuch und Erläuterungen*, op. cit., p.1141, nm. 4; FREUND, *Grunfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., p. 1017; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (1. Teil)*, op. cit., p. 527; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 5.

³⁸²De tal opinión, PUPPE, *Die Fälschung Technischer Aufzeichnungen*, op. cit., pp. 26-30; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 25-26.

³⁸³SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 370.

³⁸⁴en el mismo sentido, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 299-300, para quien el concepto de documento recogido en el art. 26 CP presupone - aunque no explícitamente- la exigencia de la declaración como componente esencial del concepto de documento, lo que no constituye obstáculo para que los registros técnicos puedan considerarse “elementos documentales” a los efectos del art. 461 CP- entre los delitos de falso testimonio-

³⁸⁵Vid. más ampliamente sobre la regulación de las falsedades en este tipo de portadores de garantía infra, cap. II, apartado 1.3.2.

³⁸⁶En tal sentido PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., pp. 36-39.

no puede escoger libremente los signos que resultan registrados³⁸⁷, o bien no ha decidido con antelación cuál sería el contenido³⁸⁸. No obstante, esta circunstancia no constituye obstáculo para que una determinada persona pueda asumir en el tráfico una representación de datos así obtenida y la convierta en su declaración, pasando el objeto de ser registro técnico a ser documento³⁸⁹, supuesto que se ha venido en llamar de “ayuda de escritura técnica”. Tal concepto tiene una trascendencia relevante en orden a admitir si los *outputs* producidos por aparatos procesadores de datos u ordenadores pueden considerarse documentos, cosa que se ha admitido siempre y cuando la persona se haga cargo de lo que aparece como resultado maquina³⁹⁰.

Asimismo, la ausencia de corporeización de una declaración de pensamiento excluye de la consideración de documentos a los llamados documentos en blanco, los formularios o impresos y los proyectos de documento. En relación con los documentos en blanco resulta claro que una firma puesta en un papel en blanco o en un documento cuya declaración está sólo parcialmente formulada, al no contener una declaración de pensamiento, en consecuencia, no pueden ser reputados documentos. Otra cosa será que una determinada persona se aproveche de esa circunstancia para escriturar sobre la firma una determinada declaración, y entonces sí podría hablarse de documento, al menos con existencia aparente, puesto que autor real y aparente de la declaración no coincidirán. Esta y no otra ha sido la razón de que en la tramitación parlamentaria del PrCP de 1994 fuera rechazada por la la Cámara una enmienda al texto presentada por el Grupo Parlamentario Popular³⁹¹, que era partidario de incluir en el art. 390 PrCP, junto al supuesto en que la autoridad o funcionario librasen certificación falsa, también aquel en que la certificación se librase en blanco “con intención de que quien la reciba la expida con datos que falseen la realidad”. En el sentido aquí mantenido se habían

³⁸⁷En tal sentido PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 28-29. Como dice KIENAPFEL, *Urkunden und technische Aufzeichnungen*, op. cit., p. 165, la diferencia entre registro técnico y documento no depende tanto del grado de automatización del proceso de producción, sino que es valorable sobre la apariencia global del producto saliente, de manera que sólo la declaración y la reconocibilidad del autor establecen la diferencia entre documento y registro técnico, observándose una primacía del concepto de documento sobre el de registro técnico; en el mismo sentido, KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährungsträger*, op. cit., pp. 171-172.

³⁸⁸De esta opinión, SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., p. 38; contra la que reacciona SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., p. 280, por entender que existen registros técnicos cuyo contenido es conocido por el productor y hay documentos sobre cuyo contenido no ha sido informado el autor.

³⁸⁹En tal sentido PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 29 y 30, pues admite que entonces la persona tiene el dominio de la declaración, al poder decidir qué información asume e introduce en el tráfico como emanada por él. En parecido sentido, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1141, nm. 4; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 11.

³⁹⁰De esta opinión, PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., pp. 95 y ss, específicamente sobre los aparatos procesadores de datos vid. pp. 214-221. En sentido divergente, SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., p. 282, para quien lo determinante no es tanto que el contenido de la declaración lo haya determinado la persona del librador, no es importante el momento de su nacimiento, sino el momento de la imputación, bastando con que la declaración le sea imputable.

³⁹¹Enmienda núm. 646 en el Senado, que resulta rechazada por el Grupo Parlamentario Socialista con base en que al documento en blanco no se le puede dar relevancia penal en tanto no esté cumplimentado, puesto que sería como establecer una presunción *iuris et de iure* de falsedad, presuponiendo legal y apriorísticamente falsedad en un documento que todavía no está cumplimentado, ya que la falsedad se comete cuando el documento se cubre, se rellena o se cumplimenta, pero no antes. Sobre esta cuestión vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Senado-Comisiones, 10 octubre 1995, pp. 72-73, y Senado-pleno, 25 octubre 1995, p. 4857.

ya pronunciado distintos juristas, tanto en nuestro país³⁹² como en Alemania³⁹³, y así lo había manifestado el propio Tribunal Supremo³⁹⁴. Lo mismo puede decirse en relación a los impresos o formularios en blanco (antes de ser rellenados), puesto que tampoco incorporan una declaración de pensamiento³⁹⁵, piénsese en los impresos que han de rellenarse para solicitar la expedición del Documento Nacional de Identidad o en aquellos que deben cumplimentarse para efectuar la autodeclaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Más complicada resulta la exclusión de la condición de documento en los llamados proyectos de documento, esto es, en aquellas declaraciones de pensamiento materializadas que aún no han sido emitidas por su autor, como puede ocurrir en el caso en que las partes entreguen una minuta al Notario a fin de que el mismo redacte la correspondiente escritura. Generalmente se ha acudido en estos casos a la ausencia de la voluntad de declarar al objeto de sustraer tales objetos de la consideración de documentos³⁹⁶, equiparándolos a las declaraciones realizadas con finalidad de enseñar o hechas en broma, o bien a aquellos apuntes que se toman a los solos fines de uso individual, como notas de recordatorio. Sin embargo, no es necesario para formular la existencia o no de documento partir de la base de la voluntad de declaración y además es fuente de inseguridad, puesto que la doctrina tampoco es uniforme en orden a atender al grado de volición o de conciencia necesario para hablar de voluntad de manifestación de un pensamiento. Mientras para un sector doctrinal la voluntad necesaria ha de ser equiparable a la voluntad jurídico-negocial³⁹⁷, según otro basta con que el declarante sea consciente de que representa un pensamiento para la existencia de la declaración de voluntad, en cuanto produzca la impresión de que contiene una comunicación partiendo de

³⁹²Vid. CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 522; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 328; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 152. También en Italia autores como MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 121; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 36, han efectuado dicha afirmación.

³⁹³BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 197; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1141, nm. 4; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 762.

³⁹⁴Cfr. STS 13 julio 1994 (RJ 6375) en la que se afirma que documento es aquello que recoge de modo perenne una manifestación de voluntad o un hecho con trascendencia para el mundo social o del Derecho, rechazando que tenga tal consideración la firma en blanco por faltarle la manifestación de voluntad.

³⁹⁵En este sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 14 a; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1374, nm. 11; KIENAPFEL, *Neue Horizonte des Urkundenstrafrechts*, op. cit., p. 445; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 762.

³⁹⁶En este sentido, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 139, nm. 19; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 309; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 16; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 42; PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 637.

³⁹⁷De esta opinión, OETKER, *Zur Urkundenlehre im Strafrecht*, op. cit., pp. 40-42, quien afirma que no hace falta la voluntad de testimoniar, sino sólo de fijar, que también ha de ser subjetiva; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 19, quien se refiere a una voluntad interna, no a una apariencia de voluntad; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (1. Teil)*, op. cit., p. 529; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 42-43, establece que el declarante no ha de declarar por la fuerza de su voluntad, sino que por el Derecho ha de responder de su declaración en tanto él quería darla, lo que también se pone de manifiesto cuando habla de dominio de la declaración.

las características exteriores de lo documentado³⁹⁸. Independientemente de que, para la fijación de la voluntad de declaración, sea preferible la adopción de la segunda alternativa, por su mayor laxitud y por permitir el acogimiento de los documentos ocasionales dentro del concepto de documento, no resulta necesario acudir a la voluntad para excluir el carácter documental de los proyectos, por faltar en ellos ya la fijación de una declaración, dado que la misma no se ha perfeccionado al no haber acontecido su emisión o expendición. El autor no se ha desprendido de ella; es más, se trata de una declaración no acabada, por lo que la cuestión puede resolverse partiendo de parámetros objetivos³⁹⁹. También para la problemática de la cualidad documental de las fotocopias o copias no legalizadas cabe acudir al argumento de la falta de materialización de una declaración; no obstante, en tanto el argumento mayoritario para no considerarlas documento ha sido la falta de reconocibilidad del declarante, el tema se tratará en sede de función de garantía.

Una de las cuestiones más espinosas y debatidas en Alemania para las que se ha utilizado como parámetro la existencia o no de una declaración fijada es la de la diferenciación entre lo que se ha denominado signos de conocimiento - *Kennzeichen*- y signos probatorios -*Beweiszeichen*-, incluyéndose estos últimos dentro del concepto amplio de documento defendido por la doctrina alemana. Si bien es cierto que hasta el momento no se ha otorgado una gran atención en nuestro país a esta cuestión, sobre todo por el concepto de documento que tradicionalmente ha venido manteniendo el Tribunal Supremo -escrito sobre el papel- y por la misma regulación de las falsedades en el Código penal de 1973 - que, junto a la falsedad de documentos, preveía la de sellos de los fieles contrastes, de la placa de matrícula o de sellos utilizados por las oficinas públicas y empresas- también lo es que la desaparición de estas previsiones específicas en el Código penal de 1995 puede favorecer la profundización de esta problemática en la praxis y la doctrina científica⁴⁰⁰ en España. A ello contribuirá, a buen seguro, el amplio concepto de documento positivizado en el art. 26 CP.

³⁹⁸En este sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 14 y 102, quien diferencia, sin embargo, entre proyectos de documento acabados y no acabados, y para estos últimos sí tiene en cuenta la determinación del mismo para la prueba en orden a atribuirle o no la condición de documento; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 355, afirma que no es necesaria una voluntad de declaración jurídica, sino que basta con que el declarante sepa que emite una declaración y la fija corporalmente. Ha seguido en España este posicionamiento, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 149-150, según quien basta con el mero hecho de la declaración, prescindiendo de la consciencia del sujeto, coincidiendo con KIENAPFEL en que la presencia de voluntad negocial concreta haría que se trasladara al ámbito del concepto de documento la cuestión de la validez del negocio o relación jurídica que contiene.

³⁹⁹En este sentido, KIENAPFEL, *Neue Horizonte des Urkundenstrafrechts*, op. cit., p. 445, para quien se ha de comprobar si la declaración está acabada para hablar de documento, cosa que no ocurre en los proyectos, en que la misma no está concluida.

⁴⁰⁰Al respecto, puede apuntarse que ya algunos autores han tomado posición sobre la inclusión en los arts. 390 y ss CP de la falsedad de la placa de matrícula de los vehículos automóviles, concibiéndola, por tanto, como documento. ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 303, advierte como por el camino de la distinción entre marcas de conocimiento y marcas de prueba el concepto de documento puede alcanzar una extensión excesiva. En tal sentido, vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 626; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 278, afirma que tanto la falsificación de la placa de matrícula de un automóvil como la falsificación de sellos y marcas de los fieles contrastes pueden inculparse en base al art. 390 CP, a diferencia de la falsificación de sellos de las empresas, que encaja en el art. 274 CP; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 506, según quien si se considera la placa de matrícula como elemento o dato que reproduce el número de policía que consta en el

El signo de prueba se considera incluido dentro del concepto de documento, no así el signo de conocimiento. Por signo de prueba se entienden los signos firmemente unidos a un objeto que son aptos y están determinados para comunicar sobre su existencia una declaración de pensamiento del autor y para producir la prueba de determinadas relaciones jurídicas, ello aún cuando lo hagan con ayuda de otros medios de prueba o con auxilio de mecanismos interpretativos, siempre que cumplan todas y cada una de las funciones del documento⁴⁰¹. Frente a ellos se sitúan los signos de conocimiento que, lejos de representar una declaración de pensamiento, se establecen como marcas que sirven para diferenciar un objeto de otro, y tienen como único cometido individualizar el objeto o darle un determinado nombre⁴⁰². Sin embargo, tal diferenciación se ha convertido en Alemania en una cuestión imposible, dado que la doctrina jurisprudencial ha variado su consideración de signo de prueba o signo de conocimiento sin un criterio rector, obedeciendo en la mayoría de ocasiones a necesidades político-criminales de incriminación de actividades falsarias sobre determinados objetos. Tanto es así, que la inseguridad ha motivado una vuelta por parte de un sector de la doctrina más moderna a la exigencia de la escritura o a una renuncia a la diferenciación entre signos de prueba y signos de conocimiento⁴⁰³. Exponente de la tendencia limitadora del concepto de

fichero de la Dirección General de tráfico, falsificar la matrícula es falsificar una parte del documento funcionalmente considerado; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3665.

⁴⁰¹BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 180-181, reconoce la existencia de signos probatorios, pero les niega la cualificación de documentos; en el mismo sentido que BINDING, OETKER, *Zur Urkundenlehre im Strafrecht*, op. cit., p. 18. Vid., sobre el concepto de signo probatorio, por todos, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 71; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 185-186, nms. 489-49; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 308; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 169; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 293, nm. 681; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 33-34; según PUPPE, *Erscheinungsformen der Urkunde*, op. cit., p. 20, es mejor hablar de signos de declaración que de signos de prueba en estos casos. Sobre lo que la jurisprudencia alemana ha calificado como signo probatorio, vid. ampliamente KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., pp. 115-132; SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., pp. 39-53.

⁴⁰²La jurisprudencia incluye dentro de los mismos a los signos de identificación, a los de producción y a los de propiedad. Sobre esta cuestión vid. SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (1. Teil)*, op. cit., p. 529; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 371, quien entiende que estos signos, en ocasiones, contienen declaraciones, puesto que para él lo fundamental no es la diferencia entre signo de prueba y documento, sino entre declaraciones corporeizadas a las que es inherente la función de perpetuación y aquellas a las que que no, entendiendo que entre las primeras pueden encontrarse las declaraciones acortadas y los signos de nombre, con lo que puede considerárselos documentos; sobre esta última cuestión vid. SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., pp. 147-148.

⁴⁰³En tal sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, op. cit., p. 404, no reconoce el carácter documental de los signos probatorios; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 170, nm. 10, para quien la diferenciación es tan complicada que entiende preferible calificar el documento por la escritura y su correspondiente legibilidad; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 356, quien entiende que a los signos probatorios, lo mismo que a los documentos, les falta la corporeización de una declaración de voluntad; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 762; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 97, reconoce que el concepto de un signo probatorio equiparado al documento no es un instrumento que sirva a la interpretación del § 267 StGB; SCHILLING, *Der strafrechtliche Schutz des Augenscheinsbeweises*, op. cit., pp. 85-88, renuncia a este concepto por la inestabilidad de la doctrina, poniendo de relieve que todas las reformas procesales existentes en aquel momento en Alemania reconocían como documento sólo al escrito.

documento ha sido, en especial, KIENAPFEL, quien sobre la base del principio de los portadores de garantía diferenciados - *das differenzierte Gewährschaftsträgerprinzip*-, que el propio autor acuña, establece una serie de objetos susceptibles de protección dentro de la falsedad, pero no al precio de ampliar el concepto de documento hasta límites insospechados, como ha hecho la jurisprudencia alemana. Por el contrario, el autor opta por la creación de normas penales específicas *ad hoc* que protejan tan sólo aquellos instrumentos que no estén específicamente tutelados por las falsedades y en los que haya una real necesidad político-criminal de protección⁴⁰⁴.

Respecto de algunos tipos de signos específicos la discusión ha sido especialmente virulenta, y la cuestión tiene una especial importancia porque también se avecina en nuestro país, habida cuenta de la desaparición de una previsión correspondiente a la del art. 279 bis ACP⁴⁰⁵. Nos referimos a los signos -llamados por la jurisprudencia- probatorios relativos a los automóviles, como son en número de motor, el número de chasis y la placa de matrícula⁴⁰⁶, pues, además de aquel sector de la doctrina que está conforme con la equiparación signos

⁴⁰⁴Sobre esta cuestión vid. KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., pp. 350-393, quien, sin embargo, incluye dentro de los documentos escritos que preconiza a las marcas del tráfico, entre las cuales enumera los documentos de identificación, las cartillas de racionamiento, los tiquets de comedores universitarios, las entradas de espectáculos, etc.; KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährschaftsträger*, op. cit., pp. 105-139 y pp. 205-233, en que reconoce que tales signos no contienen declaraciones de pensamiento, y que en muchas ocasiones no es necesaria su previsión en el Código penal debido a la protección que ya les otorgan normas específicas, aunque sí reconoce la necesidad de criminalizar la falsedad en el número de matrícula, en el de chasis y en el número de motor de un automóvil; KIENAPFEL, *Neue Horizonte des Urkundenstrafrechts*, op. cit., p. 442; KIENAPFEL, *Urkunden und Beweiszeichen*, en *FS für Thomas Wurtenberger, Kultur, Kriminalität, Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, pp. 193-218, en que critica la diferenciación operada entre signos probatorios en sentido amplio y en sentido estricto, que parte de Binding, siendo que los segundos se equiparan al documento, poniendo en entredicho las formulaciones utilizadas por la jurisprudencia, como la del principio de la parte integrante -*Bestandteilprinzip*- para poder incluir las modificaciones operadas en estos signos dentro de la falsedad documental, considerando, sin embargo, que tanto en las firmas del pintor en un cuadro o otro tipo de artistas en sus obras existe una necesidad de protección que ha de articularse no a través de la falsedad documental, sino mediante un eventual delito de falsedad de obras de arte; KIENAPFEL, *Das neue liechesteinische Urkunden- und Beweiszeichenstrafrecht. Rechtsvergleichende Betrachtungen unter Berücksichtigung des österreichischen, deutschen und schweizerischen Strafrechts*, en *FS für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1989, pp. 288-836, en que elogia la regulación de los §§ 233 y ss del Código Penal austríaco por la regulación separada del documento, entendido en sentido estricto, y el signo probatorio, acusando a la doctrina jurisprudencial alemana de borrar las fronteras entre lo que es y no es documento.

⁴⁰⁵A este respecto poco esclarecedor resulta el debate parlamentario del nuevo Código penal en orden a descubrir la voluntad de la ley. Por un lado, el PrCP de 1992, dentro del precepto dedicado a la definición de documento, el art. 376, incluía expresamente, en su núm. 5º, "la matrícula, folio o registro de cualquier vehículo automóvil, embarcación o aeronave". La redacción de este precepto la acogió el Grupo Parlamentario IU-IC quien planteó, en el Congreso, la enmienda nº 797, con la finalidad de incluir en el art. 367 PrCP de 1994 la enumeración de documentos que incluía el art. 376 PrCP 1992, entre los que se considera documento la placa de matrícula, aunque tal enmienda no llegó a su debate en el Senado, pues fue rechazada sin ningún argumento clarificador en este sentido en la misma Comisión. Vid. Diario de Sesiones de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados-Comisiones, 6 junio 1995, núm. 512, pp. 15635-15636.

⁴⁰⁶La jurisprudencia alemana ha venido incluyendo dentro del concepto de documento a la placa de matrícula. Así puede observarse, entre otros, en el estudio jurisprudencial realizado por JESCHECK, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof in Strafsachen*, en GA, 1955, p. 105.

probatorios y documento, ya ha habido quien, manteniendo un concepto estricto de documento, ha puesto de manifiesto la necesidad de su incriminación específica⁴⁰⁷. Pero, por contra, también autores que tienden a dar un concepto amplio de documento⁴⁰⁸, e incluso alguno que sólo formalmente le otorga un sentido estricto a dicho concepto⁴⁰⁹, han postulado la improcedencia de equipararlos al documento. En España ya existen antecedentes que permiten afirmar que tales signos se entenderán incluidos en el art. 26 CP, así se manifiesta en la consulta 3/1997 de la Fiscalía General del Estado, que reconoce la cualidad de documento a la placa de matrícula con base en su relevancia jurídica⁴¹⁰, y en algún que otro fallo judicial⁴¹¹. Idéntico nivel de discusión han generado los llamados signos de cierre o precintos,

⁴⁰⁷De esta opinión KIENAPFEL, vid. nota 404.

⁴⁰⁸PUPPE, *Erscheinungsformen der Urkunde*, op. cit., p. 19, a pesar de mantener un concepto amplio de documento, entiende que el tratamiento que la jurisprudencia otorga a los signos en automóviles, equiparándolos a los documentos, descalifica la diferencia entre documento y signo de conocimiento, pues la autora entiende que no son más que esto último, pues considera que pueden contener una noticia, pero que en todo caso no proviene de quien ha puesto el signo.

⁴⁰⁹En tal sentido SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., p. 43, según quien la placa de matrícula del automóvil no es indicadora de quién es el tenedor del mismo, como ha dicho la jurisprudencia, sino sólo un medio de identificar al automóvil; y lo mismo afirma de los números de motor y de chasis de los automóviles, que según él no hacen reconocible al fabricante, sino que tal descubrimiento lo posibilitan otras circunstancias.

⁴¹⁰Reconoce esta consulta, de forma discutible, la relevancia jurídica de la placa de matrícula con base en que ha de figurar en el exterior del vehículo con carácter obligatorio, ha de reunir determinadas características técnicas para su homologación y su colocación en los vehículos y está sujeta a normas muy precisas, así como que tiene indudable valor probatorio en tanto que medio identificativo del vehículo, remontándose al art. 377.2.5º PrCP 1992 como argumento histórico para reivindicar su inclusión dentro del concepto de documento. Reconoce también esta consulta la condición de documento a los números de bastidor y de motor de los automóviles.

⁴¹¹Vid. SAP de Cáceres de 17 octubre 1996, que considera que el legislador de 1995 no tipificó la conducta expresamente por entender ya encuadrada en el art. 26 a la placa de matrícula como documento. Posteriormente, algunas SsTS mantienen la misma tónica, en lo que empieza ya a constituir doctrina jurisprudencial sentada. Cfr. STS 31 enero 1997 (RJ 881) según la que “la falsificación de matrícula de un vehículo automóvil prevista en el antiguo art. 279 bis CP no ha sido despenalizada. En efecto, la matrícula reúne los elementos que caracterizan a los documentos, toda vez que a través de su forma externa inconfundible corporiza una declaración de la autoridad correspondiente respecto del vehículo al cual se encuentra adherida, que es idónea tanto para probar quién es su propietario como la autorización para circular que concede dicha autoridad. En este sentido las matrículas quedan comprendidas en el art. 26 CP”. Lo mismo afirma en relación con los números de bastidor, razonando que “en estos casos se trata de signos firmemente ligados a un objeto que corporiza una declaración del fabricante respecto a la producción del vehículo que permite probar su identidad (...). También estos casos se cumplen las exigencias del art. 26 CP”. Ambos tipos de documentos son calificados en esta resolución de oficiales, lo mismo que en el Auto del TS de 23 abril 1997 (RJ 3294), referido solamente a la placa de matrícula, en que, además de los argumentos ya reseñados, se añade que “la posibilidad de que la aplicación de la falsedad de documento público fuese excluida en el Código penal derogado por la aplicación del principio de especialidad no implica que, desaparecido el precepto especial, no pueda ser aplicado el general, que subsiste en términos similares a los del Código penal precedente”. En el mismo sentido, SsTS 24 noviembre 1997 (RJ 8224), 9 diciembre 1997 (RJ 8741), 21 enero 1998 (RJ 74), 15 abril 1998 (RJ 3394), 27 marzo 1998 (RJ 4015). Sobre esta cuestión BACIGALUPO, en CONDEPUMPIDO (Dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, Ed. Trivium, Madrid, 1997, p. 910, reconoce como en este extremo la jurisprudencia del TS se ha dejado influir por la del BGH alemán, que considera documentos a los signos probatorios; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 14.

de los que la jurisprudencia alemana ha dicho que contienen una declaración de pensamiento, mientras parte de la doctrina discute esta afirmación⁴¹².

Hasta el momento hemos hablado de cómo la concepción mayoritaria entiende que el documento ha de representar una declaración de pensamiento, con todos los requisitos que a la misma son inherentes, lo que permite deslindar el documento de los llamados objetos perceptibles por los sentidos o indicios, o de los objetos con apariencia documental que son producidos por un aparato que funciona automáticamente -registros técnicos-, a pesar de que no se haya logrado con base en el concepto de declaración deslindar los signos probatorios de los de conocimiento. Sin embargo, el legislador penal de 1995 no ha incluido la expresión declaración de pensamiento en la definición de documento, por contra, en su lugar exige que el soporte incorpore datos, hechos o narraciones para alcanzar la consideración de tal. Por "dato" entiende el diccionario de la Real Academia Española el "antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de una cosa o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho"⁴¹³, por "hecho" concibe, en dos de las múltiples acepciones del vocablo, "cosa que sucede" o "asunto o materia de que se trata", mientras que "narración" es la "acción o efecto de narrar"⁴¹⁴. Estos términos, a la vista del significado que se les atribuye, resultan poco expresivos de aquello que ha de fijar el documento, constituyen un intento del legislador de exhaustividad a la hora de recoger todos los posibles contenidos que pueda fijar un documento. Ahora bien, tal enumeración, que pudiera parecer comprensiva de una amplitud mayor a la del término declaración de pensamiento⁴¹⁵, no debe hacernos perder de vista que lo que el documento ha de materializar es una tal declaración, cualquiera que sea su contenido, y con los requisitos a la misma inherentes - fundamentalmente la necesidad de emisión, la procedencia humana⁴¹⁶, y la consciencia de que se está representando la declaración cuando la misma se plasme sobre un soporte perdurable⁴¹⁷-, independientemente de que además se

⁴¹²En este sentido, PUPPE, *Erscheinungsformen der Urkunde*, op. cit., pp. 21-22, manifiesta que generalmente no corporeizan tal declaración, puesto que sólo sirven para acreditar la inalterabilidad del cierre, aunque en ocasiones pueden ser portadores de una declaración de pensamiento, como cuando ponen de manifiesto la procedencia o cualidad de un objeto, en cuyo caso son protegibles por medio de la falsedad documental; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms 37-38, afirma que los signos de cierre no contienen declaración alguna cuando sólo demuestran la incolumidad del objeto, puesto que, en su opinión, un signo sólo contiene una declaración de pensamiento cuando la función de la colocación del mismo consiste en que quien lo coloca responde jurídicamente del significado otorgado al signo, lo que no ocurre en los signos de cierre; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 20, afirma que los precintos no contienen declaración de pensamiento alguna; KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., p. 378-380, acerca de los casos en que la jurisprudencia ha considerado documentos a estos signos.

⁴¹³Aunque en una segunda acepción lo considera sinónimo de documento, testimonio o fundamento y, por último, lo equipara a la "representación de una información de manera adecuada para su tratamiento por ordenador".

⁴¹⁴Por narrar se entiende "contar, referir lo sucedido, o un hecho o una historia ficticios".

⁴¹⁵Según FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op.cit., p. 136, por soporte material que incorpore datos, hechos o narraciones, puede entenderse prácticamente todo, si bien las manipulaciones que sobre ellos se realicen no serán todas falsarias, sino sólo las que inciden en el aspecto probatorio que ostente el documento o a la relevancia jurídica que de él pudiera derivarse.

⁴¹⁶En este sentido vid. QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 506, para quien el dato, hecho o narración ha de reconducirse a su procedencia humana.

⁴¹⁷Según QUERALT, o. u. c., p. 503, lo decisivo es que un hombre haya querido plasmar tales datos, hechos o narraciones. Esta circunstancia resulta de especial interés en los llamados documentos directos, como las grabaciones sonoras o las cintas magnetofónicas, en que para poder hablar de documento será necesario que la persona

exija que ésta tenga valor probatorio o algún tipo de relevancia jurídica. Es decir, una cosa es que se entienda que el documento debe fijar una declaración de pensamiento, y que además la misma haya de albergar valor probatorio o algún tipo de relevancia jurídica, y otra considerar que los términos datos, hechos o narraciones no significan lo mismo que declaración de pensamiento de cualquier contenido, viniendo sólo seleccionados en virtud de la finalidad probatoria o la relevancia jurídica que les corresponda⁴¹⁸. Debe subrayarse que lo primero es más limitador que lo segundo, al excluir *ab initio* de la consideración de documento, por ejemplo, los objetos producidos por una máquina que en modo alguno pueda entenderse que contienen una declaración humana. Por ello, a pesar de que la necesidad de declaración de pensamiento en el art. 26 CP pueda inferirse de la conexión entre el concepto ontológico y el legal de documento, hubiera sido preferible que el referido precepto incluyera expresamente tal requisito⁴¹⁹.

2.1.2- Formas especiales de representación de la declaración

Existen una serie de supuestos ampliamente estudiados por la doctrina y jurisprudencia alemanas cuya conceptualización y tratamiento unitario ha sido posteriormente importado a países de la órbita latina en que la declaración no aparece fijada como lo es en la generalidad de los casos. La regla de fijación de la declaración, por lo menos en la concepción tradicional del documento como escrito sobre papel, la constituye la documentación de una declaración completa sobre un único soporte físico. Sin embargo, existen formas de corporalidad de la misma que escapan a esta regla genérica. Tales son los casos en que la declaración contenida en el documento no se expresa sino a través de la unión del mismo con un determinado objeto, del que el documento toma referencia, que puede ser bien un objeto perceptible por los sentidos u otro documento. Del mismo modo, existen casos en que la declaración no se encuentra fijada en un único soporte, sino por la unión de varios de ellos, que integran una declaración única, a pesar de tener un determinado sentido declaratorio por separado. Por último se dan supuestos en que la declaración no aparece completamente expresada en el soporte, sino sólo parcialmente.

Los primeros de estos casos excepcionales los integran los llamados documentos compuestos *-zusammengesetzte Urkunden-*, que para parte de la doctrina han de denominarse más correctamente documentos portadores de referencia *-trägerbezogene Urkunden-*⁴²⁰. La especialidad de estas formas

objeto de la grabación o filmación sepa que está siendo grabada o filmada; sobre esta cuestión vid. MONTÓN REDONDO, *El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas*, op. cit., pp. 1007-1008.

⁴¹⁸En tal sentido QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 294, considera que los datos, hechos o narraciones que contenga el soporte serán anodinos o indiferentes para el Derecho penal si no son capaces de servir a la demostración de algo que pueda tener significación jurídica, ya sea directa y expresa, ya sea funcional, expresión de datos cuya significación nace de su conexión potencial (cronológica, personal o material) con otros.

⁴¹⁹Consideran que la declaración es consustancial al concepto de documento aun a pesar de la definición que del mismo otorga el art. 26 CP, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 48 y ss.; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 302; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., pp. 772 y ss.; BACIGALUPO, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 908; LASCURAIN SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 166.

⁴²⁰De esta opinión, SCHROEDER, *Urkundenstraftaten an entwerteten Fahrkarten*, en JuS, 1991, p. 302, para quien la terminología es errónea, puesto que la esencia de este tipo de documentos no reside en el compuesto, sino en la referencia que el documento toma

documentales consiste en la unión firme de una declaración con un objeto perceptible por los sentidos sobre el que la primera toma referencia, de manera que sólo es comprensible en relación con esta referencia⁴²¹, pudiéndose hablar sólo de documento en tanto la unión permanezca, puesto que, en caso de separación de la declaración y el objeto al que la misma se refiere, desaparece la condición de documento de la unión. Característica fundamental para poder apreciar la existencia de tal forma de documento es la unidad perdurable entre objeto perceptible por los sentidos y la declaración, que no ha de ser necesariamente indestructible, pero sí ha de suponer una cierta permanencia⁴²², como ocurre con la unión de fotografía y texto en los documentos de identidad, o con la declaración de cotejo realizada por el funcionario competente unida con una fotocopia -siempre que se considere que la fotocopia es tan sólo un objeto perceptible por los sentidos-, conformando así la una copia autenticada.

Ahora bien, la declaración que toma como referente a un objeto puede ser expresada en signos que representen palabras, alfabéticos, o bien en signos que las sustituyan pero que contengan declaraciones de pensamiento⁴²³, como ocurre con la placa de matrícula o el número de chasis o de motor unidos con el automóvil⁴²⁴. De ahí que la problemática del documento compuesto esté tan íntimamente relacionada con la admisibilidad de los signos de prueba equiparados al documento, puesto que los mismos, en caso de admitirse, no son más que documentos compuestos⁴²⁵. De lo que se infiere que también en este ámbito se planteará la cuestión de la diferenciación entre signos de conocimiento y signos probatorios.

También puede ocurrir que la unión no se produzca entre un objeto con la condición de documento y otro que no la tenga -un objeto perceptible por los sentidos-, sino entre dos objetos a los que ya pueda atribuirse independientemente la cualidad de documento, es decir, cuando una declaración documental toma como referencia otra declaración documental⁴²⁶, como en el caso de un documento en

de un objeto, por lo que es más adecuado denominarlos documentos portadores de referencia; en el mismo sentido, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 140., nm. 25.

⁴²¹En este sentido vid., por todos, ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 184, nm. 486; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 312; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 172, nm. 16; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 359; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 171; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 298, nm. 694; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1375, nm. 13; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 87-88; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 75.

⁴²²En este sentido, BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 98; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., pp. 2017-2018, nm. 36 a; LAMPE, *Zusammengesetzte und abhängige Urkunden*, en NJW, 1965, p. 1746, establece la necesidad de existencia de dos objetos corporalmente independientes que son capaces de unirse eternamente mediante una tercera materia.

⁴²³En tal sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 87; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 52-58.

⁴²⁴Si bien FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., p. 1018, entiende que la placa de matrícula unida con el automóvil no es documento compuesto por faltarle la necesaria fijeza en la unión.

⁴²⁵Así PUPPE, *Die neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten-Teil 1*, en JZ, 1986, p. 938, reconoce la íntima relación existente entre los signos de prueba y los de conocimiento con las formas documentales especiales.

⁴²⁶En tal sentido CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2018, nm. 36 b; GEPPERT, *Zum Verhältnis der Urkundendelikte untereinander, insbesondere zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung (§ 267 und § 274.I Nr. 1 StGB)*, en Jura, 1988, p. 161; PUPPE, *Erscheinungsformen der Urkunde*, op. cit., p. 20.

que se escriture una fianza firmemente unido al precedente contrato de préstamo, o en el de las diferentes declaraciones con carácter documental fijadas sobre el impreso de una letra de cambio. Para distinguir estos supuestos de los documentos compuestos, un sector doctrinal utiliza el término documentos dependientes - *abhängige Urkunden*- acuñado por LAMPE⁴²⁷. La característica diferencial de estos documentos respecto de los compuestos es que en ellos cada una de las partes unidas tienen significado por sí solas, aun desprendidas de la unión, cosa que no ocurre con la declaración referida a un objeto perceptible por los sentidos que, separado de la declaración, no tiene significado declarativo alguno. Esta independencia de sentido, sin embargo, no obsta a que también respecto de los documentos dependientes, lo mismo que en los compuestos, la doctrina mayoritaria en Alemania, así como la jurisprudencia, hayan defendido que la protección contra la falsedad no se extiende solamente a la declaración que toma como referencia a un objeto u otra declaración, sino al complejo, de manera que el cambio del objeto de referencia pueda reputarse como falsificación o alteración del documento - piénsese en la sustitución de la placa de matrícula en un automóvil-, aunque tal interpretación no ha sido admitida por toda la doctrina⁴²⁸.

Otra especialidad en la fijación de la declaración la integran los llamados documentos complejos -*Gesamturkunden*- generalmente admitidos por la jurisprudencia alemana, pero muy contestados por la doctrina. Su especificidad consiste en la reunión de varios documentos individuales unidos para crear un todo ordenado con sentido, de forma que esa unidad tenga un contenido probatorio y declarativo que exceda del contenido de pensamiento de las singulares partes conformantes⁴²⁹. Los requisitos para su existencia han sido enunciados por la jurisprudencia alemana como sigue: ha de tratarse de la unión de varios documentos singulares, cuya organización, producción o llevanza venga determinada por la ley, los usos del tráfico o el acuerdo de los interesados, de forma tal que la unión sea perdurable, con apariencia de libro o con fijación semejante, sin que sea suficiente la reunión de varios documentos en un mismo envoltorio o sobre⁴³⁰, además de otros requisitos que ya no atañen específicamente a la función de perpetuación, por ser más cercanos a la probatoria⁴³¹. Casos prototípicos de los mismos son los libros de cuentas llevados por los comerciantes

⁴²⁷Vid. LAMPE, *Zusammengesetzte und abhängige Urkunden*, op. cit., pp. 1748, quien también utiliza para ellos las denominaciones “*in Bezug gesetzten Urkunden*”, “*Bezug nehmenden Urkunden*” o “*in Bezug genommenen Urkunden*”; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 89-90; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1375, nm. 13; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., pp. 1142-1143, nm. 8; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 77.

⁴²⁸Sobre las distintas posiciones de la doctrina en Alemania y el tratamiento de algunos de estos supuestos por la doctrina del Tribunal Supremo, vid. infra cap. II, apartado 2.1.1.

⁴²⁹Sobre el concepto vid., por todos, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 80; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 185, nm. 488; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 216; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 359; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 171; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 294, nm. 686; GEPPERT, *Zum Verhältnis der Urkundendelikte untereinander...*, op. cit., p. 162; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 74.

⁴³⁰Vid. CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2017, nms. 31-33; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 81-84; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Stargesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 62-68.

⁴³¹Como son la voluntad de todos los interesados de crear con el documento complejo una unidad de declaración y tener cada interesado el derecho, establecido por la ley o por el acuerdo, de utilizarlo como prueba.

o empresarios, o los libros de llevanza de los registros⁴³², aunque han llegado a considerarse como tales las papeletas electorales introducidas en una urna junto a la lista de votantes del censo. Sin embargo, aun con la cumplimentación de todos estos requisitos buena parte de la doctrina alemana se muestra reacia a la admisión de este tipo de documentos, sobre todo por la ampliación del tipo de falsedades a que pueden conducir, ya que la no inclusión o la separación de estos documentos singulares del todo, o el cambio de uno de ellos, pueden integrar una falsificación o alteración de documento⁴³³.

Para finalizar, la última forma de aparición específica de la declaración documental la integran los llamados documentos acortados o declaraciones acortadas -*verkürzten Kunden* y *verkürzten Erklärungen* respectivamente- que constituyen aquellas en las que sólo aparece una parte de la información, en las que la declaración o la indicación del autor no aparecen completas⁴³⁴, lo que determina la necesidad de un complemento externo. Las mismas suelen aparecer en declaraciones emitidas de forma masiva, como los billetes de transporte o las entradas de espectáculos o locales⁴³⁵. Se trata, en puridad, de un concepto colectivo para todo aquello que, a pesar de su reducida forma o contenido, es tratado por la jurisprudencia alemana como documento, lo que incluye a la mayoría de signos probatorios⁴³⁶. Por dicha razón, tampoco el concepto de declaración acortada resulta más clarificador que la contraposición signos de prueba-signos de conocimiento, pues todo se reduce al problema de observar caso por caso si el

⁴³²En tal sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 785, admite la existencia de este tipo de documentos porque el Ordenamiento jurídico positivo les atribuye a veces específicamente la cualidad de documento, como ocurre en los núms. 4, 5 y 7 del art. 596 LEC.

⁴³³Sobre esta cuestión vid. más ampliamente infra. cap. II, apartado 2.1.1. Manifiestan especial virulencia en el rechazo de esta creación jurisprudencial, LAMPE, *Die sogennante Gesamturkunde und das Problem der Urkundenfälschung durch den Aussteller*, en GA, 1964, pp. 323-332, en que afirma que al documento compuesto le faltan dos elementos del concepto de documento: la determinación del autor y la declaración de pensamiento, estableciendo que sólo el legislador puede crear esta institución, no la jurisprudencia, y formulando una propuesta para la criminalización de estas conductas; KIENAPFEL, *Zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung*, op. cit., p. 192; PUPPE, *Erscheinungsformen der Urkunde*, op. cit., p. 22, según quien esta composición no es adecuada para la perpetuación de declaraciones, pues falta el dominio de la declaración por parte del declarante.

⁴³⁴Sobre el concepto vid. SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit. pp. 73-79 y 89-91, quien diferencia entre acortaciones gramaticales (*grammatische Verkürzungen*) - cuyo caso paradigmático son las acortaciones estilo telegrama, las acortaciones simples (*einfache Verkürzungen*)-, en que se omiten elementos necesarios para la completa comunicación, las referidas a situaciones (*situationsbezogene Verkürzungen*) en aquellos supuestos en que hay acuerdo entre el receptor y el emisor sobre el objeto de la comunicación, y las referidas a representaciones (*vorstellungsbezogene Verkürzungen*), en las que no es necesario nombrar un objeto que ya ha sido determinado con anterioridad; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 313, quien incluye entre las mismas la firma del pintor en un cuadro, o un sello de correos; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, op. cit., p. 403, quien sólo les reconoce la condición de documento en tanto la ley o los usos de tráfico les otorgan un contenido declarativo, pero no cuando venga establecido por el acuerdo de los particulares; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 78-79.

⁴³⁵En tal sentido, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1142, nm. 6; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 372; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 26.

⁴³⁶En este sentido; KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., p. 91; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 78; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 169, identifica a las acortaciones con los signos probatorios.

objeto en cuestión contiene una declaración de pensamiento, lo que se pone de manifiesto cuando quien con mayor profusión ha utilizado el concepto de declaración acortada, SAMSON, la incluye dentro del concepto de documento sólo en los casos en que la acortación perpetúe un elemento singular de la declaración, puesto que entonces fijan al menos una parte de la misma, lo que ocurre siempre que la clave de los signos mediante los que se fija la declaración sea suficientemente estable⁴³⁷.

2.2- Función de garantía

La función de garantía desarrollada por el documento es aquella que se refiere a la reconocibilidad del autor en el mismo. El documento, en tanto fija una declaración de pensamiento, debe poder ser imputado a alguien como autor de la declaración y, del mismo modo, como autor del documento, del cuerpo al que la declaración se incorpora. Generalmente suelen coincidir el autor de la una y del otro, cuando el documento lo emite una única persona o varias que representan en él su acuerdo de voluntades. No obstante, existen determinadas formas documentales pensadas para que un sujeto, al que es inherente la condición de documentador -suele tratarse de un funcionario con este cometido-, escriba declaraciones que los comparecientes efectúan ante él. En estos últimos casos acostumbran a diferenciarse dos clases de autores en el documento, el autor en sentido substancial, la persona que hace la declaración o manifestación, y el autor en sentido formal, que suele ser el funcionario competente para autorizar el documento⁴³⁸.

Tanto en un caso como en otro lo esencial para que pueda hablarse de documento es la reconocibilidad del autor, esto es, que el mismo esté suficientemente indicado en el documento, que pueda deducirse del soporte de quién es emanación. El documento es obra humana y, en cuanto tal, ha de poder atribuirse a alguien, de lo que se infiere que no puede hablarse de documento en casos de ausencia de autor. En este último extremo coincide la generalidad de la doctrina⁴³⁹. En lo que no existe unanimidad es en la fijación del concepto de autor del documento, es decir, en el establecimiento de los criterios con base en los cuales puede afirmarse la imputación de la declaración que el documento contiene a un determinado autor, ni tampoco en qué signos ha de contener el documento para que en el mismo pueda considerarse señalado a un determinado autor. El orden lógico para la resolución de estos problemas será, en primer lugar, la

⁴³⁷Cfr. SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., pp. 129-135, incluyendo dentro del concepto de declaración acortada, pp. 135-141, lo que él llama signos unidos con una cosa -*mit eine Sache verbundenen Zeichen*- que no son más que los signos de prueba para la mayoría de la doctrina; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (1. Teil)*, op. cit., p. 531.

⁴³⁸En este sentido, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 330.

⁴³⁹La ciencia jurídica es unánime en orden a afirmar que sin autor no puede hablarse de documento, puesto que los autores bien expresamente, bien implícitamente cuando no reconocen la condición de documento al anónimo, rechazan la condición de documentos a aquellos en que no se menciona un determinado autor. Vid., por todos, ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., p. 65; NUÑEZ LAGOS, *Concepto y clases de documentos*, op. cit., p. 18; MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, op. cit., p. 339; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 595; BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 199; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, op. cit., p. 405; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 180, nm. 477; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 358; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 373.

exposición de las distintas teorías que han defendido concepciones diversas de autor por postular distintos criterios de imputación de la declaración a su emitente y, una vez fijado el concepto de autor, se esclarecerán los requisitos que haya de contener el documento para poderse afirmar que en el mismo aparece alguna persona identificable como autor.

2.2.1- Teorías fundamentadoras de la imputación del documento a su autor

Dentro del proceso analítico del delito de falsedad documental, la doctrina ha ido postulando distintas concepciones de autor en el documento que traen cuenta de la diversidad de criterios adoptados para explicar la imputación del documento y de la declaración en él contenida a una determinada persona. Tales concepciones, desarrolladas por la doctrina alemana, se han importado desde aquel país a los de la órbita latina, preferentemente Italia, España y Portugal. La sucesión de ellas se explica por las objeciones de que se han ido haciendo acreedoras las anteriores, generalmente por la incorporación de nuevas formas de documentación a las que no pueden aplicarse las viejas directrices, lo que ha propiciado que se vaya depurando el concepto de autor, sin que ello suponga en modo alguno que la doctrina alemana manifieste en la actualidad una opinión uniforme. De estas teorías las más importantes, por orden cronológico, son la teoría de la corporalidad o de la autoría formal -*Körperlichkeitstheorie* o *formelle Urheberlehre*, respectivamente-, la teoría de la espiritualidad⁴⁴⁰ -*Geistigkeitstheorie* o *materielle Urheberlehre*- y, como evolución ulterior de esta última, la teoría de la imputación jurídica, también llamada teoría material del autor referida al derecho civil -*materiell-zivilrechtsbezogene Ausstellerlehre*-.

A) Teoría de la corporalidad

Según esta tesis, la primera en asentar un criterio uniforme que permita determinar la imputación del documento a un determinado autor, lo esencial para establecer esa relación radica en el elemento de confección material del documento. Según su máximo representante, FRANK⁴⁴¹, debe reputarse como autor del documento a aquel que lo ha producido, en el sentido de que lo haya redactado o escrito, que lo haya confeccionado materialmente⁴⁴². De este modo, si el texto del documento proviene en su sentido de una persona distinta de quien lo ha firmado, ha de reputarse autor del documento al suscriptor, lo que supone que la declaración no podrá imputarse nunca a quien no haya intervenido físicamente en la confección del documento⁴⁴³. Tal conclusión tiene una traducción inmediata en los casos en que se firma con el nombre de otra persona, también llamados de falsedad consentida, en que el documento siempre será inauténtico, tanto si existe poder de representación como si no⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰Si bien en el momento en que la teoría de la materialidad se formuló existían ya defensores de la teoría de la espiritualidad, la generalización de esta última en la doctrina alemana se ha dado en épocas posteriores, a raíz de las críticas que ha suscitado la teoría de la corporalidad.

⁴⁴¹No ha sido, sin embargo, éste el único adscrito a esta tesis. Entre ellos pueden contarse también a autores como BRODMANN, ROCKS o PAGELS; sobre las concepciones defendidas por todos ellos vid. la exposición detallada efectuada por RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., pp. 38-52.

⁴⁴²Cfr. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, op. cit., p. 608.

⁴⁴³Vid. FRANK, *ibidem*.

⁴⁴⁴De esta opinión FRANK, o. u. c., p. 621. Sobre esta cuestión vid. más ampliamente infra cap.II, apartado 2.1.1.

Dicha tesis está actualmente superada en Alemania, por lo menos en opinión de la mayoría de la doctrina, debido a su inflexibilidad, puesto que no otorgaba una solución satisfactoria para la individualización del autor en determinados tipos de documentos; asimismo comportaba la declaración automática de inautenticidad del documento en otros, con la consiguiente ampliación del tipo de la falsedad que ello genera. Respecto de la primera cuestión, se ha objetado a esta concepción que no puede otorgar la condición de documento, por ausencia de indicación del autor, a aquellos casos en que las declaraciones documentales se producen en masa -que en Alemania reciben la denominación de *Vielfältigungen*-, generalmente mediante procedimientos de impresión, puesto que no suele aparecer en el documento el nombre del impresor⁴⁴⁵. Lo mismo cabría decir de los documentos producidos con un aparato técnico, que son ya tan usuales en el tráfico jurídico, y que según esta teoría no podrían nunca alcanzar la condición de documento, puesto que ningún ser humano los ha producido físicamente⁴⁴⁶. Respecto de la segunda cuestión, debería siempre afirmarse la inautenticidad del documento en aquellos casos en que una persona sirve a otra como ayuda en la escritura, puesto que quien aparecería como autor en el documento sería quien se ha servido del escribiente, mientras el documento lo ha confeccionado físicamente este documentador, lo que también sucedería en aquellos casos en que alguien firmase en nombre de otro teniendo un poder de representación⁴⁴⁷. De la misma forma en que no era capaz de solventar la problemática generada en los telegramas, sobre todo en los de llegada, que concebía como documentos propios emanados por el funcionario de correos, y no por el emisor⁴⁴⁸.

No obstante, FRANK no se mantuvo siempre tan tajante con la defensa de su teoría, defendiendo posteriormente una cierta espiritualización del concepto de autenticidad⁴⁴⁹, que tuvo una traducción inmediata en su concepción del autor del documento, acercándola a la propia de la teoría de la espiritualidad, pero sin llegar tan lejos como aquélla. La nueva orientación le condujo a admitir la espiritualización de la concepción de autor en lo referente a los escritos producidos en masa, por medios mecánicos, en que admitió que autor del documento podría serlo la persona de quien provenía en espíritu la declaración⁴⁵⁰, aunque no aplicó la misma solución a los documentos de firma consentida con nombre ajeno, que según él debían ser reputados inauténticos⁴⁵¹.

Ha sido justamente la declaración automática de la inautenticidad de la firma con nombre de otro la que ha propiciado que la doctrina mayoritaria en Alemania haya seguido la teoría de la espiritualidad, quedando obsoleta la que en su momento llegara a postular FRANK. Sin embargo, no ha faltado en aquel país

⁴⁴⁵En este sentido, SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 49, según quien, asumiendo la teoría corporal el autor de estos documentos debería ser siempre el impresor; PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 637, en cuya opinión la teoría corporal llevaría a que muchos escritos importantes en el tráfico jurídico, a falta de la reconocibilidad del autor, no serían documento.

⁴⁴⁶Apunta esta crítica, STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., pp. 30-31.

⁴⁴⁷En tal sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 25; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 59.

⁴⁴⁸Sobre esta cuestión, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 18 y 25, quien, consecuente con la tesis espiritual que él defiende, concibe el telegrama como duplicado, como declaración del emisor; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 49.

⁴⁴⁹Vid. FRANK, *Zur Lehre vom Zeichen mit fremdem Namen*, en ZStW, nº 32, 1932, pp. 93 y ss.

⁴⁵⁰Cfr. FRANK, o. u. c., p. 93, en que también aplica la tesis a las firmas realizadas mecánicamente.

⁴⁵¹FRANK, o. u. c., pp. 96-98.

quien, como STEINMETZ, después de observar las soluciones insatisfactorias a que en algunos casos podía llevar la tesis mayoritaria, haya preconizado un retorno a una teoría de la corporalidad modificada⁴⁵², en virtud de la cual autor del documento será aquel que físicamente escrive una declaración propia o quien utiliza en dicha producción un medio de ayuda técnico o humano⁴⁵³, esto es, se ayuda de un artilugio mecánico o de una persona que actúa como instrumento para fijar la declaración. Esto explica que no sea necesario que el autor del documento lo haya redactado físicamente, pero sí ha de haberlo firmado por lo menos⁴⁵⁴.

B) Teoría de la espiritualidad

La ausencia de respuesta que la teoría de la corporalidad otorgaba a casos como los arriba citados, en especial la inadmisión de la firma consentida con nombre de otra persona, es lo que motivó que la doctrina mayoritaria abandonase dicha teoría y asumiese la denominada tesis de la espiritualidad, claramente dominante en la actualidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas. Según esta concepción, no puede concebirse como autor del documento a quien lo ha confeccionado físicamente, sino a aquella persona de la que el mismo proviene en espíritu, que se encuentra detrás de la declaración, que se adhiere y se siente ligada a la misma⁴⁵⁵. No será pues decisivo para determinar el autor del documento quién lo ha confeccionado, sino quién responde de la declaración.

Dicha tesis, por lo menos durante un cierto lapso de tiempo sin ningún argumento en contra, es capaz de otorgar una fundamentación teórica que permita afirmar la autenticidad de los documentos en que el suscribiente los firma con nombre de otro pero con el consentimiento de éste; asimismo puede otorgar una respuesta adecuada, en orden a señalar a un determinado autor, en los casos de documentos impresos o en aquellos confeccionados con una ayuda técnica o humana. Todas estas razones explican su clara repercusión en el concepto de autor, en el seno del estudio de las falsedades documentales, tanto en Italia⁴⁵⁶ como en España⁴⁵⁷.

⁴⁵²De tal opinión, STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., passim, en especial, pp. 243 y ss.

⁴⁵³STEINMETZ, o. u. c., p. 252.

⁴⁵⁴STEINMETZ, ibidem.

⁴⁵⁵La práctica unanimidad de la doctrina alemana sostiene esta concepción. Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, op. cit., pp. 406 y 408; CRAMER, *Stragesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2014, nm. 16; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 170, nm. 13; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 168; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 99; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 303-304, nm. 711; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1371, nm. 2; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1144, nm. 14; SEIER, *Der Gebrauch falscher Namen und unzutreffender Zusatzbezeichnungen. Ein Beitrag zur Auslegung des Tatbestandes der Urkundenfälschung*, en JA, 1979, pp. 138-140, según quien ha de poderse dar una imputación objetiva entre declaración y declarante.

⁴⁵⁶Siguen esta teoría en dicho país, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., pp. 595, sin asumir explícitamente esta concepción, afirma que autor del documento no lo es necesariamente quien materialmente lo suscribe, sino aquella persona con cuyo nombre se forma el documento; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 51-52; FIORE, *Il falso autorizzato non punibile*, op. cit., pp. 330-331; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 40-41 y 66; GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, op. cit., p. 275; MAZZA, *Offensività e coscienza dell'antidoverosità della condotta nel falso documentale*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze...*, op. cit., pp. 19-20; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 572.

⁴⁵⁷En este sentido, QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op. cit., p. 55, quien acoge la teoría espiritual, si bien reconce que en nuestro país

Pero, tampoco esta tesis ha estado exenta de objeciones, sobre todo en los últimos años, y no ya en los países del ámbito latino que la han adoptado, sino también en el mismo país en el que surgió. Para los más modernos estudiosos del delito de falsedad documental en Alemania, la tesis de la espiritualidad presenta una serie de inconvenientes en su formulación originaria, por ello se va perfilando la adopción de una nueva concepción, que sin perder de vista a esta teoría, intenta concretar más el concepto de autor por ella otorgado. Entre las objeciones que han precipitado su parcial abandono en los últimos años se sitúa la de la indeterminación del concepto de autor del documento, puesto que aún no se han establecido los criterios conforme a los cuales el documento procede espiritualmente de su autor⁴⁵⁸. Se ha afirmado también que la denominación “teoría espiritual” es engañosa, dado que lo que al tráfico jurídico le interesa no es tanto quién se encuentre detrás de la declaración en espíritu, sino a quién pueda imputarse dicha declaración⁴⁵⁹. Asimismo, se le ha objetado a esta concepción que conduzca a una consecuencia diametralmente opuesta a la que motivó su surgimiento, ya que, si nació para limitar la tipicidad con base en el § 267 StBG que podía suponer la teoría de la corporalidad, ha conseguido llevar a una interpretación extensiva del tipo en determinados casos de representación abierta⁴⁶⁰. Por último, tampoco resulta admisible, según un sector doctrinal, que haga depender el concepto de autor de la voluntad, esto es, de que quien emite la declaración se sienta realmente ligado a ella⁴⁶¹, lo que, además de conducir a la indeterminación de la autoría del documento, conlleva insolubles problemas probatorios.

C) Ulteriores formulaciones de la teoría de la espiritualidad: normativización del concepto de autor.

Las objeciones a que se ha visto sometida la teoría espiritual, en su concepción inicial, han propiciado que un grupo de autores cada vez más numeroso en la doctrina alemana haya reformulado la teoría. Sin abandonar la base informadora de la misma, un concepto de autor del documento desligado del

no contamos, como en Alemania, con argumentos positivos para ello; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 326; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 142, cuando afirma que es necesaria la voluntad de la persona que firma o rubrica el documento de otorgar, mediante tal acto, el carácter documental al objeto sobre el que la firma se plasma, asumiendo de esta forma como suyo el contenido del documento y la paternidad del mismo. También parte de la doctrina latinoamericana ha acogido la tesis, exponente de ello es ROMERO SOTO, *La falsedad documental conforme al nuevo Código penal*, op. cit., p. 68; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. II, op. cit., p. 793.

⁴⁵⁸En este sentido, SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 51; de la misma opinión PUPPE, *Die Bedeutung der Geistigkeitstheorie für die feststellung des Urkundenausstellers bei offengelegtem Handeln für einen anderen*, op. cit., p. 1871, en que afirma que la teoría espiritual no dice por sí misma quién es autor de un documento, sino que remite la pregunta a la teoría de la declaración.

⁴⁵⁹Cfr. PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 60-61; quien también ha criticado a este teoría por la admisión que supone de los documentos ocasionales que ella rechaza, vid. PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 637.

⁴⁶⁰De esta opinión, ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 183, nm. 483; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 357; STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267)*, op. cit., p. 84, según quien la teoría de la espiritualidad, a pesar de suponer limitaciones en la punición de la representación encubierta, amplía la punición en casos de representación abierta de empresas y administraciones. Sobre esta cuestión vid. más ampliamente cap. II, apartado 2.1.2.

⁴⁶¹En tal sentido, STEINMETZ, o. u. c., passim., en especial, pp. 127-128.

redactor material, se han buscado vías que consigan una mayor concreción de los parámetros que permitan imputar la declaración a su autor. No se parte ahora tanto de lo que podríamos llamar imputación espiritual de la declaración a su autor, cuanto de la imputación jurídica. Esto es, el nexo que ha de existir entre autor y declaración no es tanto psicológico o volitivo cuanto jurídico o normativo.

Para los defensores de la teoría de la imputación jurídica, quienes más que de autor del documento prefieren hablar de declarante, se ha de establecer una clara diferencia entre la relación de imputación que une al declarante con su declaración y una segunda relación, que trae causa de la primera, y que es aquella que une a la persona para la que la declaración tiene efectos jurídicos materiales con la declaración misma, puesto que ambas personas pueden coincidir o no, en función de los casos, interesando sólo la primera de ellas para fijar quién sea autor del documento⁴⁶². Sobre la base de que el productor espiritual de la declaración tanto como su causante material no interesan al tráfico jurídico si no coinciden con el declarante⁴⁶³, se afirma que declarante es aquella persona que está unida por una específica relación jurídica con su declaración, de forma que lo esencial es ese específico nexo jurídico, que señala a la persona que ha de considerarse autor del documento. No será tan determinante para fijar esa relación la voluntad interna de declaración, sino lo que las normas civiles digan acerca de la imputación de la declaración a su autor, debiendo acudirse por tanto a disciplinas extrapenales, generalmente al Derecho civil o incluso al administrativo, para fijar si puede hablarse de la existencia de esa específica relación jurídica que ha de producirse entre autor y declaración⁴⁶⁴. No será la procedencia espiritual, equiparable con la voluntad interna, la que determina quién sea autor de la declaración documental, sino la normativa extrapenal que establece reglas para la imputación de una declaración a su declarante⁴⁶⁵.

⁴⁶²En este sentido, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 61, en que afirma la diferencia que existe entre las dos relaciones en el supuesto de representación abierta.

⁴⁶³Sobre esta cuestión, PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 637-638, para quien sólo el declarante es autor del documento, y no su autor espiritual o corporal, de tal forma que la relación entre autor y declaración es una específica relación jurídica, que se ha de diferenciar de la relación de hecho y de la causación de la declaración, y también de otras relaciones jurídicas de una declaración, como aquellas que unen a ésta con los interesados en el contenido. En parecido sentido, PUPPE, *Unzulässiges Handeln unter fremden Namen als Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 411 y 444; PUPPE, *Die Bedeutung der Geistigkeitstheorie für die Feststellung des Urkundenausstellers bei offengelegtem Handeln für einem anderen*, op. cit., p. 1871.

⁴⁶⁴En este sentido PUPPE, *Urkundenechtheit bei Handeln unter fremden Namen und Betrug in Mittelbarer Täterschaft - Bay ObLG, NJW 1988, 1401-*, en JuS, 1989, nº 29, p. 361, quien afirma que, en tanto que para el Código civil alemán, tal como se desprende de su § 116, lo esencial no es tanto la voluntad interna de declaración cuanto la voluntad manifestada, también ésta última deberá ser determinante para la fijación de la correspondiente relación jurídica entre declaración y declarante según el Derecho penal.

⁴⁶⁵De tal opinión, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 146, nm. 48; SAMSON, *Systematischer Kommentar*, op. cit., § 267, nm. 50; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 16; SCHROEDER, *Die Herbeiführung einer Unterschrift durch Täuschung oder Zwang*, en GA, 1974, pp. 229-230; PAEFFGEN, *Anmerkung, Beschluß des BGH v. 21.3.1985 -1 StR 520/84- (BGHSt. 33, 159)*, en JR, 1986, pp. 115 y 118, en que afirma que han de utilizarse los principios propios del Derecho civil al objeto de normativizar el concepto de autor; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 764, según quien autor del documento es aquél a quien puede imputarse el mismo en virtud de normas externas al Derecho penal, tales como las del Derecho civil o público; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 357; ZIELINSKI, *Urkundenfälschung durch den Vollmachtlosen Stellvertreter? -Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 24.6.1993 -4 StR 570/92- Wistra 1993, 266*, en Wistra, 1994, pp. 5 y

Se trata, en puridad, de una normativización del concepto de autor que permita establecer criterios más seguros que los de la indeterminada procedencia espiritual para su individualización, y que, en consecuencia, posibilite una mayor fiabilidad en la determinación de la autenticidad o inautenticidad del documento en casos de vicios en la formación de la voluntad, cuyas consecuencias se encuentran específicamente fijadas en Derecho civil, tanto alemán como español⁴⁶⁶

La mayor perfección en la concreción de criterios de imputación que permiten señalar a la persona del autor consecuencia de esta teoría, unida a la gran operatividad que la misma puede tener en las nuevas formas de documentación⁴⁶⁷, ha provocado su acogida por parte de la doctrina española⁴⁶⁸. Sin embargo, aunque sea ésta la tesis del concepto de autor que representa una mejor concreción si se la compara con las formuladas hasta el momento, su asunción puede llevar a consecuencias diametralmente opuestas a las que ha conducido en Alemania en los casos de actuar bajo nombre de otro, es decir, justamente aquellos que han provocado la evolución de las sucesivas teorías sobre el concepto de autor del documento en Alemania, teniendo en cuenta la distinta regulación de la cuestión en los Códigos penales español y alemán⁴⁶⁹.

Aunque la formulación del concepto de autor propia de la teoría de la imputación jurídica parece la más acabada dogmáticamente y la que día a día gana adeptos entre la doctrina alemana, con ella no se ha dicho la última palabra sobre el concepto de autor. Esto se demuestra tanto por la vuelta que algún autor ha preconizado a una teoría corporal modificada⁴⁷⁰, como por la nueva orientación que, partiendo de la teoría del bien jurídico en la falsedad documental mantenida por SAMSON, preconiza una diferente concepción del autor en los documentos dispositivos y testimoniales. En tal sentido, para RHEINECK, lo que el autor en los documentos dispositivos garantiza es la emisión de una determinada declaración de pensamiento, mientras en los documentos testimoniales lo esencial no es esto, sino la veracidad de la declaración en ellos incluida, con lo que no interesa tanto la persona del autor de esa declaración⁴⁷¹, lo que lo lleva a afirmar que la naturaleza divergente de uno y otro tipo de documentos determina también distinciones en la configuración de aquellas acciones falsarias que han de considerarse jurídicamente relevantes en tanto que falsedades documentales, y que tienen su reflejo en distintas caracterizaciones de la determinación del autor.

ss., según quien sólo cuando la declaración contenida en un documento es jurídicamente imputable a un autor puede el citado documento cumplir la función probatoria; FREUND, *Grunfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., pp. 1020-1021. En relación con esta cuestión, ya FRANK, *Zur Lehre vom Zeichen mit fremdem Namen*, op. cit., p. 93, estableció que la primera razón para la espiritualización del concepto de autenticidad es que la misma no es algo meramente físico, sino que se refiere a relaciones jurídicas.

⁴⁶⁶Sobre la solución a estas cuestiones vid. SCHROEDER, *Die Herbeiführung einer Unterschrift durch Täuschung oder Zwang*, op. cit., p. 230; OTTO, *Die probleme der Urkundenfälschung (§ 267) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 754, específicamente sobre la concurrencia del engaño. Sobre la solución a estas cuestiones teniendo en cuenta el Derecho civil español vid. infra cap. II, apartado 2.1.2.

⁴⁶⁷ZIELINSKI, *Urkundenfälschung durch den Vollmachtlosen Stellvertreter?*, op. cit., pp. 4-5, establece que la vuelta a las categorías de la imputación jurídica es inevitable al tratar la realidad de los documentos electrónicamente producidos, puesto que dada su producción maquina no resultan fácilmente imputables a un ser humano.

⁴⁶⁸En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 216-219; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 85; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 628; NÚÑEZ, *La estafa de crédito*, op. cit., p. 220.

⁴⁶⁹Sobre esta cuestión vid. infra cap. II, apartado 2.1.2.

⁴⁷⁰En este sentido STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., passim.

⁴⁷¹Cfr. RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., pp. 131-138.

Ninguna de estas dos últimas concepciones parece convincente, puesto que ambas manejan conceptos de autor no unívocos o constantes. Por un lado, la vuelta a la teoría de la corporalidad modificada propuesta por STEINMETZ determina que autor del documento lo será aquél que corporalmente lo haya confeccionado, salvo en los casos en que se trate de documentos producidos por medios de ayuda técnicos -como la impresión- o humanos, en que ha de acudir a un concepto de autor parecido al que preconiza la teoría de la espiritualidad. Por otra parte, tampoco la distinta naturaleza de las declaraciones testimoniales y dispositivas puede llevar, como ha hecho RHEINECK, a defender diferentes concepciones de autor en los documentos que las incorporan, sin que ello suponga negar que las especificidades propias de cada una de ellas no puedan conducir a que ciertas formas de falsedad documental puedan aplicarse con mayor facilidad a unas que a otras. De esto se infiere que, sin perjuicio de los posteriores desarrollos doctrinales, la teoría de la imputación jurídica constituye en la actualidad el más certero de los criterios para la determinación del autor del documento. Serán pues las respectivas disciplinas jurídicas que regulen cada uno de los tipos de documento -generalmente el Derecho civil y el administrativo- las que fijen a quién sea imputable como autor.

2.2.2- Signos de identificación del autor en el documento

Una vez fijado el concepto de autor del documento, debe establecerse qué señales identificativas del mismo han de encontrarse en el documento para poder reconocerlo. Sobre esta cuestión las opiniones de los distintos autores han sido discordantes, si bien pueden diferenciarse dos grandes posiciones; la que podríamos denominar formalista, una posición estricta que exige la firma del autor para admitir que el mismo es reconocible en el documento, y la tesis más laxa, que se contenta con la mera reconocibilidad del autor en el documento, se produzca ésta por el medio que sea. Cuál de las dos posiciones sea la seguida tiene mucho que ver con cuál sea la concepción de documento que se maneje, según sea estricta o amplia. Ello es así porque la necesidad de firma o suscripción en el documento sólo puede predicarse de aquellos escritos generalmente en papel. Por ello quienes han sostenido la necesidad de firma acostumbran a defender una concepción formalista del documento, mientras que quienes se contentan con la simple reconocibilidad del autor suelen ser también quienes preconizan una concepción amplia del mismo.

La precedente secuencia lógica permite establecer en qué sectores doctrinales, generalmente divididos en función de los países, se ha postulado una u otra opción. La doctrina alemana, sostenedora de una concepción amplia del documento, admite mayoritariamente que para considerar existente la indicación del autor en el documento basta con que el mismo sea reconocible en éste, aun cuando sea con ayuda de circunstancias externas al documento -pero no exclusivamente con base en ellas- y sin que sea necesaria la firma, esto aunque la indicación del autor sea entendible sólo para los interesados o para entendidos⁴⁷².

⁴⁷²En este sentido, vid., por todos, LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, op. cit., pp. 196-198; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 212; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, op. cit., p. 405, quien manifiesta expresamente que no concurre tal reconocibilidad cuando el autor sólo se haga reconocible por hechos que permanecen fuera del documento; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 143, nm. 36; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 308-309; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 169, nm. 8; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 354; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., pp. 98-99, quien admite que falta la reconocibilidad del autor cuando para su averiguación hayan de usarse medios de prueba que no se encuentren en el contenido del documento ni en las

En contraposición, parte de la doctrina de países latinos, concretamente la española⁴⁷³ y la italiana⁴⁷⁴, ha exigido la necesidad de suscripción o firma del documento, aunque ello no significa que no haya habido cada vez más autores que hayan abandonado exigencias tan formalistas⁴⁷⁵, ancladas en una concepción muy determinada del documento, ni que antaño no se hubiese seguido esta concepción más restringida en Alemania⁴⁷⁶.

Ciertamente la firma o suscripción es la forma usual en que el autor del documento aparece en el mismo, no en vano se ha generalizado la opinión de que

circunstancias sobre las que se ha dado al tráfico jurídico; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 292, nm. 679; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1144, nm. 14; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 531; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 29-36; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2013, nm. 14, en que reconocen expresamente que la firma no es necesaria para la confección de un documento; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 71.

⁴⁷³JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 478, quien considera que la firma es elemento esencial del documento; CUELLO CALÓN, *Derecho penal, t. II (Parte especial)*, op. cit., p. 257; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 522, según quien la firma es siempre exigible a no ser en los casos excepcionales en que la ley no la exija; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 326, quien admite que sólo cabe ausencia de firma en los documentos privados; FAUSTO MORENO, *Documento*, op. cit., p. 682, que incluso en los documentos privados exige la firma. También esta opinión se ha mantenido por parte de la doctrina latinoamericana, cfr. ETCHEBERRY, *El objeto material del delito de falsedad documental. Documentos y sus clases*, op. cit., p. 231; CARRERAS, *Los delitos de falsedades documentales*, op. cit., p. 53.

⁴⁷⁴MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 655, a pesar de que no exige en todo caso que sea autógrafa; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 595; SCARDACCIONE, *Scrittura Privata*, op. cit., pp. 810-811, quien exige expresamente que la firma ha de ser autógrafa; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 182, a pesar de que en determinados casos excepcionales admite la ausencia de firma; LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, op. cit., pp. 86-87 y 99-102.

⁴⁷⁵En tal sentido, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 330, para quien cabe la identificación del autor por otro medio que no sea la firma; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 253; NUÑEZ LAGOS, *Concepto y clases de documentos*, op. cit., p. 24; sin embargo, NUÑEZ LAGOS, *Reconocimiento de documento privado*, op. cit., p. 29, sólo considera que cabe ausencia de firma en los documentos privados; GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, op. cit., pp. 119-120; QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 53- 55; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 199, quien manifiesta que la firma no constituye el único medio que permite atribuir a su autor el documento, aunque entiende que es el más eficaz; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 141; SOTO NIETO, *Las falsedades en documento privado. El uso de documento falso como medio para cometer una estafa*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 167; DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil II*, op. cit., p. 322. En Italia, CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., p. 148; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 6, si bien sí la requiere en el documento privado; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 39; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 40; BOSCIA, *Delle falsità in atti*, op. cit., p. 3; MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., pp. 114-118; MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., p. 80, quien, a pesar de admitir que no es necesaria la firma, diferencia en función de la clase de documento.

⁴⁷⁶Cfr. KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., pp. 219-225, en que se recogen las dos teorías encontradas mantenidas por los Tribunales alemanes durante el pasado siglo. Por un lado, la Teoría estricta de la suscripción, que conceptuaba la firma como elemento esencial del documento y que siguió el *Preußische Obertribunal* y el RG sólo en relación con los documentos públicos y, por otro, la Teoría de la suscripción empírico-positiva, que consideraba la firma como un componente posible del documento, pero no necesario.

cumple dos funciones esenciales: la llamada indicativa, en cuanto que individualiza y aísla al autor, y la declarativa, ya que supone la asunción de la paternidad del documento por parte del firmante⁴⁷⁷. No obstante, existen otros métodos igualmente eficaces para reconocer al autor del documento. Entre ellos se encuentra la aposición de la huella digital, pues, contrariamente a lo que han sostenido algunos autores⁴⁷⁸, la misma es quizá la forma más segura de identificar a una determinada persona, al presentar dos características de las que la firma carece, que consisten en la inmutabilidad -en permanecer inalterables durante toda la vida de una persona- y la variedad -dado que cada humano tiene unas huellas diferentes-⁴⁷⁹. Es más, incluso el art. 191 del Reglamento Notarial⁴⁸⁰ admite su uso, pero aunque no fuera así, cabría acudir a ellas como signo identificador suficiente del autor. También las estampillas y sellos personales pueden servir para identificar al autor del documento⁴⁸¹, pero difícilmente cumplen este cometido los signos en forma de cruz con los que tradicionalmente han suscrito las personas analfabetas, dado que no suponen signo de individualización alguno⁴⁸². El uso de los sellos de empresa como forma de asumir la paternidad del documento se viene generalizando en la confección de documentos de carácter mercantil, mientras que la estampilla

⁴⁷⁷Sobre la doble función inherente a la firma vid. NUÑEZ LAGOS, *Reconocimiento de documento privado*, op. cit., p. 14; NUÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, op. cit., p. 459; CUELLO CALÓN, *Derecho penal, t. II (Parte especial)*, op. cit., p. 257; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 204; FOSCHINI, *La rilevanza penale del mandato a sottoscrivere*, en *Rivista Penale*, 1948, p. 471; BATTAGILINI, *Falsità in atti e uso della stampiglia*, en *La Giustizia Penale*, parte seconda, 1955, p. 262; SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, op. cit., p. 810.

⁴⁷⁸CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 252, entiende que no puede equipararse a la firma; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 33, considera que la huella digital no hace reconocible al autor, puesto que ha de acudirse, como ocurre con los informes grafológicos, a pericias que lo individualicen. En el mismo sentido, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 304, según quien la posibilidad de determinar el autor del documento por medio de pruebas periciales -como las huellas digitales o la caligrafía- no elimina la consideración de anónimo.

⁴⁷⁹En este sentido, MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, op. cit., p. 364.

⁴⁸⁰El precepto establece "Siempre que el Notario no conozca a cualquiera de los otorgantes y cuando, aún conociéndolos, éstos no sepan o no puedan firmar, podrá exigir que pongan en el documento la impresión digital, preferentemente de uno de los dos índices, antes de la firma de los testigos, haciendo constar el Notario en el mismo documento las circunstancias del caso".

⁴⁸¹En este sentido, MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, op. cit., pp. 360 y 367; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 596, que admite el uso de la estampilla personal en los documentos públicos cuando no lo prohíba la ley; SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 43-45. En sentido contrario, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit. pp. 665-667, quien sólo asume la validez del sello cuando expresamente la admita la ley, si bien admite en los documentos públicos el uso de timbres y estampillas personales siempre que la ley no vete tal posibilidad; BATTAGLINI, *Falsità in atti e uso della stampiglia*, op. cit., pp. 263-265, quien entiende que no pueden equivaler el sello o la estampilla a la firma autógrafa.

⁴⁸²En este sentido ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 595; SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, op. cit., p. 810. En sentido contrario, QUINTANO RIPOLLÉS, *La Falsedad documental*, op. cit., p. 179; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t.III, op. cit., p. 784; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 270; SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 44-45; MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 115, quien sólo le reconce validez al signo de la cruz en tanto que la ley se la reconozca expresamente; LESSONA, *Teoría general de la prueba en Derecho civil*, op. cit., pp. 105-109; LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und Rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., p. 111.

personal ha venido usándose tradicionalmente en la confección de documentos públicos por parte de autoridades, como lo demostraba la existencia del Capítulo I del Título III del anterior Código penal, rubricado “de la falsedad de la firma o estampilla del Jefe de Estado, firma de los Ministros, sellos y marcas”.

Teniendo en cuenta las nuevas formas de documentación que el art. 26 CP admite dentro del concepto de documento, es lógico que el precepto no se refiera a la necesidad de que el documento venga firmado, ni haga mención alguna a otros signos sustitutivos de la suscripción autógrafa, como pueden ser los sellos, estampillas o huellas digitales, puesto que difícilmente pueden utilizarse tales signos identificadores en un documento electromagnético o sonoro. Lo esencial, por tanto, no será la firma, sino, tal como ha dicho la doctrina alemana, la reconocibilidad del autor en el documento. Dicha reconocibilidad lo mismo puede venir dada por la firma -que no necesariamente habrá de ser autógrafa, que podrá ser ilegible, con siglas, o incompleta- como por cualquier indicación del autor en el documento, así que figure su nombre en el encabezamiento del mismo o dentro del texto de la declaración.

No es necesario, atendida la falta de exigencia del Código penal en este sentido, hacer referencia a las características que ha de tener la firma, acerca de su complitud, para tener eficacia de tal, dado que cualquier signo que individualice al autor ha de ser suficiente. Ahora bien, ha de bastar para poder designar a un autor determinado, sin que sea suficiente con que se aluda a un conjunto indeterminado de ellos o que sólo se indique el género⁴⁸³. Esto conduce a que no será válido designar al autor del documento refiriéndose a relaciones de parentesco -así suscribir como “vuestro padre”, “mamá”, “tu abuelo”- cuando no haya ningún otro dato en el documento que permita deducir la persona del autor, habiendo de acudir a circunstancias externas al propio documento para poder individualizarlo, dado que en estos casos la persona del designado podría variar en función de las circunstancias⁴⁸⁴. Pero no ha de confundirse la indeterminación del autor con que autores de un documento puedan serlo, además de personas físicas, también personas jurídicas públicas o privadas o entes administrativos.

2.2.3 - Ausencia de reconocibilidad del autor en el documento

La práctica totalidad de la doctrina, incluso la jurisprudencia en nuestro país⁴⁸⁵, afirma la necesidad de la reconocibilidad del autor para poder hablar de documento. Esto es, en tanto una de las funciones inherentes al documento es la de garantía -que supone que la declaración contenida en el soporte documental es atribuible a alguien que, por tanto, responde de la misma-, resulta consustancial a esta institución la designación de un determinado autor. De ahí que aquellas declaraciones fijadas sobre un soporte que no puedan atribuirse a un determinado declarante no puedan considerarse documentos. Cuando un escrito o soporte que

⁴⁸³En este sentido, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 143, nm. 36.

⁴⁸⁴En tal sentido, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 74, establece que la fijación de la identidad del autor en el documento no puede depender de circunstancias efímeras o pasajeras que después no puedan ser reconstruídas.

⁴⁸⁵Vid. STS 18 mayo 1992 (RJ 5862), establece que la persona que utiliza un anónimo denunciando unos hechos falsos que considera delictivos no comete falsedad documental. En este caso el documento sería el continente de un delito de injurias, calumnias o falso testimonio cuando los haya, puesto que la utilización de un anónimo para para manifestar un hecho falso no constituye falsedad documental.

incluya una determinada declaración no pueda imputarse a un autor se habla de anónimo, que no tendrá la consideración de documento⁴⁸⁶.

Ahora bien, dentro del amplio espectro de lo que se ha venido en denominar anónimo conviene establecer una clara diferenciación fijada por la doctrina alemana, que deslinda el anonimato abierto o manifiesto y el encubierto⁴⁸⁷, que, a su vez, debe diferenciarse del llamado documento innominado. Por documento innominado se entiende aquél en que el nombre del autor no aparece expresamente citado en el texto del documento, lo que no impide que el mismo sea reconocible por otras señales que aparezcan en el mismo documento o por circunstancias concomitantes a su emisión⁴⁸⁸. Por contra, el anónimo es aquel en el que no es reconocible la figura del autor, lo que puede suceder aun cuando aparezca en el texto el nombre de algún autor determinado, de ahí la diferencia entre anonimato abierto y encubierto.

Lo que caracteriza al anonimato abierto es la ausencia de cualquier referencia al autor del documento, al modo en que suele ocurrir con notas injuriosas que se mandan a un enemigo, aunque también se hayan incluido dentro de esta denominación a los escritos firmados con nombres literarios o históricos -como Cristóbal Colón o Miguel de Cervantes- e incluso los firmados con garabatos o firmas ilegibles, aunque los límites de tal concepto no están del todo claros⁴⁸⁹. Por contra, se habla de anonimato encubierto en los casos en los que el autor utiliza un nombre común -como Müller en Alemania, o García o Fernández en España- sin ninguna adición que permita reconocer al concreto autor⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶Vid., por todos, CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 255; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pp. 504 y 507; NUÑEZ LAGOS, *Concepto y clases de documentos*, op. cit., pp. 14-18; GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., p. 119; NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, op. cit., p. 113; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 304; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 671; GALIANI, *Falsità in scrittura privata*, op. cit., pp. 282-283. En sentido contrario, ETCHEBERRY, *El objeto material del delito de falsedad documental. Documentos y sus clases*, op. cit., p. 227, que considera que si un anónimo sirve de fundamento a la instrucción de un proceso por injuria o calumnia podrá servir de prueba en calidad de documento y su alteración posterior será inculparable a título de falsedad documental en alguna de sus formas; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 179.

⁴⁸⁷Acogen esta diferenciación, MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 55-57, en Italia; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 205-208 y BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial de Derecho penal*, op. cit., p. 327 en España.

⁴⁸⁸Sobre la diferencia entre documentos nominados e innominados, vid. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 31-34, para quien tales circunstancias concomitantes pueden proceder de las relaciones jurídicas, de la ley, de la costumbre o del acuerdo de los interesados.

⁴⁸⁹En este sentido TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 40; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2014, nm. 18; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 181, nm. 478; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 358; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 34; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1144, nm. 14; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 74; STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., p. 91. FRANK, *Zur Lehre von Zeichen mit fremdem Namen*, op. cit., p. 90, habla de anonimato encubierto en los supuestos de firma ilegible. También KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., p. 272, considera que los escritos en los que se firma con un nombre artístico o literario o con una firma ilegible forman parte del anonimato encubierto, no del abierto.

⁴⁹⁰En este sentido, vid. autores relacionados en cita anterior. Ampliamente sobre este concepto, SEIER, *Der Gebrauch falscher Namen und unzutreffender*

Se discute, no obstante, qué tratamiento haya que dar a los casos de anonimato encubierto. Esto es, parece claro que en el anonimato abierto se da ausencia de la condición de documento del escrito, pero dicha afirmación no puede aplicarse sin más a los supuestos de anonimato encubierto, en que habrá que atender a distintos parámetros para afirmar o negar la cualidad de documento. Los criterios que permiten el discernimiento son fundamentalmente atender a la intención del sujeto que confecciona el documento o a la impresión producida en el receptor o posibles receptores de la declaración. Según el primero de ellos, estaremos ante un caso de ausencia de la cualidad de documento cuando el autor se oculte tras el uso de un nombre común sin querer producir la impresión de que alguien determinado ha formulado la declaración, mientras que cabrá hablar de documento (inauténtico) cuando, a pesar del uso de aquel nombre común, se quiera fingir que una determinada persona ha efectuado tal declaración⁴⁹¹. En virtud del segundo de los criterios, lo esencial será el punto de vista del destinatario de la prueba, el autor ha de querer producir al receptor de la misma una falsa impresión, lo que ha de traducirse a nivel objetivo en que el escrito ha de poder producir una determinada representación sobre la identidad del autor, refiriéndose a un autor posible, para poder hablar de documento⁴⁹².

Ambos criterios son en realidad complementarios, puesto que a la intención del autor ha de corresponder la idoneidad objetiva del documento para producir la impresión de que lo ha confeccionado una concreta persona. Sin embargo, no son éstos operativos en el ámbito de la definición del concepto de documento, sino en el de la tipicidad objetiva y subjetiva del mismo delito de falsedad. Es decir, siempre que el instrumento en que se incluya una declaración contenga la mención de un determinado autor puede decirse que concurre la necesaria reconocibilidad del mismo y que se cumplen las condiciones exigidas para otorgarle la condición de documento. Cuestión distinta será si la mención es o no creíble y si se ha hecho con la intención o no de engañar a las personas que intervienen en el tráfico acerca de la identidad del declarante, puesto que tales cuestiones pertenecen a la tipicidad del delito de falsedad documental y no a la previa fijación del concepto de documento. Por ello, en esta sede, es más correcto considerar que sólo puede excluirse *ab initio* la condición de documento de los anónimos caracterizados por la ausencia de toda referencia al autor⁴⁹³, lo que no incluiría siquiera a todos los supuestos de anonimato abierto, dado que también pertenecen a esta figura los escritos suscritos con nombres históricos o literarios, determinados pseudónimos y firmas ilegibles. Como mucho, la condición de documento podría excluirse en estos casos partiendo de un criterio objetivo, pero sin tener en cuenta en ningún caso la intención del autor del documento⁴⁹⁴.

2.2.4- La condición de documento de las copias simples y las fotocopias

Zusatzbezeichnungen, op. cit., pp. 135 y 140, en que critica a KIENAPFEL por la consideración que el mismo hace de que todo escrito que contenga el nombre de un determinado autor ha de tener la consideración de documento.

⁴⁹¹En tal sentido TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 42.

⁴⁹²De esta opinión, SEIER, *Der Gebrauch falscher Namen und unzutreffender Zusatzbezeichnungen*, op. cit., pp. 135-140.

⁴⁹³De esta opinión, KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., pp. 271-272, según él toda indicación de un nombre, también la firma acortada o ilegible, produce la impresión de que el escrito proviene de una determinada persona, por ello el escrito se ha de considerar documento, que será inauténtico cuando el autor aparente no coincida con el autor real del documento.

⁴⁹⁴En este sentido, STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., pp. 95-102.

Una de las cuestiones más discutidas acerca de la amplitud del concepto de documento ha sido la relacionada con la naturaleza documental de las copias simples y de las fotocopias. No sólo en relación con las fotocopias se ha planteado esta cuestión, sino también con todo el grupo de objetos denominados en Alemania *Ablichtungen*, que incluyen, además de las fotocopias, a las xerocopias, microfilms y microfichas. Característica de todos estos objetos es constituir la reproducción fotográfica de un documento original, y es justamente esta propiedad la que ha determinado que se ponga en duda su condición de documento. Causa de negación de su carácter de documento ha sido que los mismos no contienen una declaración de pensamiento, sino que reproducen otra ya existente⁴⁹⁵. Para lo que aquí interesa, razón de peso en muchas ocasiones para llegar al mismo resultado ha sido que no hacen reconocible a la figura del autor de la reproducción, pues al constituir reproducciones fotográficas de una declaración original hacen reconocible al autor del documento originario, pero no al del duplicado, de manera que el autor del original no responde de la identidad de éste con la fotocopia⁴⁹⁶.

En puridad, para las fotocopias, a las que se equipara a las copias simples a efectos de la falsedad documental, se ha considerado que no alcanzan la condición de documento porque les faltan los elementos constitutivos del mismo, esto es, la reconocibilidad del autor y la misma materialización de la declaración⁴⁹⁷. Ahora bien, han de diferenciarse las copias simples, que consisten en la mera reproducción de un documento original sin que el copiadore asegure la correspondencia de original y copia, de las copias autenticadas o legalizadas, que contienen una declaración de un funcionario competente añadida a la copia en la que se declara la correspondencia de la misma con el original⁴⁹⁸. En relación con

⁴⁹⁵Ya FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, op. cit., p. 612, manifestó que la copia no era documento, puesto que no es la declaración, sino la reproducción de una declaración; en tal sentido WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, op. cit., p. 407, quien pone el acento, además, en la falta de capacidad probatoria de la copia; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, pp. 143-144, nms. 38-39; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 99; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1374, nm. 12 a; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 46; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 99.

⁴⁹⁶MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 213; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 181, nm. 479; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 313; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 172, nm. 17; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 360; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 35; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung, (1. Teil)*, op. cit., p. 531; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1145, nm. 16; PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 635, quien establece que en la fotocopia suele faltar la autorización del autor para introducirla en el tráfico jurídico.

⁴⁹⁷Ampliamente sobre esta cuestión, KIENAPFEL, *Zur Urkundenqualität von Fotokopien, Xerokopien und Abschriften. Betrachtung aus Anlaß der Entscheidung des BGH v. 11.5.1971*, en NJW, 1971, p. 1871; ZACZYK, "Kopie" und "original" bei Urkundenfälschung, en NJW, 1989, p. 2525; GEPPERT, *Zur Urkundsqualität von Durchschriften, Abschriften und insbesondere Fotokopien*, en Jura, 1990, p. 272; WELP, *Die Urkunde und ihr Duplikat*, en *FS für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Beiträge zur Rechtswissenschaft*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, pp.514-515.

⁴⁹⁸En relación a la diferencia entre uno y otro tipo de documento y al valor probatorio que nuestras leyes les conceden vid. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, t. II (Parte especial)*, op. cit., p. 258, quien admite que las copias y fotocopias legalizadas tienen el carácter de documento; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 775, quien considera que las copias relacionadas en el art. 1220 CC tienen la consideración de documentos públicos; BLANQUER UBEROS, *Copia*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I,

estas últimas se ha afirmado sin ninguna fisura su cualidad de documento, si bien se considera que esta cualidad no puede predicarse del texto copiado, sino de la marca de autenticación a él añadida, constituyendo esta marca -que toma como objeto de referencia a la copia- un documento compuesto⁴⁹⁹. También de las copias simples, e incluso de las compuestas, han de diferenciarse los duplicados que pueden hacerse de un documento, que no son más que ulteriores originales que contienen la misma declaración y de los que, por tanto, puede predicarse su cualidad de documentos⁵⁰⁰. Esto es así bien si los varios ejemplares del documento se efectúan simultáneamente⁵⁰¹ -como suele ocurrir en los casos de conclusión de contratos, en que cada uno de los intervinientes se hace con un ejemplar-, ya si la confección de los mismos es sucesiva, puesto que lo fundamental es que el autor del original autorice la emisión de tales ulteriores ejemplares -así suele ocurrir en aquellos documentos producidos en masa, generalmente por medios de impresión mecánicos-. Ha de tenerse además en cuenta que lo mismo se ha considerado duplicado la reproducción física de una declaración originaria o la transmisión de datos producida mediante correo electrónico, telefax o télex⁵⁰².

Aunque la naturaleza no documental de la copia simple no ha sido contestada por ningún autor en Alemania, la situación no ha sido pacífica por lo que respecta a la fotocopia, dado que la misma tiene una serie de características de las

pp. 1733 y ss, en que equipara en efectos a las copias públicas de matrices obrantes en protocolos, puesto que la ley las considera documentos públicos; FAUSTO MORENO, *Documento*, op. cit., sobre la diferencia entre primera y segundas o posteriores copias; CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y compliaciones forales*, op. cit., pp. 174 y ss, en que diferencia a las copias fehacientes, que tienen eficacia probatoria en sentido estricto, de las simples, porque las primeras son las autorizadas por el funcionario público competente dando fe de que la transcripción se corresponde efectivamente con el original, mientras que a las simples les falta una autenticación semejante y agotan su eficacia en una primera finalidad informativa, aunque reconoce que la eficacia probatoria de las copias fehacientes es menor que la de los documentos originales; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil. t. I*, op. cit., p. 561, sobre la diferencia entre copias simples y copias auténticas.

⁴⁹⁹Cfr., como muestra, WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 170; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 144, nm. 39; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 181, nm. 480; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit. p. 99; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 37; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1374, nm.12a; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 46; GEPPERT, *Zur Urkundsqualität von Durchschriften, Abschriften und insbesondere Fotokopien*, op. cit., p. 272; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 72.

⁵⁰⁰En este sentido, por todos, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 96; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2018, nm. 41; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 181, nm. 479; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 309; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 172, nm. 17; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 169; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 407; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1145, nm. 15.

⁵⁰¹Sobre la distinción entre duplicados simultáneos y sucesivos vid. MIRTO, *Atti originali plurimi, atti complessi e atti composti e idoneità dell'azione nel delitto di falsità in atti*, en *Archivio Penale*, 1947, parte seconda, p. 261, en que distingue entre duplicados contemporáneos y no contemporáneos; sobre la misma cuestión MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 209.

⁵⁰²De tal opinión, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 45, quien entiende que la emisión de una declaración de pensamiento también puede producirse mediante estos instrumentos, por lo que el resultado de la transmisión tiene la consideración de original; ZIELINSKI, *Urkundenfälschung durch Telefax*, en *Computer und Recht*, 5, 1995, pp. 286 y ss.

que carece la copia tradicionalmente entendida, al suponer la reproducción íntegra de todos los elementos del documento original, incluida la indicación del autor que el mismo incorpora. Es más, la perfección en la reproducción de los originales alcanzada por los aparatos copiadore de última generación hace dudar cada vez más acerca de la corrección de separar a las fotocopias del documento original, atendiendo a que se hace progresivamente más difícil diferenciar a simple vista el original de la fotocopia⁵⁰³.

Estas razones han propiciado que el debate acerca de la cualidad documental de las fotocopias no sólo se haya sostenido en Alemania, sino que ha alcanzado a países como Italia o España, en que cierto sector doctrinal les ha reconocido la cualidad de documento⁵⁰⁴. Pero donde mayor trascendencia ha tenido esta cuestión en nuestro país ha sido a nivel jurisprudencial, puesto que son múltiples las resoluciones que el Tribunal Supremo ha emitido sobre el particular en los últimos años. Sin embargo, la doctrina del alto Tribunal no es uniforme, pues en ocasiones, las menos, ha negado la condición de documento a las fotocopias, mientras en otras resoluciones afirma su cualidad de tal, incluso atribuyéndoles condición de documento público, oficial o mercantil. En los pocos casos en que ha considerado que las fotocopias no pueden ser objeto de la falsedad documental, la

⁵⁰³En este sentido, WELP, *Die Urkunde und ihr Duplikat*, op. cit., p. 512.

⁵⁰⁴En Italia llegan a esta conclusión, CARNELUTTI, *Falso in copia fotografica di scrittura privata*, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1953, pp. 355-357, admite la necesidad de incriminar la falsedad cometida en reproducciones fotográficas de documentos privados, si bien concluye que no puede aplicarse el art. 485 CP italiano a estos objetos por impedirlo el art. 2 del mismo cuerpo legal, aunque entiende que debería subsanarse tal vacío legal; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 61; MALINVERNI, *Il falso in riproduzione fotografica*, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1956, pp. 112 y ss, considera, con base en que la fotocopia reproduce exactamente al original, que la misma no debe valer como copia, sino como duplicado, pues se corresponde con un segundo original del documento al que reproduce; CANTARANO, *Le falsità documentali nella Giurisprudenza*, op. cit., p. 141, establece la equivalencia de la fotocopia con el documento privado. En España, MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (Parte especial) III*, op. cit., p. 515, les reconocen la condición de documentos; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 508, considera que la afirmación de que sólo el original es documento se ha de matizar cada vez más, conceptuando que la fotocopia ha de considerarse como tal cuando se presenta como original; BONE PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, op. cit., pp. 128-129, no sólo considera a la fotocopia como documento, sino que entiende que la misma acoge el carácter privado, público u oficial del documento original; GRANADOS PÉREZ, *Falsedad documental: nuevas perspectivas*, en *AAMN*, t. XXXV, 1996, p. 113, quien manifiesta que las fotocopias no autenticadas tienen la consideración de documentos privados; LLORCA GARCÍA, *El documento como objeto material de los delitos de falsedad documental: su concepto y naturaleza*, op. cit., pp. 198 y ss., quien admite que las fotocopias cumplen con las tres funciones inherentes al documento, si bien considera documentos privados las fotocopias presentadas al tráfico como tales. En sentido contrario, por todos, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 713; GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, op. cit., p. 304; MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 215; BACIGALUPO, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 910, quien afirma que sólo las fotocopias autenticadas son documentos, careciendo de función probatoria aquellas que no lo han sido, en contradicción con parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 13-14; CÓRDOBA RODA, *Documento oficial por destino y fotocopias de documentos en los delitos de falsedades*, en *La Ley*, 1998, Diario 4666, pp. 1 y ss, considera que las fotocopias no tienen la condición de documento, salvo que sean autenticadas por un sujeto investido de fe pública. En semejante sentido, aun sin pronunciarse claramente, ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 777; CARRERAS, *Los delitos de falsedades documentales*, op. cit., p.54, quien niega la cualidad de documento de la copia ni autenticada.

jurisprudencia ha entendido que las mismas sí pueden ser medio idóneo para cometer el delito de estafa⁵⁰⁵, aunque en la mayoría de resoluciones ha optado por considerar documento tanto las fotocopias adveradas como las no adveradas. En estos últimos casos ha habido fallos que diferencian la relevancia de las que contienen la marca de adveración y las que no⁵⁰⁶, pero generalmente han tendido a reconocer a las fotocopias no adveradas la condición de documento, mercantil u oficial, e incluso público, en función de los distintos supuestos⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵En tal sentido, cfr. STS 7 octubre 1991 (RJ 7014) en que el Tribunal Supremo, con clara influencia de la doctrina alemana en esta ocasión, cambia su propia jurisprudencia, manifestando que la fotocopia no puede ser objeto de la falsedad por no cumplir las tres funciones propias del documento, puesto que no contienen una declaración de voluntad, de manera que sólo son documento cuando están legalizadas, dado que esa legalización es el documento mismo, aunque reconoce que cuando no lo estuvieran pueden ser medio para cometer estafa; en el mismo sentido STS 14 abril 1992 (3046).

⁵⁰⁶Cfr. SsTS 1 febrero 1989 (RJ 1327) en que se establece que la fotocopia autenticada tiene valor documental idéntico al del original, pero admite que la fotocopia en general es instrumento idóneo para la falsificación; 31 marzo 1992 (RJ 2544) en que reconoce la cualidad de documento específicamente a las fotocopias adveradas y a las fotocopias no adveradas, pero sin fijar las diferencias entre ambas; 1 junio 1992 (4747) que considera que la fotocopia no autenticada no puede ser documento oficial y sólo puede tener la consideración de documento privado; 7 octubre 1992 (RJ 7813) entiende, como la anterior, que la falsificación de fotocopia no autenticada puede considerarse documento privado; 6 mayo 1993 (RJ 3852) en que admite que la fotocopia que no esté autenticada ha de considerarse documento privado; 9 febrero 1996 (RJ 819), para la que las fotocopias de tarjetas de transporte compulsadas por un funcionario de la respectiva Delegación de Transportes constituyen documentos privados; 25 febrero 1997 (RJ 1373), para la que la fotocopia "sólo tiene carácter de documento cuando está certificada, en tanto que la naturaleza intrínseca del documento exige se perpetúe y pruebe su contenido, garantizando la identidad de quién ha emitido la declaración de voluntad", razonando además que la naturaleza de documento oficial del original no se traslada a la fotocopia sino por adveración, aunque, con ciertos recelos, reconoce la cualidad de documento privado de la fotocopia no adverada.

⁵⁰⁷SsTS 3 junio 1982 (RJ 3460) en que considera documento público a la fotocopia de un documento judicial al que se le añade el sello del juzgado; 24 febrero 1983 (RJ 1722) en que considera documento oficial a las fotocopias de documentos oficiales, concretamente de un permiso de conducir; 24 mayo 1983 (RJ 2792) que reconoce la cualidad de documento a toda fotocopia sin hacer distinciones; 27 septiembre 1983 (RJ 4587) en que se afirma expresamente que la fotocopia adverada de un documento oficial ha de considerarse documento oficial; 19 noviembre 1986 (RJ 6982) para la que la fotocopia de un certificado de bachillerato ha de considerarse documento oficial; 18 julio 1987 (RJ 5555) que considera a una fotocopia simple como documento mercantil; 11 septiembre 1987 (RJ 6331) que reconoce implícitamente que las fotocopias pueden considerarse documento mercantil u oficial; 9 febrero 1989 (RJ 1525) en que el Tribunal se plantea la naturaleza oficial de la fotocopia de un documento oficial, y la acaba admitiendo por destino o incorporación de la citada fotocopia a un expediente oficial; 14 abril 1989 (RJ 3095) en que admite el carácter de oficial de una fotocopia por haberla incorporado a un concurso de plazas públicas; 16 marzo 1990 (RJ 2548) que considera que las fotocopias son instrumentos idóneos para llevar a cabo falsedades documentales sin hacer más distinciones; 1 abril 1991 (RJ 2543) que considera documento mercantil las fotocopias de boletines de suscripción de valores; 18 marzo 1992 (RJ 2361), en que se consideran documentos mercantiles a las fotocopias de facturas y albaranes; 14 mayo 1992 (RJ 4033) en que se considera la fotocopia de un documento creado por particular cuyo único destino es ser incorporado a un expediente público como documento oficial; 20 noviembre 1992 (RJ 9619) en que se consideran documentos oficiales las fotocopias de recibos entregados por una Consejería de Sanidad, Trabajo y Seguridad Social; 12 marzo 1993 (RJ 2158) en que el Tribunal Supremo no discute la calificación de documento oficial de la fotocopia de una certificación académica que había efectuado la Audiencia Provincial cuya resolución fue casada; 19 marzo 1994 (RJ 2371) en que se consideran documentos mercantiles las fotocopias a color de hojas de ruta de un autobús; 31 marzo 1997 (RJ 2815) en que se condena por falsedad en documento

Como antes se afirmó, en los últimos tiempos han aparecido en Alemania opiniones tendentes a incluir a las fotocopias dentro de alguno de los soportes en que el Código penal alemán admite que pueden operarse falsedades documentales, aduciendo generalmente razones de política-criminal como justificadoras de estas tentativas, en el sentido de que las fotocopias son utilizadas en el tráfico jurídico actual casi como los originales⁵⁰⁸. Tales tesis vienen a incluir estos portadores bien dentro del concepto de documento⁵⁰⁹, bien dentro del de registro técnico⁵¹⁰ introducido en el § 268 StGB⁵¹¹. Pero contra uno y otro intentos existen objeciones, pues, por una parte, se ha afirmado que la consideración de la fotocopia como documento, en tanto no hace reconocible a su autor, además de no fijar una declaración de pensamiento, supondría la inclusión de objetos de protección en las falsedades documentales que no tendrían autor conocido, con lo que vendrían a considerarse documentos escritos anónimos⁵¹², además de premiarse la negligencia o pereza de intervinientes en el tráfico jurídico que confían en la autenticidad de una fotocopia lo mismo que en el original⁵¹³. Por otra parte, tampoco su consideración como registro técnico ha convencido a la mayoría de la doctrina, dado que se considera que el aparato copiator no funciona de manera automática, al ser quien efectúa la reproducción del documento el que decide el

oficial al empresario que efectúa una alteración en impresos TC 1 y TC 2, fotocopíandolos posteriormente y presentando tal reproducción en la correspondiente Tesorería de la Seguridad Social; 22 noviembre 1997 (RJ 8356) que considera documento oficial la fotocopia de una cédula de habitabilidad.

⁵⁰⁸En este sentido SCHRÖDER, *Anmerkung. Urteil des BGH 1. StS v. 11.5.1971- 1 StR 387/70*, en JR, 1971, pp. 469-479; en contra KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährschaftsträger*, op. cit., p. 93.

⁵⁰⁹De esta opinión, FREUND, *Zur Frage der Urkundeneigenschaft von Fotokopien. - Bay ObLG, NJW 1990, 3221-*, en JuS, 1991, pp. 725-727, según quien se ha de afirmar la condición de documento de la fotocopia cuando existe una confianza digna de protección en el tráfico jurídico referible a cualquier declaración materializada, siendo que la existencia de tal interés en la imputación de una declaración a su autor es difícil de negar en las fotocopias, puesto que lo importante en la fotocopia no es reconocer a quien ha hecho la reproducción, dado que al tráfico jurídico no le interesa esto, sino quien confeccionó el documento original, lo que se hace evidente en las fotocopias; en el mismo sentido, FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten, 2. Teil*, op. cit., p. 1022 y 2. Teil, en JuS, 1994, p. 36; ZIELINSKI, *Urkundenfälschung durch Telefax*, op. cit., pp. 287 y ss., para quien en todos los supuestos de *Ablichtungen* -que él denomina *Fernkopien*- puede admitirse la condición de original de la copia siempre que la reproducción haya sido autorizada por el autor del original; HEINRICH, *Mißbrauch gescannter Unterschriften als Urkundenfälschung*, en *Computer und Recht*, 10, 1997, op. cit., p. 626, para quien a fotocopia ha de tener la consideración de documento cuando por su cualidad se parezca a un original

⁵¹⁰En este sentido, SCHRÖDER, *Anmerkung*, op. cit., p. 469-470, quien tras negar que la fotocopia, a diferencia del duplicado, no haga reconocible a su autor, concluye afirmando que no es necesario interrogarse acerca de la cualidad documental, puesto que su falsedad, como registro técnico que es, puede tipificarse con base en el § 268 StGB; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2018, nm. 42; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 268, nm. 9; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (1. Teil)*, op. cit., p. 531; KAUFMANN, *Die Urkunden- und Beweismittelfälschung im Entwurf 1959*, op. cit., p. 427.

⁵¹¹Sobre este precepto vid. infra cap. II, apartado 1.3.2.

⁵¹²En tal sentido, KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährschaftsträger*, op. cit., p. 95; KIENAPFEL, *Zur Urkundenqualität von Fotokopien, Xerokopien und Abschriften*, op. cit., p. 1782.

⁵¹³De esta opinión, KIENAPFEL, *Zur Urkundenqualität von Fotokopien, Xerokopien und Abschriften*, op. cit., p. 1784. Para KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährschaftsträger*, op. cit., pp. 100-102, se iría contra el principio de los portadores de garantía diferenciados con la criminalización de la falsedad en la fotocopia, por lo que postula que han de protegerse en forma de contravención (*Ordnungswidrigkeit*).

resultado del proceso mecánico, sin que el aparato haga nada más que reproducir el *input*⁵¹⁴.

Sin embargo, ha de admitirse la cualidad documental de la fotocopia siempre que la misma se presente como original⁵¹⁵. Esto es, atendiendo a que las máquinas fotocopadoras actuales, incluyendo las de color, tienen tal calidad en la impresión que en muchas ocasiones se hace difícil distinguir a la muestra de la copia, siempre que la fotocopia se utilice como original cabrá considerarla documento. Lo mismo puede decirse cuando el autor del original haya autorizado la emisión de la fotocopia, pues entonces no estamos tanto ante una copia como ante un duplicado, lo que bien podrá hacerse con un signo identificativo del autor puesto en la fotocopia -como por ejemplo un sello o la firma- y determinará, al igual que en el caso anterior, que la cualidad de público, oficial o mercantil del documento original se transmitirá a la fotocopia. El problema se produce cuando la fotocopia se utilice como tal y no conste que su reproducción la ha autorizado el inicial declarante. En estos supuestos ha de tenerse en cuenta que, con las técnicas documentadoras utilizadas en la actualidad, se van desdibujando cada vez más las diferencias entre duplicado y copia⁵¹⁶. Sólo debe pensarse en las transmisiones mediante telefax o con correo electrónico, en las que en la mayoría de ocasiones no podrá asegurarse que la transmisión la hace quien en el documento consta como autor. De modo que si se admite la cualidad de documentos de los soportes anteriormente citados, como se ha defendido ya por algún autor alemán, resulta ciertamente discutible negarle esa misma consideración a las fotocopias que, lo mismo que aquellos, son reproducción exacta del original. La incriminación de estos últimos supuestos, por el peligro de hipertrofia de la falsedad a esta situación inherente, nunca podrá llegar tan lejos que transmita la condición de público, oficial o mercantil a la fotocopia que, como mucho, podrá ser documento privado. Si bien para apoyar esta conclusión, atendiendo a la disparidad de criterios existente en la jurisprudencia, no estaría de más que el legislador hiciese alguna aclaración al respecto.

2.2.5- Omisión de la referencia al autor del documento en el art. 26 CP

Parte de la doctrina española ha denunciado ya, a pesar de la corta vigencia de nuestro nuevo Código penal, la ausencia de referencia en el art. 26 al autor de la documentación⁵¹⁷. Se ha tildado tal omisión de un olvido del legislador⁵¹⁸ y

⁵¹⁴En tal sentido PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., pp. 70-78, en que afirma que no basta para hablar de registro técnico con que se dé lugar al nacimiento de un producto maquinal según un método estandarizado, sino que ese producto ha de derivarse de un determinado código maquinal, lo que no ocurre en las fotocopias o las fotografías, en que es quien utiliza la máquina el que decide el resultado ulterior.

⁵¹⁵En este sentido, por todos, ZACZYK, *“Kopie” und “Original” bei Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 2516-2517, que establece la condición de que la fotocopia pueda producir la impresión de ser un original al observador más o menos atento.

⁵¹⁶En este sentido, WELP, *Die Urkunde und ihr Duplikat*, op. cit., pp. 523-524, establece que los aparatos copiadores modernos a color han alcanzado tal perfección que la distinción de la fotocopia del modelo sólo es posible con un análisis de sus cualidades materiales, el papel y el toner, de manera que la diferencia entre original y duplicado se dificulta por la técnica de reproducción.

⁵¹⁷Vid. QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 503, quien denuncia que no se dice nada acerca de la procedencia humana del documento, con lo que podría alcanzar esta consideración un anónimo; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 299; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 75-76.

⁵¹⁸En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 197-198, quien efectuó ya esta crítica en relación con la definición de documento contenida en el art. 377 PrCP de 1992.

ciertamente puede serlo, aunque sobre ello no da pista alguna la tramitación parlamentaria del Proyecto de Código penal de 1994. No obstante, la mencionada ausencia podría deberse también a la voluntad de otorgar un concepto de documento lo suficientemente amplio que pudiese incluir, además de documentos sonoros, visuales y electromagnéticos, también a aquellos otros soportes que incluyeran datos aun sin constar su proveniencia, atendiendo a que la característica del documento que con mayor ahínco resalta el art. 26 es su relevancia probatoria o eficacia jurídica.

Sea cual sea la causa explicativa de la falta de referencia a este elemento, lo cierto es que no puede admitirse un concepto de documento que vaya más allá de cualquier demanda de amplificación hecha por doctrina o jurisprudencia en ningún país de nuestra órbita jurídica, dado que esto supondría que nos encontraríamos ante un panconcepto sin apenas límites, con el consiguiente peligro de reconducción a las falsedades documentales de toda actividad defraudatoria producida sobre cualquier tipo de soporte. Por tales razones, es función de los intérpretes de la norma buscar mecanismos mediante los cuales subsanar la omisión. Ya ha sido apuntado por algún autor el argumento referido a la tipicidad en la falsedad documental, que presupone la necesidad de que el documento pueda ser atribuido a alguien⁵¹⁹, lo que se deduce en especial de las modalidades comisivas previstas en los núms. 2º y 3º del art. 390.1 CP, consistentes en la simulación de documento induciendo a error “sobre su autenticidad” o en el suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuir a quienes lo hubieran hecho declaraciones diferentes de las efectuadas.

Cabe, por tanto, encontrar el correctivo necesario sobre el nivel de la tipicidad en la falsedad documental. No obstante, aun antes, situados en el mismo concepto de documento, pueden arbitrarse fórmulas que permitan requerir la reconocibilidad del autor de la declaración, lo que tiene su importancia, pues no debe olvidarse que el art. 26 CP forma parte de un conjunto de definiciones aplicables a cualquier ilícito penal, no sólo a las falsedades documentales.

En primer lugar, la necesidad de reconocibilidad del autor es inmanente al concepto de documento teniendo en cuenta que el mismo contiene una declaración de pensamiento. Para poder hablar de declaración, debe poder hablarse de autor de la declaración⁵²⁰ y, en tanto el documento la fije, ha de poder individualizarse en el mismo al autor de la declaración. Conclusión que se refuerza teniendo en cuenta que la fundamental distinción entre clases de documentos -públicos y privados- válida para todas las disciplinas jurídicas se efectúa teniendo en cuenta al autor de la declaración, en función de que se trate de funcionario público en ejercicio de sus funciones o de particular⁵²¹.

En segundo lugar, también la función probatoria del documento, en concreto, la relevancia jurídica a ella inherente, aportan datos acerca de esta

⁵¹⁹En este sentido GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 198, en que afirma que la definición de la falsedad contenida en el art. 377 PrCP 1992, incluía, como resultado de esta conducta “su atribución a persona u órgano que no hayan intervenido en su creación, contenido o firma”. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., 11ª edición, op. cit., p. 627, quien en relación ya con el Código penal de 1995, afirma que aunque el art. 26 no lo diga expresamente, del nº 3 del art. 390.1 se deduce que el documento ha de reflejar una determinada declaración de voluntad o de pensamiento que ha de poder atribuirse a una determinada persona.

⁵²⁰Sobre esta cuestión ALBALADEJO, *Derecho civil I*, op. cit., p. 170, establece que la declaración de voluntad es la conducta por la que el “sujeto” exterioriza lo querido; SCHLESINGER, *Dichiarazione*, op. cit., p. 377, afirma que hay declaración cuando uno o más sujetos asumen la paternidad de un texto que contenga una aclaración susceptible de aportar una contribución a la disciplina de las relaciones interindividuales.

⁵²¹En este sentido vid., por todos, RODRÍGUEZ ADRADOS, *El documento en el Código civil*, op. cit., p. 245.

necesidad. No en vano se ha afirmado que la jurisprudencia alemana ha deducido la necesidad de reconocibilidad del autor del documento del concepto de relevancia jurídica⁵²². A mayor abundamiento, las leyes vigentes en nuestro país reconocen valor probatorio al documento privado sólo en tanto haya sido reconocido, se entiende que en lo relativo a su autenticidad⁵²³, momento hasta el cual no tendrá valor probatorio judicial, constituyendo sólo una cosa mueble⁵²⁴. De ello se infiere que para que el documento pueda ser reconocido debe figurar en el mismo un determinado autor.

En conclusión, según los tres grupos de argumentos expuestos, tanto los referidos a la tipicidad en la falsedad documental como los referidos a la esencia de la declaración y a la función probatoria del documento, puede afirmarse que, a pesar de la falta de previsión específica en el art. 26 CP, al concepto de documento resulta consustancial la reconocibilidad de su autor. De ahí que tenga todo el sentido haber efectuado en esta sede disquisiciones acerca del concepto de autor acogido y de la ausencia del carácter documental en los objetos que incorporan informaciones sin tener un autor reconocible.

2.3- Función probatoria

La tercera de las funciones que el documento está llamado a desempeñar en el tráfico jurídico es la que se ha venido en denominar por la doctrina alemana función probatoria. Claro es que el documento ha alcanzado su importancia en el tráfico jurídico justamente por ser un medio de prueba de declaraciones humanas, que tanto pueden ser de voluntad como de conocimiento, pues constituye un modo de fijación de las mismas.

Desde el punto de vista de la función probatoria del documento lo fundamental a analizar es la relevancia que para la constatación de una o varias circunstancias o hechos tenga el documento, lo mismo si es usado en el ámbito de un proceso o fuera de él, en el tráfico jurídico negocial en general. Ello a pesar de que la fuerza probatoria del documento en el ámbito procesal viene determinada por las leyes rituarias, que no son vinculantes fuera del proceso, de ahí que se haya diferenciado al documento como prueba documental en sentido lato o en sentido

⁵²²En este sentido, KIENAPFEL, *Grundfragen des Strafrechtlichen Urkundenbegriffs*, op. cit., p. 396.

⁵²³Sobre esta cuestión, el art. 1225 CC establece que “el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre las que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”. El art. 1226 del mismo cuerpo legal establece “(1) Aquel a quien se oponga en juicio una obligación por escrito que aparezca firmada por él, está obligado a declarar si la firma es o no suya. (2) Los herederos o causahabientes del obligado podrán limitarse a declarar si saben que es o no de su causante la firma de la obligación. (3) La resistencia, sin justa causa, a prestar la declaración mencionada en los párrafos anteriores podrá ser estimada por los tribunales como una confesión de la autenticidad del documento”. A este respecto el art. 604 LEC establece “(1) Los documentos privados y la correspondencia serán reconocidos bajo juramento a la presencia judicial por la parte a quien perjudiquen si lo solicitare la contraria. (2) No será necesario dicho reconocimiento cuando la parte a quien perjudique el documento lo hubiera aceptado como legítimo al fijar los hechos en los escritos de contestación, réplica o dúplica”.

⁵²⁴De esta opinión, NUÑEZ LAGOS, *Reconocimiento de documento privado*, op. cit., p. 7, para quien el reconocimiento es el medio legal, mediante la intervención de un funcionario público competente, por el que el documento privado alcanza el valor de prueba legal, advirtiendo en, p. 12, que objeto del reconocimiento es la firma o suscripción puesta al pie del documento. Sobre el reconocimiento de documento privado vid. también ORTIZ NAVACERRADA, *La prueba de documentos públicos en el proceso civil*, op. cit., pp. 113-117.

estricto o procesal⁵²⁵. El aspecto probatorio del documento que interesa para fijar el objeto material del delito no será pues tanto la fuerza probatoria que el mismo tenga dentro de un contexto jurisdiccional cuanto en un ámbito extraprocesal, en el tráfico jurídico en general. Esto lo demuestra el hecho de que el art. 26 CP, al definir el documento, se refiere a datos, hechos o narraciones con “eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

Si bien es cierto que el documento entendido como prueba en sentido lato se dirige a demostrar la existencia de una declaración de pensamiento atribuible a una determinada persona, también lo es que su finalidad es demostrar que la mencionada declaración tiene un determinado contenido. Por ello cabe retomar en esta sede la diferenciación que en su momento se hizo entre el aspecto material de la declaración, que fue objeto de estudio en el apartado dedicado a la función de perpetuación, y el aspecto sustancial o de contenido de la misma, cuyo análisis corresponde efectuar en este lugar⁵²⁶. El documento incorpora un determinado contenido declarativo al que sirve de soporte, por ello se diferencia entre acto (contenido) y documento (soporte), aunque la distinción no haya sido precisa en Ordenamientos como el italiano, en que el Código penal rubrica el capítulo en que regula las falsedades documentales como “*falsità in atti*” y utiliza el término “*atto*” como sinónimo de documento, en especial al nombrar a los documentos públicos⁵²⁷. Es esta confusión la que explica que, a diferencia de la doctrina jurídico-penal en países como España⁵²⁸ o Alemania, en que no se ha dado importancia a la distinción de ambos conceptos, en Italia los estudiosos se hayan afanado por distinguirlos, generalmente bajo la consideración de que mientras el acto es el negocio, hecho o contenido inserto en el documento, el documento es su continente⁵²⁹.

⁵²⁵Vid., por todos, SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 19, quien diferencia entre prueba en sentido técnico y prueba en sentido técnico-jurídico; conceptúa que la primera, en tanto medio simplemente representativo tiene una extensión prácticamente ilimitada, mientras la prueba documental, en cuanto expresión del poder de certificación del que está investido el funcionario, no puede ir más allá de ese poder.

⁵²⁶Sobre esta cuestión, CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1066, distingue tenor y contenido de la declaración, entendiéndolo por tenor el texto de la misma y por contenido su valor intelectual; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 136, habla de dos partes conformadoras del documento: el objeto u objeto material que incorpora y el contenido, la eficacia probatoria y la relevancia jurídica.

⁵²⁷Vid. arts. 476 y ss. CP italiano. Sobre la regulación italiana de la falsedad documental vid infra cap. II, apartado 1.3.1.

⁵²⁸Exclusivamente en el ámbito procesal, pero trasladable a la legislación penal, GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil, vol. I, Parte general*, op. cit., p. 341, afirman que nuestra legislación procesal no llama actos a los documentos, como hacen la francesa y la italiana.

⁵²⁹En este sentido, MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 37-39, para quien resulta inaceptable la confusión entre acto y documento; LOASSES, *Della falsità documentale*, op. cit., p. 523; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 5; PROTO, *Il Problema dell'antigiuridicità nel falso documentale*, op. cit., p. 118; CATELANI, *I reati di falso*, op. cit., p. 171, quien expresamente afirma que el legislador italiano debería hablar de falsedad en documentos y no de *falsità in atti*; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 16; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 62-63; SABATINI, *Considerazioni sulla falsità ideologica in atti*, en *La Giustizia Penale*, 1958, parte seconda, pp. 884-885, además diferencia dentro del concepto de acto el acto material y el documental, y considera como acto documental el que el documento en sí también es un hecho; FRASSATI, *Elementi costitutivi della falsità in atti*, en *Rivista Penale*, vol. III, 1894-1895, p. 30, considera, a diferencia de la mayoría de la doctrina en su país, que acto es aquello a lo que la ley civil le atribuye positivamente fuerza probatoria. SANTANIELLO, *Manuale di Diritto penale*, op. cit., pp. 445-446, también con opinión

El concreto contenido de la declaración que el documento incorpora es el criterio al que se ha atendido para diferenciar a los llamados documentos dispositivos de los testimoniales o declarativos. La doctrina civilista -de ella ha acogido la doctrina jurídico-penal la distinción- diferencia entre dos fundamentales tipos de declaraciones, las denominadas declaraciones de verdad, también llamadas de conocimiento o de ciencia, y las declaraciones de voluntad. Las declaraciones de verdad son aquellas en las que el declarante manifiesta el conocimiento del desarrollo de un hecho o acontecimiento o se describen los términos de una situación que el declarante afirma haber examinado y que suponen la asunción de la verdad de cuanto se afirma⁵³⁰. En contraposición, las declaraciones de voluntad son aquellas en las que el sujeto toma posición en orden a la regulación de intereses o a un problema que concierne a la vida de las relaciones⁵³¹. De ahí que se hable de documentos dispositivos o constitutivos cuando los mismos contengan declaraciones de voluntad, esto es, se dirijan a producir efectos jurídicos, determinando el surgimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica -como puede ser una escritura pública de compraventa⁵³², el otorgamiento de testamento o la emisión de una letra de cambio-, mientras que nos encontraremos ante documentos testimoniales o declarativos⁵³³ cuando contengan la declaración de verdad del autor acerca de un hecho jurídicamente relevante⁵³⁴ -así en aquellos casos en los que un Notario levanta un

divergente del resto de autores, entiende que el concepto de acto se identifica con el de documento escrito.

⁵³⁰En este sentido, SCHLESINGER, *Dichiarazione*, op. cit., p. 383.

⁵³¹Cfr. SCHLESINGER, o. u. c., p. 383. De parecida opinión BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, op. cit., p. 116, quien diferencia entre uno u otro tipo de declaración en función del efecto que la misma produzca en la mente ajena, conceptuándola como declaración de conocimiento cuando tienda sólo a dar a conocer un hecho y declaración de voluntad cuando pretenda provocar un comportamiento.

⁵³²Sin embargo, tal afirmación debe matizarse, pues la condición de documento dispositivo o testimonial de la escritura pública depende de distintas consideraciones. Así estaremos ante un documento dispositivo cuando no existía antes del otorgamiento un acuerdo anterior o una situación vinculante o la escritura viene exigida *ad solemnitatem*, o instrumentaliza un negocio de cumplimiento o contiene una *renovatio contractus* que supone un nuevo consentimiento de las partes. Sobre esta cuestión vid. NUÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, op. cit., pp. 405-420. En el mismo sentido, FAUSTO MORENO, *Documento*, op. cit., pp. 681-682.

⁵³³Se habla también de documentos declarativos no en el sentido aquí utilizado, sino como denominación genérica de todos los documentos que contienen una declaración, subdividiéndose en testimoniales o dispositivos en función de que contengan una declaración de ciencia o de voluntad. En este sentido, CARNELUTTI, *Documento*, op. cit., p. 106, cuando habla del documento declarativo, que él considera que puede equipararse con el narrativo, aunque reconoce la existencia de una cierta fungibilidad entre el concepto de documento narrativo y el testimonial, que contiene una declaración de verdad; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 24; SABATINI, *Considerazioni sulla falsità ideologica in atti*, op. cit., p. 883; BOSCIA, *Della falsità in atti*, op. cit., p. 3, llama documento declarativo sólo al que contiene una declaración de voluntad y documento dispositivo al que incluye una declaración de verdad.

⁵³⁴Sobre esta distinción vid. NUÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, op. cit., pp. 493-502; GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., p. 126; MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, op. cit., p. 352; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 559; MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS/GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, t II, *Proceso civil*, vol 1º, op. cit., p. 256; ÁLVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes de la contratación escrita*, op. cit., p. 16, quien se refiere a los documentos testimoniales con el nombre documentos dispositivos; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 655, quien también habla de documento probatorio; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische*

acta de un hecho acaecido en su presencia-. Incluso un sector doctrinal, bajo la clara influencia del concepto de prueba de confesión en juicio, ha incluido dentro de los documentos testimoniales una subdivisión, la que atiende a los documentos testimoniales *stricto sensu* y a los llamados documentos confesorios, que se distinguen de los primeros en que el hecho declarado es desfavorable para quien lo declara, al admitirse un hecho que no favorece a quien lo manifiesta⁵³⁵.

Ciertamente se ha otorgado atención, sobre todo en sectores doctrinales extra-penales, a la distinción arriba apuntada, pero la misma no ha de tener ninguna relevancia a efectos de delimitar el concepto de documento orientado al delito de falsedad. Tal consideración no obsta a que haya habido quien, partiendo de esta diferencia, ha afirmado la posible consideración de documento de un escrito anónimo⁵³⁶, ha reconocido diferencias en la relevancia jurídica de ambos tipos de documento⁵³⁷, en su valor probatorio⁵³⁸, o ha utilizado las especificidades de cada uno de ellos para determinar el bien jurídico protegido en la falsedad documental⁵³⁹ o el concepto de autor⁵⁴⁰. Sin embargo, establecer diferencias tan tajantes entre uno y otro tipo de documentos puede llevar a inseguridades, puesto que podemos encontrarnos con documentos que tengan una naturaleza mixta dispositivo-testimonial, al contener varias formas de declaración, o en ocasiones la consideración de documento dispositivo o testimonial puede depender del contexto probatorio en que se lo utilice⁵⁴¹, sin olvidar que hay contenidos de pensamiento que son difícilmente incluibles en una u otra forma de declaración⁵⁴². Esto no significa que la distinción no pueda servir a efectos de concretar el ámbito típico de

Darstellung, op. cit., p. 405; LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und Rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., p. 97; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 142, nm. 34; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 5.

⁵³⁵En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, *La prueba preconstituída*, op. cit., pp. 95-96; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 244; BONET Y NAVARRO, *Documento*, op. cit., p. 2570; GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., p. 126; GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil, vol I, Parte general*, op. cit., p. 341.

⁵³⁶En este sentido, PROTO, *Il problema dell'antiguricita nel falso documentale*, op. cit., p. 130, afirma que el documento testimonial -que él denomina narrativo- es siempre tal, aunque se desconozca quién es su autor, siendo suficiente con que represente un hecho que está fuera de él.

⁵³⁷LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., pp. 98-100, entiende que el documento dispositivo tiene relevancia jurídica cuando según la ley o la visión del tráfico supone el nacimiento, modificación o supresión de un derecho o relación jurídica, mientras el documento declarativo tiene relevancia jurídica cuando el hecho que contiene supone la creación, modificación o extinción de un derecho o relación jurídica, cuando el testimonio del autor puede ser creído según la ley o los usos del tráfico.

⁵³⁸De esta opinión, GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil, vol I, Parte general*, op. cit., pp. 343-344, entiende que en el contenido dispositivo los documentos públicos y privados prueban lo mismo, cuando en el contenido testimonial el documento privado no tiene valor probatorio, pues sólo hace prueba contra su autor.

⁵³⁹Sobre esta cuestión vid. supra -cap. I, apartado 1.1.1- la concepción de bien jurídico sostenida por SAMSON.

⁵⁴⁰Vid. supra la distinta concepción de autor que RHEINECK mantiene en los documentos testimoniales y constitutivos.

⁵⁴¹En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, *La prueba preconstituída*, op. cit., p. 99, afirma que esta clasificación no puede hacerse sino en consideración al fin eventual de la prueba, sin corresponder necesariamente al contenido del documento, puesto que un mismo documento, cuando se cambia el fin probatorio, puede posiblemente pasar de una categoría a otra.

⁵⁴²Así SCHLESINGER, *Dichiarazione*, op. cit., p. 384, considera que la emisión de un juicio no puede inscribirse en uno u otro tipo de declaración.

la modalidad falsaria prevista en el art. 390.1.4º CP, que habrá de referirse necesariamente a documentos que contengan, aún entre otras posibles, declaraciones de verdad.

Lo decisivo para determinar el concepto jurídico-penal de documento no es que el mismo contenga una u otra forma de declaración, sino, para lo que aquí interesa, que tenga algún tipo de relevancia probatoria. Conviene pues referirse conforme a qué criterios puede determinarse que un específico soporte que contenga una declaración tendrá virtualidad para probar cierto extremo. La doctrina alemana mayoritaria considera que el documento cumple la función probatoria cuando coinciden en él dos condiciones, a saber: estar determinado y ser apto para la prueba de hechos jurídicamente relevantes⁵⁴³; lo que se ha venido en llamar fórmula de la concordia⁵⁴⁴ -*Concordienformel*-, que exige tanto la concurrencia del principio objetivo, la aptitud probatoria -*Beweiseignung*-, cuanto la del subjetivo, la determinación probatoria -*Beweisbestimmung*-. Al análisis de ambos conceptos y de la eficacia que puedan tener en orden a la delimitación del concepto de documento es a lo que se dedican los siguientes epígrafes.

2.3.1- Criterios para la definición de la función probatoria documental: la determinación y la aptitud probatorias

Como se ha mencionado, la doctrina científica en Alemania exige para reconocer que el documento cumple la función probatoria al mismo inherente que sea apto y esté determinado para hacer prueba de un determinado extremo. La doble exigencia objetiva y subjetiva es la que impera en la doctrina mayoritaria, lo que no siempre ha ocurrido, pues tanto doctrina como jurisprudencia habían puesto en momentos anteriores el acento sobre el principio objetivo o subjetivo al objeto de determinar el cumplimiento de esta función documental⁵⁴⁵. Con esta doble exigencia se pretende obtener la asunción de premisas que permitan limitar el concepto de documento, cualificación que deberá darse sólo a aquellos soportes que incorporen una declaración y que sirvan para ofrecer prueba.

A la definición de estos conceptos se le ha otorgado por la doctrina alemana una especial importancia, mucho mayor que la observada en países como Italia o España, lo que quizá pueda justificarse porque la amplia concepción de documento mantenida en aquel país ha podido encontrar en ocasiones límite por la vía de la función probatoria. En España, a pesar de que tanto la doctrina⁵⁴⁶ como la

⁵⁴³Cfr., por todos, WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 167; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 93; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 292, nm. 679; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1371, nm. 2; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1141, nm. 2; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2012, nm. 8; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 68 y ss; GEPPERT, *Zur Urkundensqualität von Durchschriften, Abschriften und insbesondere Fotokopien*, op. cit., p. 271.

⁵⁴⁴Así la denomina KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., pp. 192 y 210 y ss, que contrapone con la fórmula alternativa, que exige, según los casos, la aptitud o la determinación probatoria, para caracterizar la función probatoria del documento.

⁵⁴⁵Sobre esta cuestión vid. ampliamente, KIENAPFEL, o.u.c., op. cit., p.179- 208, en que expone detalladamente la doctrina jurisprudencial y científica alemana por lo que se refiere a la elección entre uno u otro principio.

⁵⁴⁶Cfr., entre otros, CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 523; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 781; QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 33 y ss; QUINTERO OLIVARES, *Las falsedades documentales y la evolución del Derecho positivo español*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, t. XI, *Falsedad y defraudaciones*, pp. 86-88; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., pp. 324 y 325; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 165 y ss. También en la doctrina latinoamericana, vid. ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo*

jurisprudencia⁵⁴⁷ habían ya hecho alusión a estos conceptos, directa o indirectamente, es previsible que, atendiendo a la definición de documento que establece el Código penal de 1995, sea también éste el camino para delimitar el amplio concepto que del mismo se establece en el texto punitivo. Si consideramos que la definición legal que del documento da el Código penal encuentra sus raíces en la concepción representativa mantenida por CARNELUTTI, la amplitud del concepto podrá encontrar un límite en la función probatoria que el mismo ha de desempeñar. No en vano se ha afirmado ya que es esencial a esta definición la trascendencia jurídica que puede derivarse del sentido o de la información materializados en el objeto⁵⁴⁸.

A pesar de que la doctrina alemana haya analizado en profundidad estos principios y haya deducido de ellos consecuencias relativas a la extensión del concepto de documento, también es cierto que los más contemporáneos estudiosos del delito de falsedad documental han restado eficacia a los criterios deducidos en Alemania, sobre todo por la jurisprudencia, para limitar el concepto de documento con base en la función probatoria que el mismo ha de desempeñar.

A) La determinación probatoria

Según el principio subjetivo, o el principio de la determinación probatoria, para que el documento cumpla con su función probatoria es necesario que el mismo esté determinado para la prueba; se precisa una voluntad de incluir el documento en el tráfico jurídico que presupone la existencia de un acto interno de los interesados de incluir el documento en el tráfico, siendo que el mismo ha de estar destinado a él⁵⁴⁹. La determinación probatoria parece exigir la existencia de un *animus probandi* o, lo que es lo mismo, la confección de un documento con finalidad de preconstitución probatoria, de lo que debería inferirse que sólo tendrían la condición de documento aquellos soportes representativos de declaraciones que el autor hubiese confeccionado con dicha finalidad. No obstante, aunque la mayoría de la doctrina alemana exige la determinación probatoria para poder hablar de documento, también ha admitido que esa determinación no necesariamente ha de producirse en el momento de confeccionarse el documento, sino que puede aparecer después, incluso que no es necesario que la finalidad probatoria le haya sido conferida al documento por el autor del mismo, sino que es posible que sea una tercera persona quien posteriormente le imprima su destinación final a la prueba.

Sobre la base de que la determinación probatoria le haya sido otorgada desde el principio o lo haya sido posteriormente es sobre la que se articula la diferencia entre el llamado documento intencional y el ocasional o casual. Se entiende por documento intencional aquel que goza de determinación probatoria

Código penal, op. cit., p. 61; ETCHEBERRY, *El objeto material del delito de falsedad documental: documentos y sus clases*, op. cit., p. 221.

⁵⁴⁷ Así cuando la jurisprudencia se refiere a que el documento supone la representación gráfica del pensamiento “con finalidad probatoria y preconstituída” está aludiendo a la determinación probatoria, mientras que cuando se refiere a la eficacia jurídica del contenido del documento alude a la aptitud probatoria. Cfr. SsTS 25 octubre 1982 (RJ 5683), 27 junio 1983 (RJ 3591), 21 noviembre 1984 (RJ 5940), 16 noviembre 1987 (RJ 8520) en que se niega la cualidad de documento a una carta de despido disciplinario por faltarle la finalidad de preconstitución probatoria; 21 marzo 1989 (RJ 2727).

⁵⁴⁸ De esta opinión, ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 277.

⁵⁴⁹ En tal sentido, por todos, FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, op. cit., p. 610, se refiere a la determinación del documento al tráfico jurídico; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 142, nm. 35; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 70; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2013, nm. 14.

desde el mismo momento de su nacimiento, esto es, aquel que se confecciona con la finalidad de probar un determinado hecho -así las partes suelen escriturar los contratos entre ellas celebrados, aun en casos en que la ley no exige *ad substantiam* su escrituración, justamente para poder demostrar su existencia-. Por contra, documento ocasional es aquel cuyo autor no lo confeccionó con esta determinada finalidad y que, faltándole la misma determinación probatoria, no será documento hasta el momento en que un tercero decida utilizarlo como prueba, lo que generalmente sucederá en el momento en que dicho tercero efectúe sobre el soporte una determinada acción falsaria para utilizarlo acto seguido como prueba -piénsese en una carta de amor, ejemplo típico desde BINDING de documento ocasional, amañada y posteriormente utilizada como prueba en un proceso de separación-. La distinción documento intencional-documento ocasional, con origen en BINDING⁵⁵⁰, generalmente admitida por la doctrina alemana⁵⁵¹, italiana⁵⁵² francesa⁵⁵³ y española⁵⁵⁴ ha sido, no obstante, objeto de múltiples objeciones, algunas de las cuales se refieren a cuestiones terminológicas, de menor trascendencia, mientras que otras han llegado hasta el cuestionamiento de la

⁵⁵⁰Según BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 189-190, en la práctica procesal se usan los documentos ocasionales como los intencionales, de forma que también en Derecho penal los documentos ocasionales han de ser objeto de protección del mismo modo que los intencionales, aunque sean posible objeto de falsedad documental desde el momento en que alguien les de la determinación probatoria, pues también el documento ocasional es intencional, pero en un sentido distinto del documento intencional.

⁵⁵¹En tal sentido, vid. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 741; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, op. cit., p. 405; BAUER, *Die telegraphische Depesche als Gegenstand der Urkundenfälschung im Strafrecht*, op. cit., pp. 21-28; MAURACH/ SCRHÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 142, nms. 32-33; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p.178, nm. 471; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 311; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 167; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 94; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2013, nm. 14.

⁵⁵²MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 654; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 598; GALIANI, *Falsità in scrittura privata*, op. cit., p. 332-333; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 575; MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 82; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 292-293.

⁵⁵³cfr. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, op. cit., pp. 35 y 94, quien, sin embargo, sostiene que no hay razón para distinguir -en cuanto a la falsedad se refiere- aquellos documentos destinados a una finalidad probatoria desde su confección de aquellos otros que adquieren dicho destino con posterioridad.

⁵⁵⁴RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal, t. I, Parte especial*, op. cit., p. 136; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 782; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 976; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., pp. 324-325; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 295, quien llama a los documentos ocasionales documentos "funcionales" que admite que nacen con carácter jurídico al operarse una intervención mendaz sobre un texto o dato inicialmente irrelevante para el derecho, que por mor de esa intervención pasa a ser relevante, adquiriendo la condición de documento al ser manipulado para darle función probatoria; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 142; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 628; . También en la doctrina latinoamericana, ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 54 y 81-84, quien utiliza las expresiones documento "instrumental" o "preconstituido" como equivalentes a la de documento intencional; ETCHEBERRY, *El objeto material del delito de falsedad documental: documentos y sus clases*, op. cit., p. 225, quien admite el documento ocasional, pues para él la finalidad probatoria inicial no es inherente al concepto de documento.

necesidad de mantener la determinación probatoria como elemento del concepto de documento, si bien no siempre con los idénticos resultados por cuanto a la consideración de documento de los denominados ocasionales.

En primer lugar, se ha afirmado que las denominaciones “documentos ocasionales o casuales” -*Zufallsurkunden*- y “documentos intencionales” -*Absichtsurkunden*- no resultan acertadas, por cuanto parece que a los documentos ocasionales se les otorga la consideración de documento por un accidente o casualidad⁵⁵⁵, cuando ello no es así. Es sólo fruto de la casualidad el momento en el tiempo en que la determinación probatoria se les confiere a los documentos ocasionales, pero no el otorgamiento mismo de dicha determinación. Para evitar tal malentendido se ha preferido hablar de documentos originarios -*originäre Urkunden*- en aquellos en que la determinación probatoria se da con su confección y de documentos posteriores -*nachträglichen Urkunden*- cuando se da en un momento ulterior en el tiempo⁵⁵⁶.

En segundo lugar, se ha puesto en entredicho la virtualidad de la determinación probatoria como elemento del concepto jurídico-penal de documento, pero en dos distintos sentidos. Por un lado, existe en Alemania una opinión minoritaria -seguida por algún autor en España⁵⁵⁷- que niega que haya de darse protección penal a los documentos ocasionales, desde el momento en que han sido pocas las resoluciones en aquel país en que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión, y cuando lo ha hecho ha sido siempre como *obiter dicta*, de modo que si se admiten han de reconsiderarse todos los elementos conformadores del concepto de documento al objeto de acomodarlos a los ocasionales⁵⁵⁸. Se afirma asimismo que en este tipo de documentos falta interés en el tráfico jurídico por saber quién los suscribe⁵⁵⁹. En puridad, se trata de documentos en los que falta la voluntad de declaración del propio autor ha venido a ser sustituida por el artificial expediente de la determinación probatoria⁵⁶⁰, y que, por la virtualidad ampliatoria

⁵⁵⁵Con base en esta consideración MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 142, nm. 33, califican de errónea la expresión “documento ocasional”.

⁵⁵⁶De tal opinión, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 51 y 53; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1373, nm. 9; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 299, nms. 698-699. En parecido sentido, KIENAPFEL, “*Absichtsurkunden*” und “*Zufallsurkunden*”, op. cit., p. 193, se refiere al documento intencional como “*geschichtlichen Urtyp*”, como el primero aparecido en el tiempo, el más antiguo históricamente hablando.

⁵⁵⁷GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 170-171, está en contra de incluir el documento casual dentro del concepto de documento, puesto que los documentos de carácter exclusivamente personal carecen de toda vocación de integrarse en el tráfico jurídico, de modo que su falsificación podrá tener relevancia penal, pero nunca como falsedad documental, de lo contrario se vulneraría el principio de última ratio.

⁵⁵⁸En este sentido, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 17-19.

⁵⁵⁹De tal opinión, PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 633, según quien el tráfico jurídico, afortunadamente, no tiene interés en saber quién es autor de un documento de carácter personal, por tal razón el autor del documento ocasional falso lesiona los intereses del autor aparente, generalmente su esfera de intimidad y derechos propios de la personalidad, pero tales bienes jurídicos no los protegen los tipos reguladores de la falsedad documental.

⁵⁶⁰De esta opinión, PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., p. 126, según la que no puede cambiarse con base en este expediente el hecho de que es diferente el “hacer valer mi palabra en el tráfico” por “con la palabra de otro yo quiero probar algo”, no es lo mismo la voluntad de documentación del propio librador con que otro tenga voluntad de usar eso como prueba. En parecido sentido, SCHILLING, *Reform der Urkundenverbrechen*, op. cit., pp. 70-77, para quien tiene más sentido que la fórmula de la determinación probatoria la de la determinación probatoria inicial, que sólo puede hacer el autor en el momento de producir el documento, admitiendo el mayor contenido de injusto de

del tipo de falsedades a que conduce, ha de ser expulsada del concepto de documento⁵⁶¹.

Por otro lado, existe un sector doctrinal no tan minoritario que, sin negar la condición de documento del ocasional, niega también virtualidad a la determinación probatoria como elemento conformador del concepto de documento. Esta dirección se asienta básicamente en que si la cualidad de la determinación probatoria se ha relajado hasta el punto de permitir la inclusión de los documentos ocasionales, bien poca eficacia se le puede reconocer en orden a deslindar lo que sea o no documento a efectos penales⁵⁶².

De entre esta última tendencia, quien con mayor ahínco ha reaccionado contra la diferenciación entre documento ocasional e intencional y el mantenimiento de la determinación probatoria como elemento del documento ha sido KIENAPFEL. Para este autor, la diferencia entre uno y otro tipo de documento es contraria a la naturaleza de las cosas y se funda sobre falsas premisas, lo que se demuestra teniendo en cuenta que podría llegar a calificarse el documento de ocasional o intencional según la situación a juzgar por la opinión mayoritaria. Admite este autor además que desde la reforma operada en el Código penal alemán en 1943 -que suprimió la necesidad de relevancia jurídica para la protección de los documentos privados- no procede la diferencia entre ambos tipos de documento, resultando asimismo engañosa la idea de la mayor dignidad del documento intencional (pensada para las letras de cambio, los testamentos o los documentos públicos),

la falsedad en documentos intencionales y postulando la irrelevancia penal de la falsedad de los documentos ocasionales, por lo que propone la creación de un nuevo tipo que criminalizase la ocultación de los medios de prueba para dotar de relevancia penal las conductas falsarias sobre tal tipo de soporte. También BURCKHARDT, *Probleme des Urkundenstrafrechts im Lichte der Rechtsprechung (insbesondere der neueren Basler Praxis)*, op. cit., p. 88-89, reacciona contra la protección penal del documento ocasional.

⁵⁶¹Vid. PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., pp. 143-148, en que afirma que el término determinación probatoria no representa un único concepto, sino cuatro, puesto que tiene significados diferentes en el documento intencional, en la copia hecha por el autor del original, en el documento ocasional y en el reconocimiento de los signos de prueba y conocimiento y en la teoría del documento compuesto, admitiendo que el uso de este concepto multívoco no sólo es superfluo, sino también dañino; PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 633-634; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 23-24; PUPPE, *Die neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten. Teil 1.*, op. cit., p. 938.

⁵⁶²En este sentido, MEZGER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 215, que renuncia a la necesidad de determinación probatoria; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., pp. 358-359, según quien no es relevante ni la determinación probatoria ni la diferencia entre documento intencional y ocasional, puesto que lo importante es que el documento esté preordenado al tráfico jurídico y este elemento ya lo incluye la necesaria relevancia jurídica del documento; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 762; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 30-32, según quien la diferencia entre documentos ocasionales e intencionales tiene poco sentido práctico, pues las conductas falsarias cometidas en ambos pueden incluirse en el § 267 StGB, dado que quien falsea un documento aún no determinado a la prueba no actúa con intención de engañar y, si lo hace, entonces determina el documento a la prueba; SAMSON, *Grundprobleme zu den Urkundenfälschung*, op. cit., p. 373, quien tan sólo admite virtualidad a la diferenciación para ver la modalidad comisiva del § 267 StGB ante la cual nos encontramos, ya que si se opera una falsedad sobre un objeto que ya es documento -el intencional- nos encontraremos ante la modalidad de falsificación, mientras que si se hace sobre soporte que aún no es documento -el ocasional- estaremos ante la producción de un documento inauténtico; en el mismo sentido, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (1. Teil)*, op. cit., p. 531; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., p. 1020; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 70, en especial nota 75.

pues tal privilegio se concede sólo *ex lege* y en relación con determinado tipo de documentos⁵⁶³. Por tales razones, según KIENAPFEL no será necesaria una específica determinación probatoria para la existencia de un documento a efectos penales; bastará con la existencia de una declaración de pensamiento materializada sobre un soporte que haga reconocible a su autor. La citada determinación probatoria tiene virtualidad según él sólo en el tipo subjetivo de la falsedad documental, a los efectos de comprobar la existencia de la intención de engaño en el tráfico jurídico que requiere el § 267 StGB⁵⁶⁴. Pero de ello no deduce KIENAPFEL la exclusión del documento ocasional del concepto jurídico de documento, sino justamente su inclusión, sobre la base del mantenimiento de un concepto objetivo de documento⁵⁶⁵ que tenga en cuenta la equiparación que de ambos tipos de documentación se da en el ámbito procesal a efectos probatorios⁵⁶⁶.

Ciertamente, de poco sirve la exigencia de la determinación probatoria como característica del documento si junto a los documentos intencionales se incluyen también los ocasionales⁵⁶⁷. A esta solución sólo puede llegarse bien admitiendo una concepción subjetiva de determinación probatoria cambiante en función del tipo de documento ante el que nos encontremos, bien objetivizando la determinación probatoria⁵⁶⁸; aunque esto último no parece demasiado apropiado, desde el momento en que tal objetivización desdibuja las diferencias de ésta -que representa el principio subjetivo- con la aptitud probatoria -que expresa el principio objetivo-.

También es verdad que la admisión del documento ocasional puede conducir a la ampliación más allá de lo que sería deseable del concepto jurídico-penal de documento. Sin embargo, no puede admitirse una subjetivización absoluta

⁵⁶³Cfr. KIENAPFEL, “*Absichtsurkunden*” und “*Zufallsurkunden*”, op. cit., pp. 205-213, en que previamente, en pp. 199-203, había expuesto los problemas de la diferenciación de uno y otro tipo de documento, centrados en la cuestión de la producción, la del momento en el tiempo en que se inicia la cualidad de documento, la cuestión de la manifestación y la de la determinación probatoria contraria a la ley; KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewahrschaftsträger*, op. cit., pp. 59-79.

⁵⁶⁴Vid. KIENAPFEL, “*Absichtsurkunden*” und “*Zufallsurkunden*”, op. cit., pp. 213-214; KIENAPFEL, *Neue Horizonte des Urkundenstrafrechts -Zur Auslegung der §§ 267, 268 und 274 I Ziff. 1 StGB-*, op. cit., pp. 443-444. Vid. también KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., pp. 193-197, en que advierte que la forma de observación subjetiva se extiende también al ámbito de los documentos ocasionales.

⁵⁶⁵en este sentido vid. KIENAPFEL, *Neue Horizonte des Urkundenstrafrechts -Zur Auslegung der §§ 267, 268 und 274 I Ziff. 1 StGB-*, op. cit., p. 440.

⁵⁶⁶De esta opinión KIENAPFEL, o. u. c., p. 437; KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewahrschaftsträger*, op. cit., pp. 72-73 y 187-188.

⁵⁶⁷Entre otros, KAUFMANN, *Die Urkunden- und Beweismittelfälschung im Entwurf 1959*, op. cit., p. 413, reconoce que también en los documentos ocasionales cabe hablar de determinación probatoria.

⁵⁶⁸En tal sentido, BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 93, establece que tanto la determinación como la aptitud probatorias han de fijarse por criterios objetivos, siendo suficiente con que la declaración de pensamiento aparezca en forma de declaración, de un modo que la haga utilizable para hacer prueba, sin ser necesaria la voluntad del autor, bastando con que el tipo de declaración materializada se corresponda con aquellas que por la opinión dominante en el tráfico jurídico estén determinadas para hacer prueba. También MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 294-302 y 320, refuta la necesidad de la determinación probatoria entendida en sentido subjetivo y adopta el concepto de destinabilidad probatoria, que conceptúa como la cualidad mínima necesaria para que pueda hablarse de interés jurídico penalmente protegido, que consiste en la verosimilitud de que el documento esté destinado a la prueba, siendo que tal destinación no sólo puede hacerla el propietario o el copropietario del documento, sino cualquier titular de cualquier derecho que esté representado en él, y que es de carácter objetivo. Se refiere al juicio que un tercero formula, con base en las reglas de la experiencia, acerca de la verosimilitud de que un determinado documento, en determinadas circunstancias, vaya destinado a la prueba.

del concepto que lleve a excluir no sólo el delito de falsedad, sino el mismo concepto de documento, y ello por varias razones. La primera sería la relativa a que el concepto de documento, por lo menos el positivizado en el art. 26 CP, no sólo resulta de aplicación a los arts. 390 y ss CP, sino a otros grupos de delitos, como por ejemplo los que atentan contra el buen funcionamiento de la Administración de justicia. De ello se infiere que resultará peligroso excluir de la consideración de documento al que, aun ocasional, puede ser prueba de cargo de la comisión de un ilícito, por ejemplo, máxime cuando el art. 26 CP no requiere la determinación probatoria en su definición del documento. En otro orden de cosas, razones de política-criminal favorecen la consideración de documentos de los ocasionales⁵⁶⁹, sobre todo atendiendo a la inclusión de los soportes informáticos dentro del concepto de documento, pues fuera de los confeccionados en el ámbito comercial, pocas veces se realizarán con una determinada finalidad probatoria⁵⁷⁰. Es más, tampoco es necesario acudir a este expediente para excluir de la consideración de documento a los proyectos, pues en ellos lo que falta, como ya se dijo, es la declaración completa, con lo que no ha de acudirse a la ausencia de determinación. Debe tenerse también en cuenta que no siempre es previsible el uso probatorio que de un documento pueda hacerse una vez que es emitido, con lo que si se cambia la inicial determinación probatoria del documento también nos encontraríamos ante un documento ocasional⁵⁷¹.

Estas consideraciones abogan por la parificación en protección de los documentos intencionales y ocasionales, sin ninguna distinción a nivel de la determinación del concepto de documento⁵⁷². Ha de adoptarse un concepto objetivo de documento que sólo tenga en cuenta la voluntad del autor a efectos de voluntad de declaración, que no se extiende más allá, como ya se dijo, de la consciencia de estar materializando una determinada manifestación sobre un específico soporte⁵⁷³. Fuera de esto, es indiferente para el concepto de documento quién determine la inclusión del mismo en el tráfico jurídico, cuestión que sí tendrá relevancia a los efectos de determinar quién sea autor del correspondiente delito de falsedad si el documento ha sido objeto de manipulación, así como para comprobar la concurrencia tanto del tipo objetivo como del subjetivo del mencionado ilícito.

B) La aptitud probatoria: su relación con la relevancia jurídica

Por mor del principio objetivo, que se complementa con el subjetivo según sostiene la opinión mayoritaria en Alemania, el documento para cumplir su función probatoria ha de ser idóneo para la prueba de un hecho. Sin embargo, a diferencia

⁵⁶⁹En este sentido TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 53, aunque admite que esta conclusión también la avalan la vulneración del bien jurídico y el contenido de injusto.

⁵⁷⁰En tal sentido, SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., pp. 286-287, quien, haciendo extensiva la consideración a la aptitud probatoria (sic), entiende que la exigencia de determinación probatoria tiene como consecuencia que todo el ámbito de uso del ordenador caiga fuera del concepto de documento, pues normalmente no se trata de materializaciones de declaraciones determinadas para el tráfico jurídico.

⁵⁷¹En tal sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 53.

⁵⁷²De la misma opinión, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 301-302, para quien la dicotomía que el art. 26 CP presenta entre "eficacia probatoria" y "cualquier otro tipo de relevancia jurídica" encuentra justificación en la finalidad de incluir en el concepto de documento también al ocasional; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. II, op. cit., p. 774.

⁵⁷³También RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 975, rechaza la necesidad de existencia de un *animus probandi* cuando se confecciona el documento. Ya RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal, t. II, Parte especial*, op. cit., p. 136, hizo tal afirmación.

de la determinación probatoria, la aptitud probatoria se sirve de criterios objetivos para establecer que el documento cumple la función probatoria al mismo inherente, esto es, no depende ya de la voluntad del autor del mismo el que éste cumpla con la función que le es propia. Para fijar la existencia de aptitud probatoria habrá de estarse a lo que dice la ley, la costumbre o el acuerdo de los interesados⁵⁷⁴, de forma tal que si ninguna de éstas reconoce virtualidad de hacer prueba a un determinado escrito, éste no tendrá la consideración de documento a efectos penales. No obstante, tampoco este criterio resulta en modo alguno clarificador por lo que respecta a limitar la condición de documento de aquellos soportes que incorporan declaraciones de pensamiento, puesto que el carácter de prueba que se le reconozca al documento conforme a los tres parámetros fijados tampoco se limita a la prueba en sentido legal o técnico, se hace con ello referencia a la prueba en sentido vulgar o amplio⁵⁷⁵, que puede reconocerse que tiene cualquier documento sobre algún extremo que el mismo contenga.

Íntimamente relacionada con la cuestión de la idoneidad probatoria se encuentra la de la relevancia jurídica de lo que el documento contenga, que muchos autores en Alemania tratan conjuntamente, pues se reconoce la necesidad de que el documento sea apto para la prueba de un hecho jurídicamente relevante⁵⁷⁶. Generalmente se entiende que el hecho contenido en el documento es jurídicamente relevante cuando sólo o en unión con otros medios probatorios tenga algún tipo de significado para el nacimiento, modificación, transformación, conservación o extinción de un derecho, un deber jurídico o una relación jurídica, opción que se ha defendido tanto en Alemania⁵⁷⁷, como en Italia⁵⁷⁸ o España⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴Cfr., por todos, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 60-61; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2012, nm. 9; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 69; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 141, nm. 31.

⁵⁷⁵En este sentido WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, op. cit., pp. 404-405, para quien la aptitud probatoria no significa fuerza probatoria plena en el proceso, siendo suficiente con que el escrito tenga en la vida jurídica la función de probar algo jurídicamente relevante a través de su contenido, siendo lo mismo si es suficiente o no su fuerza probatoria, basta la capacidad probatorio abstracta; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 167, cuando afirma que aptitud probatoria no ha de confundirse con fuerza probatoria, admitiendo que es apta para la prueba la declaración materializada cuando por sí sola o en unión con otras circunstancias puede tener peso para influir en la decisión mediante el convencimiento; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., pp. 1373-1374, nm. 10; BAUER, *Die telegraphische Depesche als Gegenstand der Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 13-15, según quien basta al documento la capacidad probatoria, que es una característica abstracta y que en ello se diferencia de la relevancia probatoria, que es una cualidad concreta.

⁵⁷⁶En tal sentido, por todos, EBERMAYER, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 423, en que afirma que el documento ha de ser capaz de prueba, apto para la prueba de hechos jurídicamente relevantes; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 141, nm. 31, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., pp. 2012-2013, nms. 9-12, incluye dentro del estudio de la aptitud probatoria el de la relevancia jurídica; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 29, quien afirma que según la opinión mayoritaria el documento ha de ser apto para la prueba de un hecho jurídicamente relevante. ETCHEBERRY, *El objeto material del delito de falsedad documental: documentos y sus clases*, op. cit., p. 220, admite que en ocasiones la doctrina alemana utiliza el término relevancia jurídica para designar a la aptitud probatoria.

⁵⁷⁷En tal sentido LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 741; LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und Rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., pp. 98-100, para quien la relevancia jurídica ha de juzgarse según el Derecho positivo, mientras la relevancia probatoria se fundamenta en los usos del tráfico y en sus circunstancias; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 62; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 69.

Ciertamente ambos conceptos, el de la aptitud probatoria -hablamos sólo de ésta y no de la determinación probatoria porque entendemos que el concepto de documento ha de definirse desde parámetros objetivos- y la relevancia jurídica, están en estrecha conexión, pues mal podrá probar algún extremo un documento que no tenga un contenido con algún tipo de trascendencia jurídica⁵⁸⁰, aun cuando sea sólo aparente, sin tener en cuenta si incide en el nacimiento, modificación y extinción de un derecho, deber o relación jurídica o si su relevancia puede incluirse en algún otro tipo de efecto jurídico.

A pesar de que tanto la aptitud probatoria del documento como la relevancia jurídica de lo en el mismo incorporado ha sido acogida por gran parte de la doctrina vertida en nuestro país y en países de nuestra órbita jurídica, es cierto que tales conceptos han sido objeto de un duro cuestionamiento en Alemania, sobre todo en los últimos tiempos, que ha tenido sus consecuencias en el resto de países. Se ha reconocido por parte de la doctrina alemana la escasa virtualidad limitadora del concepto de documento que a los mismos puede reconocerse, puesto que la jurisprudencia en aquel país considera que el documento es apto para la prueba de hechos jurídicamente relevantes en sentido abstracto, esto es, siempre que sea idóneo para la prueba de cualquier cosa en determinadas circunstancias⁵⁸¹. Del

⁵⁷⁸Vid. PROTO, *Il problema dell'antigiuridicità nel falso documentale*, op. cit., p. 154, quien, sin embargo, en pp. 145-146, había afirmado que a los fines del Derecho no se exige que el hecho representado en el documento sea realmente existente, sino que basta su idoneidad para representarlo; MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 82, quien enuncia tal opinión sin asumirla.

⁵⁷⁹Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 777 y 781; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido, concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 49. En contra, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 156, quien entiende que no puede reconducirse el contenido del documento exclusivamente a la constitución, modificación o extinción de negocios o relaciones jurídicas, pero tampoco es admisible cualquier idea humana como digna de constituirse en contenido del documento, pues con ello se iría en contra del principio de intervención mínima. Exigen también relevancia jurídica, pero sin necesidad de que se refiera al nacimiento, mantenimiento o extinción de un derecho o relación jurídica, GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., p. 115, quienes se conforman con que el documento tenga cualquier relevancia para el derecho, con la producción de un efecto en el mundo jurídico; NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, op. cit., p. 142.

⁵⁸⁰En este sentido, ROMERO SOTO, *La Falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., p. 54, afirma que son documentos jurídicamente relevantes los que contienen una declaración de voluntad o una atestación de verdad aptas para servir de prueba; QUINTERO OLIVARES, *Las falsedades documentales y la evolución del Derecho positivo español*, op. cit., p. 88, afirma que la relevancia jurídica es perfectamente complementaria con la función probatoria, en la medida en que toda alteración mendaz de una prueba potencial acaba incidiendo en la deseada normalidad de las relaciones humanas que el derecho ha de resolver cuando derivan en conflicto; QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op. cit., p. 39, establece la siguiente relación entre relevancia jurídica y el carácter probatorio del documento: "el documento privado sólo tendrá relevancia jurídica en la medida en que su contenido de pensamiento pueda determinar una prueba trascendente para el derecho"; en parecido sentido GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 157. En Italia CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 5, se refiere también a la relevancia jurídica en relación con los fines de la prueba entendida en sentido lato.

⁵⁸¹Niegan la operatividad de este criterio con base en este argumento, entre otros, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 141, nm. 31; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 169, nm. 8, según lo único importante es que el autor del documento lo quiera usar como medio de engaño en el tráfico jurídico; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 358, quien a pesar de reconocer que es supérflua la característica de la aptitud probatoria, reconoce que no

mismo modo, se ha postulado la renuncia al concepto argumentando que por su virtud, además de por la de la determinación probatoria, se ha permitido la inclusión de los documentos ocasionales dentro del concepto jurídico-penal de documento⁵⁸². Si bien desde otra concepción se ha mencionado que exigir relevancia jurídica al documento supone confundir el objeto material de la falsedad documental, el mismo documento, con el bien jurídico que en el ilícito se protege, incluyendo entre los requisitos del documento un carácter que se refiere al bien jurídico⁵⁸³. Quien, al igual que ocurre con la determinación para la prueba, ha reaccionado más duramente contra el mantenimiento de la aptitud probatoria y la relevancia jurídica como elementos conformadores del concepto de documento ha sido KIENAPFEL, según el que la exigencia de relevancia jurídica -que en su opinión es la traducción al sistema falsario germánico de la posibilidad de daño incluida en la falsedad francesa⁵⁸⁴- constituye un elemento superfluo del concepto de documento, pues ni la fórmula de la concordia ni la alternativa -aquella que considera que la función probatoria del documento queda cubierta exclusivamente con la determinación probatoria o con la aptitud probatoria para demostrar hechos jurídicamente relevantes- consiguen determinar el contenido de esta exigencia⁵⁸⁵. Sin embargo, la incompatibilidad de los sistemas francés y germano en la concepción de las

puede decirse lo mismo de la relevancia jurídica; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 762; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., pp. 1143-1144, nm. 12; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 373, para quien el entendimiento abstracto de la aptitud probatoria lo ha llevado a convertirse en criterio inútil, pues falta sólo en casos extremos; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (1. Teil)*, op. cit., p. 531; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 66.

⁵⁸²En tal sentido, PUPPE, *Die neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten*, op. cit., p. 938; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, p. 637.

⁵⁸³MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 21, 30-31 y 269-272; MALINVERNI, *La "rilevanza giuridica" del documento nei reati di falso*, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1955, p. 253, GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, op. cit., pp. 56-60 y 257-263, para quien el requisito de la relevancia jurídica no puede establecerse únicamente por el examen del contenido del documento, sino que ha de cogerse en la relación entre el mismo y los hechos a los cuales está destinado a influir por la finalidad que le introduce el agente, no se refiere al contenido del documento, sino al hecho que tal contenido pretende probar. Téngase en cuenta que para MALINVERNI y GALIANI no constituyen objeto de protección en la falsedad documental las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico. En parecido sentido ya ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 596, manifestó que según su parecer no era necesaria la relevancia jurídica en el documento, pues era la falsedad lo que debía ser jurídicamente relevante.

⁵⁸⁴En este sentido, KIENAPFEL, *Urkundenbegriff und "Rechtserheblichkeit"*, op. cit., pp. 352-354; KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., pp. 165-186, en que afirma que detrás de la exigencia de la relevancia jurídica no hay más que el "*apta est nocere*" de la doctrina de la Edad Media o de "*la possibilité de préjudice*" del Derecho francés. Demostrativo de tal extremo es la afirmación de BINDING, *Ein Beitrag zur Lehre von dem Gebiete der Urkundenfälschung. Die öffentlichen Urkunden und die beweiserheblichen Privaturkunden*, Druck von Alexander Edelmann, Leipzig, 1900, p. 21, relativa a que la relevancia jurídica se exige en los documentos privados para evitar la extensión de que lo superfluo no sólo no "daña", sino que no vale.

⁵⁸⁵Sobre esta cuestión, KIENAPFEL, *Grundfragen des Strafrechtlichen Urkundenbegriffs*, op. cit., p. 396, en que afirma que las dos fórmulas a las que ha acudido la jurisprudencia para determinar la relevancia jurídica, es decir, la cosa corporal es jurídicamente relevante cuando está determinada al tráfico jurídico -principio de la determinación o principio concreto-, o cuando es apta para el tráfico jurídico -principio de la aptitud o principio abstracto-, han sido incapaces de dar una solución al problema; sobre la utilización de la fórmula de la concordia o de la alternativa para determinar la relevancia jurídica vid. KIENAPFEL, *Urkundenbegriff und "Rechtserheblichkeit"*, op. cit., p. 347.

falsedades y la regulación que de las mismas preveía el Código penal alemán antes de la reforma de 1943 explican según este autor las distintas opiniones que acerca de la necesidad de relevancia jurídica en el concepto de documento se dieran ya desde los inicios, la contraposición entre la llamada teoría de la diferenciación y la teoría de la definición⁵⁸⁶.

Junto a la cuestión de si es necesaria o no la relevancia jurídica del documento está la de en qué lugar del concepto de documento se ubica, si se exige la relevancia del contenido o del hecho declarado o de la declaración. KIENAPFEL afirma que la mayoría de autores y la jurisprudencia la incluyen dentro de la cualidad de prueba del documento, en la función probatoria⁵⁸⁷. Conectado con este problema se encuentra el de los posibles contenidos que pueda tener la expresión. En este sentido, KIENAPFEL diferencia tres principios desarrollados básicamente por la jurisprudencia⁵⁸⁸: el principio de la evidencia, que supone que la relevancia jurídica ha de ser reconocible en el documento mismo, deducible del mismo contenido del documento, con lo que habrá de negarse *ab initio* la relevancia jurídica, por ejemplo, de los documentos nulos o los ocasionales; el principio abstracto, según el cual lo importante para determinar la relevancia jurídica no es el caso concreto, sino el hipotetizable, con lo que es jurídicamente relevante aquello que de cualquier forma tenga efecto jurídico, lo que conduce a la misma negación del concepto; y el principio concreto, en que la relevancia jurídica se afirma según la situación en el caso concreto, según las circunstancias del mismo, sin tener en cuenta si objetivamente ésta se manifiesta de manera reconocible en el documento o no, aunque aquí el problema consiste en que no puede darse un principio general que determine cuando el documento es relevante.

Tales consideraciones, añadidas a que según KIENAPFEL la jurisprudencia alemana ha deducido los elementos típicos del concepto de documento -la declaración de pensamiento materializada y la reconocibilidad de su autor- de la relevancia jurídica, lo llevan a defender que la misma no constituye ya un elemento conformador del concepto de documento con autonomía⁵⁸⁹. Esto es, la relevancia probatoria se ha ido extinguiendo con los años como característica autónoma del concepto de documento, por cuanto que los elementos que de ella se han deducido, la declaración de pensamiento materializada y la reconocibilidad de su autor, ya son elementos con autonomía propia. El autor reacciona ante lo que él denomina concepto tripartito de documento y acoge un concepto bipartito, que incluye como elementos del mismo los dos citados -la declaración fijada y la reconocibilidad del autor-, renunciando a incluir la relevancia jurídica y la aptitud o la determinación probatoria en el mismo, tal como hacen los defensores del

⁵⁸⁶Cfr. KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., pp. 54-54 y pp. 309-320, denomina como teoría de la diferenciación a aquella que entiende incluidos dentro del concepto de documento tanto a los que tienen relevancia probatoria como a los que no, por lo que la relevancia probatoria no puede ser característica del concepto de documento, está fuera de él, por ello el concepto de documento que otorgan sus defensores es amplio. En contraposición, quienes sostienen la teoría de la definición consideran que todos los documentos han de ser jurídicamente relevantes, pues si no lo son no puede hablarse de documento, de manera que la relevancia probatoria pertenece al concepto de documento, tanto si es público como privado, por lo que cuando ésta se pierde, se termina con la condición de documento, con lo que otorgan una concepción estricta del documento, exigiendo esta característica tanto para los documentos privados, en que el Código penal alemán exigía expresamente que fueran jurídicamente relevantes, como a los documentos públicos.

⁵⁸⁷En este sentido, KIENAPFEL, *Urkundenbegriff und "Rechtserheblichkeit"*, op. cit., pp. 358-359.

⁵⁸⁸Cfr. KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährschaftsträger*, op. cit., pp. 33-37; KIENAPFEL, *Urkundenbegriff und "Rechtserheblichkeit"*, op. cit., pp. 360-365.

⁵⁸⁹En tal sentido, KIENAPFEL, *Grundfragen des Strafrechtlichen Urkundenbegriffs*, op. cit., p. 366-367; KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährschaftsträger*, op. cit., p. 47.

concepto tripartito⁵⁹⁰. Abona esta conclusión, según su opinión, que el Código penal alemán, tras la reforma operada por la *Strafrechtsangleichungsverordnung* de 23 de mayo de 1943, no distingue ya entre documentos públicos y documentos privados jurídicamente relevantes, con lo que renuncia a ver en este expediente una característica del documento. Para el autor esto es demostrativo de que en la regulación penal actual en Alemania la relevancia jurídica coincide con la tipicidad misma del documento⁵⁹¹.

Sin embargo, que KIENAPFEL renuncie a la relevancia jurídica como elemento independiente del concepto de documento, niegue que ésta vaya más allá de los dos elementos que él considera esenciales a dicho concepto, no supone que renuncie a dotar de algún tipo de trascendencia a este ulterior entendimiento de la misma, aunque lo haga en el tipo subjetivo del delito de falsedad documental. Según él la relevancia jurídica del documento tiene su ámbito autónomo de operatividad a los efectos de constatar si concurre el ánimo específico de engaño en el tráfico jurídico que viene exigido en el § 267 StGB⁵⁹², siendo entonces cuando la misma actúa como filtro, de modo semejante a como lo hace el ánimo de lucro en la estafa⁵⁹³.

Pero que una parte no ínfima de la doctrina alemana actual que se dedica al estudio del delito de falsedad documental y, por extensión, al concepto de documento, reconozca la escasa virtualidad limitadora de la aptitud probatoria y de la relevancia jurídica como características del documento, no es suficiente para negar cualquier tipo de operatividad a estas categorías, sobre todo porque ello supone el reconocimiento implícito de que la función probatoria del documento se extiende sólo sobre la paternidad del mismo y sobre la cuestión de la fijación de una declaración, sin que se dirija sobre cualquier aspecto del contenido del documento, cuando ello en modo alguno es así. Por tal razón, si bien dichos conceptos no suponen un límite a la amplia concepción del documento que perfila la doctrina alemana y que recoge también el art. 26 CP, sí pueden excluir *ab initio* la cualidad de documento en ciertos grupos de casos, con base en la ausencia de función probatoria autónoma.

No consideramos necesario deslindar la relevancia jurídica de la aptitud probatoria en sentido lato⁵⁹⁴, esto es, todo aquel extremo del documento que no

⁵⁹⁰KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährungsträger*, op. cit., pp. 37-47; KIENAPFEL, *Grundfragen des strafrechtlichen Urkundenbegriffs*, op. cit., p. 369; KIENAPFEL, *Urkundenbegriff und "Rechtserheblichkeit"*, op. cit., pp. 367 y ss; KIENAPFEL, *Neue Horizonte des Urkundenstrafrechts -Zur Auslegung der §§ 267, 268 und 274 I Ziff. 1 StGB-*, op. cit., p. 439. De su concepción se diferencia la llamada teoría de los dos elementos (*Zweielemententheorie*), que KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., pp. 240-254, cita como aquella que se conforma con la declaración de pensamiento materializada y la cualidad probatoria como elementos del documento, renunciando a la reconocibilidad del autor como característica del mismo, que contrapone con la teoría de los tres elementos (*Dreielemententheorie*), que es la mayoritaria.

⁵⁹¹KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährungsträger*, op. cit., p. 48.

⁵⁹²En este sentido, KIENAPFEL, *Grundfragen des strafrechtlichen Urkundenbegriffs*, op. cit., p. 397; KIENAPFEL, *Neue Horizonte des Urkundenstrafrechts -Zur Auslegung der §§ 267, 268 und 274 I Ziff. 1 StGB-*, op. cit., pp. 440 y 449, en que postula la admisión de un concepto puramente objetivo de documento; KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährungsträger*, op. cit., pp. 190-191.

⁵⁹³Ha de tenerse en cuenta que el § 263 StGB exige expresamente en el delito de estafa que se actúe con ánimo de producir para sí o para un tercero un incremento patrimonial ilícito (§ 263 *Betrug*. (1) "Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, ...").

⁵⁹⁴En tal sentido, QUINTERO OLIVARES, *Las falsedades documentales y la evolución del Derecho positivo español*, op. cit., pp. 86-87, afirma que de la idea de la función probatoria pueden derivarse en apariencia dos distintas interpretaciones, a saber: o bien la exigencia de que el documento exprese alguna realidad, hecho o relación de

tenga una fuerza probatoria legalmente tasada será objeto de aptitud probatoria equivalente a la fuerza probatoria entendida en sentido lato en tanto en cuanto tenga algún tipo de relevancia jurídica. Esto lo demuestra tanto la regulación de las falsedades contenida en el Código penal alemán antes de la reforma de 1943, que diferenciaba entre documento público y documento privado jurídicamente relevante, cuanto la actual definición de documento que el art. 26 CP contiene, y que se sitúa en la disyuntiva entre la “eficacia probatoria” o “cualquier otro tipo de relevancia jurídica”⁵⁹⁵. Desde el momento en que el art. 26 contrapone ambos conceptos está admitiendo que la eficacia probatoria, aquello que tiene valor de plena prueba en virtud de leyes procesales, se contrapone con aquello otro que sin tener ese valor de prueba legalmente tasado, sí tiene, no obstante, un valor de prueba entendida en sentido lato, y que es lo jurídicamente relevante.

Ahora bien, la relevancia jurídica no ha de confundirse con la eficacia jurídica, con la efectiva causación de efectos jurídicos. Así lo demuestra la tramitación parlamentaria del PrCP de 1994, en que el Grupo Parlamentario Popular enmendó en el trámite del debate en Comisión en el Congreso, aun sin haber formulado antes de ese momento enmienda, el art. 26 CP en el sentido de que la locución “o cualquier otro tipo de relevancia jurídica” fuese sustituida por la expresión “efectos jurídicos”, por entender que una expresión más acuñada “en los conceptos básicos de las instituciones jurídicas es que los hechos tengan o no efectos en el mundo del Derecho”⁵⁹⁶. En la ausencia de aprobación de tal enmienda subyace la intención del legislador de no equiparar la relevancia jurídica a la real producción de efectos en el mundo del Derecho, sino de tratarla como algo equivalente a la aptitud probatoria en sentido lato. Así concebida la relevancia jurídica, sinónima de la aptitud probatoria, puede concluirse, al modo en que ya lo hiciera MALINVERNI, que la misma consiste en la relevante posibilidad de que el documento sirva como prueba, en la verosimilitud de que con base en el mismo se formule un determinado juicio, de manera que si parece del todo imposible que el documento influya sobre el juicio que interesa o parece inverosímil que el juicio pueda cambiar según que el documento pueda o no ser conocido⁵⁹⁷, no podrá hablarse de documento a efectos penales, ni tampoco podrá afirmarse la existencia del mismo cuando no sea verosímil que éste tenga alguna incidencia en el mundo del Derecho, aun cuando ello no suponga tanto como afirmar la necesaria eficacia jurídica del documento⁵⁹⁸.

relevancia jurídica, o bien la capacidad del documento para ser utilizado como prueba de algo ante la Administración o ante un eventual procedimiento judicial. Pero admite que la diferencia entre ambas formas de entender la función probatoria es tan sólo aparente.

⁵⁹⁵critican la dicción del art. 26 al establecer esta dualidad, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 55 y ss, para quien “la relevancia jurídica del documento se identifica con la eficacia probatoria ampliamente considerada”; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, op. cit., p. 199; BACIGALUPO, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 908-909. Conecta esta doble referencia del precepto con la distinción entre documento ocasional e intencional ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 303, quien identifica la eficacia probatoria y la relevancia jurídica con la aptitud y la determinación probatorias; en el mismo sentido, ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 774.

⁵⁹⁶Vid. Diario de Sesiones de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 494, Sesión núm. 58, p. 15018, en que el citado Grupo Parlamentario, por medio del Sr. Padilla Carballada, afirma también que les parece más afortunada la expresión que ellos proponen.

⁵⁹⁷En este sentido, MALINVERNI, *Teoría del falso documental*, op. cit., p. 307.

⁵⁹⁸De tal opinión, MALINVERNI, *la “relevancia jurídica” del documento nei reati di falso*, op. cit., pp. 253-254, en que afirma que no es necesario que el contenido de pensamiento representado en el documento tenga efectiva relevancia jurídica sino que es suficiente con que tal relevancia jurídica pueda configurarse: el interés probatorio

Por tanto, aunque dicho requisito no tenga una gran eficacia en orden a limitar el concepto de documento, atendiendo al abstracto sentido que aquí se le ha dado, sí puede afirmarse que, partiendo de parámetros estrictamente objetivos, puede excluirse la cualidad documental en los llamados documentos históricos⁵⁹⁹, en los documentos literarios o artísticos⁶⁰⁰ -así, la firma del autor en un cuadro, que la jurisprudencia alemana ha considerado documento-, en los documentos claramente contradictorios⁶⁰¹ o en aquellos evidentemente nulos⁶⁰²-aquellos en que no sea verosímil que puedan tener eficacia jurídica-.

2.3.2- Consideraciones conclusivas acerca de la eficacia probatoria y la relevancia jurídica en el art. 26 CP

Ya se ha apuntado como la relevancia jurídica, lejos de presuponer la real eficacia jurídica del documento, lo que puede explicar la consideración de documento de los nulos (por lo menos de aquellos en que no resulta inverosímil la producción de efectos jurídicos), no se concibe aquí como algo distinto de la aptitud probatoria en sentido amplio, conformada con base en parámetros puramente objetivos. Esto es, la disyuntiva que plantea el art. 26 CP, que se refiere en primer lugar a la eficacia probatoria y, en segundo lugar, a cualquier otro tipo de relevancia jurídica no puede considerarse superflua o repetitiva, puesto que la expresión “eficacia probatoria” puede interpretarse en sentido procesal⁶⁰³. Es decir, el art. 26 CP al incluir la locución “eficacia probatoria” está pensando sólo en aquellos datos, hechos o narraciones que, por mor de lo establecido en las normas que en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, tienen eficacia probatoria plena en un proceso, lo que generalmente se predica sólo de algunos aspectos de los documentos públicos y no en los privados, que sólo tienen esa fuerza probatoria plena cuando hayan sido reconocidos por la parte a quien perjudiquen. No otra cosa explica que el legislador haya utilizado la expresión “eficacia probatoria”, lo

penalmente protegido debe tener por objeto un contenido de pensamiento al que le sea verosímelmente atribuible la relevancia jurídica; MALINVERNI, *Fede Pubblica (delitti contro la)*, op. cit., pp. 82-83, en que afirma que lo esencial no es la existencia de una relevancia jurídica real, sino que tal relevancia parezca existente. En el mismo sentido, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 429.

⁵⁹⁹De esta opinión, GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., p. 115; MALINVERNI, *La “rilevanza giurídica” del documento nei reati di falso*, op. cit., p. 254; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 285, aunque entienda que en tal caso no ocurre tanto que falte un elemento esencial del concepto de documento cuanto la ausencia de ofensa al bien jurídico protegido en la falsedad documental. En sentido contrario, KIENAPFEL, *Neue Horizonte des Urkundenstrafrechts -Zur Auslegung der §§ 267, 268 und 274 I Ziff. 1 StGB*, op. cit., pp. 446 y 450, quien tras admitir que la relevancia jurídica no forma parte del concepto de documento, entiende que tienen la consideración de documentos a efectos penales los documentos históricos. BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 324, justifica el mantenimiento de la relevancia jurídica como elemento del documento justamente para excluir del concepto a los documentos históricos. En parecido sentido, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 328.

⁶⁰⁰En tal sentido GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., p. 115; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 285.

⁶⁰¹De esta opinión, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 373, para quien la aptitud probatoria falta sólo en casos extremos, como en las declaraciones contradictorias cuya contradicción no pueda solventarse con la interpretación.

⁶⁰²Sobre la cuestión de la falsedad en documento efectada por vicio que determine su ineficacia -la falsedad en documentos nulos-, vid. infra cap. II, apartado 2.3.

⁶⁰³En sentido contrario, QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 507, quien considera que esta expresión no puede circunscribirse sólo al ámbito procesal, concluyendo que resulta supérfluo el último inciso del art. 26 CP.

que equivale a aludir al valor o fuerza probatoria del documento, con distinto significado, al ser más estricto, que otras expresiones que pudieran haberse utilizado, como “aptitud”, “idoneidad” o “cualidad” probatoria⁶⁰⁴. Por tal razón, el último inciso del art. 26 CP, alusivo a la relevancia jurídica, se está refiriendo en puridad a la aptitud probatoria *sensu extenso* del documento, que se dirige básicamente a los documentos privados, con la finalidad de restringir el concepto excluyendo aquellos que sean absolutamente irrelevantes, en el sentido de que no tengan trascendencia jurídica alguna, entendida en abstracto⁶⁰⁵. No resulta perturbador que el legislador aluda a ambos conceptos si se considera su dirección a la caracterización de distintos tipos de documentos, en referencia a la prueba legal el primero y a la capacidad probatoria abstracta o extraprocesal el segundo.

No obstante, la inclusión de la necesidad de la eficacia probatoria y de la relevancia jurídica, a los que la doctrina de otros países ha reconocido poca importancia, es de especial significación en la definición de documento que incluye el art. 26 CP, con lo que en modo alguno puede considerarse que carecen de relevancia para circunscribir el concepto jurídico-penal de documento. Ello es así, como ya se puso de manifiesto en el epígrafe dedicado a la función de garantía del documento, porque la citada definición no incluye expresamente la necesidad de que el documento tenga un autor conocido y, aunque sea cierto que tal imprecisión podría paliarse teniendo en cuenta los modos comisivos falsarios que el art. 390 CP introduce, también lo es que conviene ya en el mismo precepto dedicado a la conceptualización del documento solventar esta cuestión. Con la alusión a la eficacia probatoria o a la relevancia jurídica el legislador exige implícitamente que el documento ha de tener un determinado autor, puesto que la función probatoria del documento, que vienen a positivizar tales expresiones, tiene por objeto la prueba de la responsabilidad jurídica del declarante para con su declaración, o lo que es lo mismo, la prueba de la paternidad del documento⁶⁰⁶. El documento jurídicamente relevante ha de hacer reconocible a su autor, de ahí que a pesar de que el art. 26 CP no mencione este extremo, la necesaria reconocibilidad del autor pueda entenderse ínsita en el último inciso del mencionado precepto.

⁶⁰⁴En tal sentido, por ejemplo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pp. 131-132, entienden por eficacia probatoria la establecida en las disposiciones normativas creadas al efecto, en el sentido de prueba legal.

⁶⁰⁵De esta opinión, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 295-296, considera que el último inciso del precepto no es superfluo, pues en él el legislador no está pensando en los documentos públicos, que adquieren tal relevancia desde su nacimiento, sino en los documentos privados, a los efectos de circunscribir la amplitud del documento privado, teniendo en cuenta que la relevancia jurídica será algo a enjuiciar en el momento en que se use o invoque el documento frente a alguien o para algo, en cuyo caso se vuelve al criterio de la capacidad probatoria.

⁶⁰⁶En tal sentido, ZIELINSKI, *Urkundenfälschung duch den vollmachtlosen Stellvertreter?*, op. cit., p. 5. Ya BINDING, *Ein Beitrag von dem Gebiete der Ukundenfälschung. Die öffentlichen Urkunden und die beweisereheblichen Privaturkunden*, op. cit., p. 25, puso el acento en la relación existente entre la autenticidad del documento y su relevancia jurídica; vid. también sobre esta cuestión, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deustchen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 225. También BOSCIA, *Della Falsità in atti*, op. cit., p. 3, para quien el contenido del documento es relevante cuando puede relacionarse con una determinada persona.

3- CLASES DE DOCUMENTOS

Una vez fijadas las líneas maestras configuradoras del concepto de documento, conviene a renglón seguido hacer referencia a las distintas clases de documentos a las que el Código penal se refiere en los arts. 390 y ss. El texto punitivo, al regular las falsedades documentales, introduce distintas categorías documentales sobre las que pueden operarse acciones falsarias, fijando penalidades distintas en función del tipo de documento falsificado, así como, en algunas ocasiones, modalidades de comisión más o menos amplias según la clase de objeto material sobre el que la acción recae. Justamente por la incidencia que la naturaleza del documento tiene en la configuración del tipo respectivo y por la distinta penalidad conviene detenerse en el estudio de cada una de estas categorías documentales. Es más, teniendo en cuenta los requiebros que en la doctrina y la jurisprudencia, no sólo de nuestro país, sino de otros vecinos, y no sólo en el ámbito penal, sino también en el civil, administrativo y mercantil, ha originado la definición de cada uno de estos tipos de documento, puede considerarse que todavía no se ha dicho la última palabra acerca de su concreta configuración, por lo que tiene sentido un tratamiento específico, aun cuando sea sucinto, de la cuestión.

Constituye una nota distintiva de nuestro Código penal, arrastrada ya desde el primer texto punitivo promulgado en nuestro país, incluir dentro de las clases de documentos que menciona categorías documentales no definidas en disciplinas del Ordenamiento distintas de la penal. Es decir, junto a categorías documentales que se hallan prefijadas y acotadas en cierta medida por otras ramas del Derecho, como la tradicional distinción entre documentos públicos y privados, el Código penal menciona otra serie de documentos que, pudiendo ser incluidos en uno de los dos grupos citados, reciben mención especial y tratamiento punitivo específico⁶⁰⁷; así los despachos telegráficos, los certificados, los documentos mercantiles y los mismos documentos oficiales⁶⁰⁸. Además de éstas, existe una

⁶⁰⁷En tal sentido FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 149, señala que, a pesar de que el legislador tuvo en cuenta esta división ajena al Derecho penal entre documentos públicos y privados a la hora de ubicar las falsedades en ellos cometidas en diferentes secciones, tal distinción se vuelve inútil al analizar las conductas delictivas previstas, a la vista de la inclusión de otros documentos, estableciéndose una serie de equiparaciones solamente válidas en el ámbito penal.

⁶⁰⁸En esta dirección, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 992, afirma que existe una doble excepción en el tratamiento punitivo de la falsificación en diversas clases de documentos; por un lado existen documentos privados, los mercantiles, cuya falsificación se castiga con la misma pena que la de los documentos públicos por la mayor trascendencia del ataque al tráfico jurídico que los mismos suponen y, por otro, hay documentos públicos, los documentos de identidad (en el Código penal de 1973) y los certificados que, como delicta minora, son objeto de un trato más benévolo. Critican el privilegio con que el Código penal trata la falsificación de algún tipo de documentos de carácter público como los despachos telegráficos, los documentos de identidad (en el anterior Código penal) y los certificados; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 90-91, para quien la tripartición del documento penal en publicidad, privacidad y cuasipublicidad es un tanto caprichosa y

nueva clase de documentos, los denominados documentos informáticos o electromagnéticos, que no constituyen un compartimento estanco en relación con las anteriormente mencionadas, y que por la relativa novedad de su aparición pueden plantear problemas, tanto para trasladarles las funciones del documento pensadas para el tradicional soporte escrito, como en lo referente a la configuración de las distintas modalidades comisivas previstas en los arts. 390 y ss. CP.

En otras ramas del Ordenamiento jurídico en que el concepto de documento ha sido también objeto de estudio, se conocen tan sólo dos tipos de documentos, los documentos públicos y los privados, que se diferencian atendiendo al autor que los emite. Los documentos públicos son aquellos que confecciona un funcionario público, mientras que los privados son los confeccionados por particulares. Sin embargo, como se ha mencionado, el Código penal incluye junto a éstos otras clases de documentos a los que expresamente menciona y que podrían reconducirse a una de las categorías anteriormente dichas; si bien el legislador, en orden a distintas consideraciones, tipifica separadamente su falsificación, o incluye las acciones falsarias efectuadas sobre los mismos equiparándolas a una categoría de documentos que no es la que les corresponde. En este sentido, la falsificación de documentos mercantiles -que no son sino documentos privados, pues no los confeccionan funcionarios públicos- se equipara en penalidad a la falsificación de documentos públicos u oficiales. Dicha parificación se desprende de la misma rúbrica de la Sección 1ª, Capítulo II del Título XVIII, que reza “De la falsificación de documentos públicos, oficiales, y mercantiles y de los despachos transmitidos por los servicios de telecomunicación”; y también de la redacción del art. 392, que junto a la falsedad en documento público u oficial, tipifica la falsedad en documento mercantil cometida por particular, configurando de este modo un supuesto específico de penalidad agravada para la falsificación de documentos que, de no haber estado expresamente mencionados en el articulado del Código penal, deberían haberse entendido incluidos en el art. 395 CP, relativo a la falsificación de documentos privados. En el mismo sentido, aunque con opuestas consecuencias, al suponer la configuración de tipos privilegiados, el Código penal prevé en preceptos separados de los dedicados a la falsedad de documentos públicos u oficiales, la falsedad de despachos transmitidos por los servicios de telecomunicación, en el art. 394 CP, así como la falsedad de certificados, en concreto de aquellos emitidos por funcionario o autoridad, cuya tipificación viene establecida en el art. 398 CP -en la sección 3ª de Capítulo dedicado a la regulación de las falsedades documentales-, fuera, por tanto, de la sección en la que se incluyen las falsedades de documentos públicos y oficiales.

En relación con la naturaleza de los despachos telegráficos, aun cuando éste no haya constituido un tema al que se haya prestado demasiada atención por la doctrina española, sí ha sido objeto de tratamiento específico por parte de autores de otros países, como en Alemania. Ha sido objeto de discusión no tanto su naturaleza de documento público o privado, cuanto la misma naturaleza de documento del telegrama de llegada, por lo menos en la actual doctrina⁶⁰⁹. Se han sostenido diferentes opiniones por lo referente a si la intervención del funcionario en el envío del telegrama le confiere la condición de documento público, sin que la doctrina haya otorgado una solución uniforme⁶¹⁰. Posiblemente para evitar tales

ambigua, lo que supone una absoluta descoordinación entre las terminologías penal, civil y procesal.

⁶⁰⁹Sobre esta cuestión vid., por todos, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2022, nm. 59, según quien el telegrama de llegada, el enviado, es un documento autónomo, en tanto que el emisor utiliza al funcionario como mero instrumento para que reproduzca la declaración que él efectúa, constituyendo una especie de duplicado del documento original.

⁶¹⁰Ampliamente sobre la discusión en la doctrina alemana acerca de si las marcas incluídas en el telegrama por el funcionario respectivo tienen la consideración de

discusiones, ya antiguas en otros países, fue por lo que nuestro legislador, sin relegar el telegrama a la consideración de documento privado, creó un tipo específico privilegiado, incluido en la misma sección que la falsificación de documentos públicos y oficiales⁶¹¹.

En parecida situación se encuentran los llamados certificados emitidos por funcionarios cuya falsificación se incluye en la sección 3ª del Capítulo dedicado a las falsedades documentales. En dicha sección, que consta de los arts. 397 a 399 CP, se prevén dos tipos de documentos; por un lado, los certificados emitidos por facultativos, que son documentos privados y, por otro, los librados por autoridades

documento público, BAUER, *Die Telegraphische Depesche als Gegenstand der Urkundenfälschung im deutschen Strafrecht*, op. cit., pp. 36 y ss, para quien las marcas del telégrafo han de reputarse documentos públicos, sobre la base de que quien las efectúa, aun cuando sea un subalterno, es un funcionario que representa legítimamente a la respectiva Administración, están dirigidas al tráfico exterior a la propia Administración, y para la emisión de documentos públicos no siempre se exigen formalidades específicas, concluyendo que las marcas sobre el lugar de emisión, tiempo de emisión y de llegada de los telegramas son documentos públicos. En el mismo sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger kommentar. Großkommentar*, § 267, nm. 90, considera que las marcas administrativas sobre los telegramas de envío y de llegada son documentos públicos autónomos. En distinto sentido, FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., p. 615, considera que el telegrama de envío es privado, mientras el de llegada es público debido a la intervención del funcionario público. En este mismo sentido, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t. II. Parte especial*, op. cit., p. 143; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 985.

⁶¹¹Gran parte de la doctrina española que se pronuncia acerca de la naturaleza de este tipo de documentos, además de los autores citados en la nota antecedente, se decanta por la consideración del telegrama como documento oficial. De esta opinión, GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 891, quien afirma que no era necesaria la creación de un precepto específico; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 626; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 138, llega incluso a decir, además de que los despachos telegráficos son documentos oficiales y, por tanto, inculpanables conforme a la falsedad de tales documentos si no fuera por la existencia del precepto específico, que posiblemente hayan de considerarse documentos oficiales y beneficiarios de la especial protección del art. 302 y no del 305 del CP de 1973 los emitidos por organismos oficiales y referentes a actos del servicio, aunque le parece más dudoso que tal protección alcance a los despachos en que dichos órganos actúan como destinatarios; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 478; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1071; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., pp. 332-333, afirma que no existe duda alguna acerca de la naturaleza de documentos oficiales de los despachos telegráficos a la vista de lo predispuesto en el art. 596.3 LEC, a lo que añade que no existe justificación alguna para imponer a la falsificación de los mismos una pena más benigna que la prevista para la falsedad de documentos públicos u oficiales, que sólo encuentra explicación en la menor trascendencia probatoria del despacho telegráfico; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 345; BENÉYTEZ MERINO, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coord.), *Código penal comentado*, Ed. Akal, Madrid, 1990, p. 583. ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 115-119, considera, sin embargo, que los telegramas de llegada no son documento, pues constituyen la reproducción del mensaje consignado en la oficina despachadora y ni siquiera llevan la firma de su autor, afirmando que según la normativa colombiana el despacho telegráfico equivale a un escrito pero no se presume su autenticidad, que ha de ser demostrada por los medios de prueba ordinarios. Por su parte, QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 510, critica que se sigan considerando oficiales los despachos telegráficos cuando las comunicaciones en ellos contenidas son privadas. También el Tribunal Supremo, en STS 10 junio 1982 (RJ 3539) ha manifestado que el telegrama es un documento oficial, y que su falsedad ha de penarse conforme a los arts. 302 y 303 CP de 1973 cuando es falsificado por un particular (sic) y no por un encargado de los servicios de telecomunicación.

o funcionarios, que según manifiesta la doctrina mayoritaria⁶¹² y la jurisprudencia⁶¹³ constituyen documentos oficiales. Aunque en el caso de los emitidos por particulares tiene sentido la expresa tipificación de la falsedad, por cuanto la conducta descrita representa una falsedad ideológica que excepciona el principio general de irrelevancia penal de este tipo de falsedades cometidas por particular en el Código penal de 1995, en el supuesto en que sea un funcionario en ejercicio de sus funciones quien emite un certificado falso, la penalidad prevista en el art. 398 es claramente privilegiante respecto de la prevista en el art. 390 CP, cuestión que no tiene una fácil explicación. Las dudas surgen en este aspecto, que será más ampliamente tratado con posterioridad, en relación con el mismo concepto de certificado, así como sobre la cuestión de si todos los documentos a los que la normativa vigente en nuestro país llama certificados y certificaciones han de incluirse aquí.

Realizadas estas consideraciones previas, y abstracción hecha del concepto de documento privado -que no constituye objeto de estudio en este trabajo-, las distintas clases de documentos a que pueden reducirse las diferentes tipologías enunciadas en el Código penal son los documentos públicos, los oficiales y los mercantiles⁶¹⁴, a cuyo análisis se dirigen los siguientes apartados.

3.1- Documentos públicos y oficiales

El Código penal, en los preceptos relativos a la regulación de la falsedad documental, equipara en penalidad la falsedad de documentos públicos y oficiales. El tratamiento de ambos tipos de documento, contrariamente a lo que pudiera

⁶¹²De esta opinión, JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 478; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 369-370, afirmaba ya en relación con el Código penal vigente hasta 1995, que no tenía relación el mantenimiento de una tipificación separada de las falsas certificaciones de un funcionario, puesto que el hecho resultaría encuadrable en el art. 302, siempre aplicable con preferencia por aplicación de lo prevenido en el art. 68 CP de 1973; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 626; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1072; BENÉYTEZ MERINO, *Código penal comentado*, op. cit., p. 583; ETCHEBERRY, *El objeto material del delito de falsedad documental: documentos y sus clases*, op. cit., pp. 239-240, establece que no existe ningún criterio satisfactorio, ni en la ley ni en la doctrina, para separar los certificados de los demás documentos públicos, puesto que la mayoría de documentos públicos son en realidad certificaciones de hechos por parte de los funcionarios que los emiten o autorizan, afirmando que la tipificación específica de los certificados sólo comprendería los emitidos por funcionarios públicos cuando éstos no obrasen dentro de la esfera de sus funciones; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., p. 171, afirman que los certificados son una categoría próxima al documento público por la intervención de un funcionario, pero no directamente encajable en ella cuando se trate de un facultativo, por lo que se regulan autónomamente. En sentido contrario QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 510, quien considera que no parece que los certificados sean documentos oficiales atendiendo a la penalidad privilegiada que para su falsificación se prevé.

⁶¹³Sobre este particular vid. STS 23 enero 1989 (RJ 75) en que se afirma que los certificados contenidos en los arts. 312 y 313 CP de 1973 son documentos públicos u oficiales, cuya falsificación sería incluible en el art. 302 o 303 del mismo cuerpo legal, aunque en virtud del principio de especialidad ha de irse a los artículos en los que específicamente se pena la falsedad de tales documentos. Dichas aseveraciones se hacen, en este supuesto, en relación con una certificación de servicios prestados de la Jefatura Superior de Tráfico.

⁶¹⁴En este sentido, BENÉYTEZ MERINO, *Código penal comentado*, op. cit., p. 583, establece que la casuística enumerativa del Código penal queda reducida a cuatro categorías documentales, a saber: los documentos públicos, los oficiales, los mercantiles y los privados.

parecer atendiendo a su distinta denominación, no puede efectuarse por separado, puesto que constituyen categorías que se sobreponen. Esto es, no puede comprenderse ni concebirse la categoría del documento oficial como algo desligado de los documentos públicos, dado que la doctrina mayoritaria considera que el documento oficial no es más que un tipo específico de documento público. Ésta es la razón por la que el estudio de ambas categorías se acomete conjuntamente, atendiendo a su estrecha relación, que en modo alguno conviene olvidar, so pena, al hacerlo, de conceptualizar el documento oficial con tanta amplitud que cualquier documento, incluso el emanado por un particular, pueda constituir uno de éstos. La tendencia al deslinde de ambas figuras, preconizada por el Tribunal Supremo, ha conducido a tal hipertrofia del documento oficial que, ni aun después de tomar consciencia de su extralimitación, ha sabido reconducir el concepto a sus justos términos.

El Código penal de 1995, que ha establecido una definición normativa del documento, no ha hecho, sin embargo, lo mismo con las distintas clases de documentos que menciona dentro de los ilícitos falsarios. Es por ello que para configurar cada una de las clases de documento ha de acudir a normativa extrapenal que los caracterice⁶¹⁵. Los conceptos de documento público, oficial, y también mercantil constituyen elementos normativos del tipo, conceptos en blanco en palabras de algunos autores⁶¹⁶, cuyo contenido ha de aprehenderse acudiendo al estudio de normas civiles y procesales fundamentalmente. Este supone, sin embargo, el primer escollo, puesto que si bien los ordenamientos extrapenales definidores de las distintas clases de documento conocen las categorías del documento público y del privado, no ocurre lo mismo con los oficiales o mercantiles, ya que ni el Derecho administrativo, ni el civil, ni el mercantil han fijado el contenido de estos conceptos. La desconexión del Derecho penal en relación con la terminología al uso en las otras disciplinas jurídicas, desoyendo la nomenclatura por ellas utilizada, ha hecho que los términos antes reseñados se hayan llenado de contenido a base únicamente de interpretación doctrinal y jurisprudencial, casi sin apoyo legal; este estado de cosas ha originado, sobre todo por lo que a la interpretación jurisprudencial se refiere, una absoluta inflación de tales conceptos. Por contra, el documento público sí viene definido en el ordenamiento extrapenal, por lo que se hará necesario acudir a las normas que lo establezcan para fijar su amplitud. No tendría sentido prescindir del concepto otorgado por el ordenamiento extrapenal a efectos de fijar su contenido, puesto que concede mayor seguridad jurídica el uso de una definición, aun cuando sea extrapenal, que dejar al albur de distintas concepciones interpretativas la determinación de elementos contenidos en un tipo penal, con los peligros que ello entraña, y que podrían hacerse efectivos al desoír las concepciones fijadas por otros ordenes jurídicos. Esto no significa que no puedan tenerse en cuenta las distintas tipicidades penales y las sanciones a ellas correspondientes a los efectos de delimitar mejor los contornos del concepto, sin que puedan usarse para ampliarlo, aplicando así una mayor penalidad⁶¹⁷.

⁶¹⁵Sobre esta cuestión ya GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 880, manifestó que la determinación de los conceptos o clases de documentos es propia del Derecho civil, mercantil y administrativo, pues si la ley represiva descendiera a definir todos los derechos que protege con una sanción un Código penal sería una enciclopedia jurídica; en parecido sentido, VIADA, *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 386; PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, op. cit., p. 295.

⁶¹⁶En tal sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 149, quien, acogiendo lo manifestado por la jurisprudencia, admite que la locución documento público constituye una norma parcialmente en blanco.

⁶¹⁷En este sentido, la opinión manifestada por QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 510, relativa a que un análisis exhaustivo de las regulaciones no

3.1.1- El documento público

A) Definición extrapenal del documento público: cuestiones críticas

Tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas coinciden en que del concepto de documento público se han propuesto dos definiciones distintamente formuladas, por cuanto una de ellas es de carácter descriptivo y la otra de tipo enumerativo o relacional⁶¹⁸ y que se contienen, respectivamente, en los arts. 1216 CC y 596 LEC.

El art. 1216 CC establece que los documentos públicos son “los autorizados por un notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por

penales no puede aportar muchos resultados a la distinción entre documentos públicos, oficiales, mercantiles y privados, pues es inoperante si no se tienen en cuenta los diversos tipos penales, puede ser peligrosa desde el momento en que esos tipos sean tenidos en cuenta para la determinación de conceptos no penales, salvo en aquellos supuestos en que esto beneficie al reo, y aún así puede subsistir el peligro de la inseguridad jurídica cuando las categorías no estén bien delimitadas. Por tal razón, la doctrina mayoritaria en España acude a la normativa extrapenal, cuanto menos a las cláusulas generales, a los efectos de fijar el concepto de documento público, intentando deslindarlo del oficial; en este sentido, por todos, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 787; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 479; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 337; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 633; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades documentales...*, op. cit., p. 352; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 149; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 224; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 137 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 629; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 346, a imagen de como lo hace la doctrina civilista y la procesalista en nuestro país. También en Italia se parte de la definición de documento público contenido en el Código Civil italiano, concretamente en sus arts. 2699 y 2700, si bien la mayoría de autores admiten que el concepto de documento público penal es más amplio que el civil. Como muestra, vid. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 598; RANIERI, *Manuale di Diritto penale*, op. cit., p. 647; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 430; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 50; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 227; SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 10; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 47; MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., pp. 129-130; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 109-111. Del mismo modo, la doctrina alemana mayoritaria parte del concepto de documento público fijado por los §§ 415, 417 y 418 ZPO y los traslada al ámbito penal; vid., por todos, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 211; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 215; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 406; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2044, nm. 4; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 190; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 317; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 271, nm. 3; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 7. En sentido contrario, ETCHEBERRY, *El objeto material del delito de falsedad documental: documentos y sus clases*, op. cit., pp. 230-232, afirma que al utilizar el Código civil en su país la locución “instrumento” en lugar de “documento”, que es más amplia, la adopción indiscriminada de la definición civilista podría conducir a una arbitraria limitación penal del concepto de documento público, concluyendo que el concepto civilista es demasiado restringido para la amplitud que en materia penal debe asignarse al término documento.

⁶¹⁸En tal sentido, CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 528; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 89, para quien el extremo laconismo de la definición descriptiva y la desmesurada abundancia de la procesal no abonan por la clara solución del asunto ni sirven para precisar la distinción entre documento público y documento oficial.

la ley”⁶¹⁹. La lacónica redacción de este precepto apunta, por lo menos, las tres características definidoras del documento público, cuales son: que el documento sea emitido por un funcionario, que el mismo sea legalmente competente para emitirlo por razón tanto de la materia como del territorio y que en tal emisión observe la forma prescrita para cada caso⁶²⁰. Ello con independencia de que el contenido del documento esté a su vez regido por normas de Derecho público, constituyendo así un documento formal y sustancialmente público, o que éste escriture cualquier declaración, sea o no negocial, regida por el Derecho privado, instrumentalizándose en ese caso un documento formalmente público pero sustancialmente privado⁶²¹. Sin embargo, la fórmula incluida en el art. 1216 CC resulta demasiado vaga y está pensada preferentemente para los documentos

⁶¹⁹DÍEZ-PICAZO, *Fe pública y documento público*, en RODRÍGUEZ PIÑERO y otros *La fe pública*, op. cit., p. 206, expone que la definición de documento público contenida en el Proyecto de Código penal de 1851 pasó prácticamente invariada al art. 1216 CC vigente, con las variaciones de sustitución de la palabra “instrumento” por “documento” y las de “oficial o empleado” por las de “Notario o empleado”; RODRÍGUEZ ADRADOS, *El documento en el Código civil*, op. cit., p. 2451, critica la poca significación de la expresión “funcionario competente” en este precepto, en comparación con el texto francés, que exige que el funcionario tenga el “derecho de instrumentar” y que esté autorizado para atribuir fe pública.

⁶²⁰No basta la mera condición de funcionario público para la autorización de un documento público, puesto que con ello no está completamente definido el concepto. A pesar de ser este el elemento que más plásticamente puede diferenciar a dicha clase de documentos de los privados, también pueden existir documentos emitidos por funcionarios que tengan carácter privado; piénsese en una carta personal dirigida a un familiar o a un posible comprador de un bien que el funcionario venda, por ejemplo. Por tal razón se incorporan conjuntamente estos tres elementos del concepto de documento público, en este sentido vid. FAUSTO MORENO, *Documento*, op. cit., p. 678, quien refiere estas tres características a la figura del Notario; NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, op. cit., p. 89, quien también refiere esas características al documento notarial; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1064; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 346. Sin embargo, los autores civilistas clásicos, en lo concerniente a los documentos públicos, se conformaban con que el autor fuera un funcionario público y que observara las formalidades prevenidas en la ley. En tal sentido, NUÑEZ LAGOS, *Concepto y clases de documentos*, op. cit., p. 25; GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., pp. 137-138, quienes afirman que no basta con la naturaleza pública del otorgante del documento para que el mismo sea público, ya que el Código exige además un elemento material (que el funcionario sea competente) y otro formal (que se otorgue con las solemnidades requeridas por la ley), criticando el criterio del Código civil de clasificar los documentos atendiendo exclusivamente a su autor por incompleto e inexacto; DÍEZ-PICAZO, *Fe pública y documento público*, en RODRÍGUEZ PIÑERO y otros, *La fe pública*, op. cit., p. 207; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 140-141.

⁶²¹Tal es la terminología utilizada por MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 680-688, incluyendo entre los primeros a los documentos legislativos, administrativos de carácter externo y judiciales y entre los segundos a los documentos notariales. Adopta esta terminología en España, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 337, quien entiende, al igual que el mencionado autor italiano, que los documentos formalmente públicos y sustancialmente privados, esto es, aquellos en que las partes acuden ante un funcionario documentador con la finalidad de que escriture las declaraciones por ellos emitidas y referidas a negocios privados, tienen dos autores, los autores en sentido sustancial, que son quienes declaran, y aquellos que lo son en sentido formal, esto es, los funcionarios autorizantes. También en Alemania, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 211, ha manifestado que no empece a la consideración de público del documento el que el contenido en el mismo reflejado sea de carácter público o privado; asimismo vid. BINDING, *Ein Beitrag zur Lehre von dem Gebiete der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 5.

notariales, al igual que los demás preceptos del Código civil relativos a los documentos públicos, como luego se tendrá ocasión de ver. Tal definición del documento público desoye la existencia de una ingente cantidad de documentos emitidos por la Administración pública, que han ido multiplicándose en las últimas décadas, al ir asumiendo el aparato del Estado nuevas competencias en todos los sectores de la vida pública y económica; de tal forma, empieza ya a hablarse con asiduidad de la fe pública administrativa⁶²², en la que no estaba pensando este precepto, ideado para otorgar carácter público a la escritura pública notarial, el instrumento público por excelencia. No obstante, la importancia emergente de la documentación emitida por la Administración no sólo se reconoce por la doctrina, sino que es la propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la que en su art. 46.4 establece que “tienen la consideración de documento público administrativo los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas”.

Frente a la definición de documento público de carácter descriptivo establecida en el art. 1216 CC, el art. 596 LEC, formula una definición de tipo enumerativo, estableciendo un elenco de documentos públicos. Reza este precepto “Bajo la denominación documentos públicos y solemnes se comprenden: 1.º Las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho. 2.º Las certificaciones expedidas por los Agentes de Bolsa y Corredores de Comercio, con referencia al libro registro de sus respectivas operaciones, en los términos y con las solemnidades que prescriben el art. 64 del Código de Comercio y leyes especiales. 3.º Los documentos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones. 4.º Los libros de actas, estatutos, ordenanzas, registros, catastros y demás documentos que se hallen en los archivos públicos o dependientes del Estado, de las provincias o de los pueblos, y las copias sacadas y autorizadas por los Secretarios y Archiveros por mandato de la Autoridad competente. 5.º Las Ordenanzas, Estatutos y Reglamentos de Sociedades, Comunidades o Asociaciones, siempre que estuvieren aprobados por Autoridad pública, y las copias autorizadas en la forma prevenida en el número anterior. 6.º Las partidas o certificaciones de nacimiento, de matrimonio y de defunción dadas con arreglo a los libros por los Párrocos o por los que tengan a su

⁶²²En tal sentido, PAREJO ALFONSO, *Fe pública y Administración pública*, en RODRÍGUEZ PIÑERO y otros, *La Fe pública*, op. cit., p. 168, se refiere a que la fe pública notarial es *lato sensu* un servicio público administrativo, con sólo una organización y un estatuto de prestación específicos, mientras en el tráfico jurídico de la Administración pública la fe pública aparece generalmente subsumida en el ejercicio de las potestades y las competencias en que éstas se desagregan por los distintos órganos jurídicos, poniendo como ejemplo paradigmático de tal fe el caso del régimen local de secretaría, en p. 183, aunque reconoce, en pp. 187 y ss, que el panorama de la fe pública administrativa se ha visto enturbiado por el fenómeno de la desorganización de la organización administrativa, que no permite establecer criterios claros sobre el juego de las fes públicas en sus respectivos campos de acción, lo que se ha visto aun más dificultado por la privatización de algunos sectores administrativos; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *La función certificante del Estado (con especial referencia a las intervenciones administrativas sobre los “derechos de autor”)*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, pp. 39 y ss, quien atribuye la función certificante al Estado, a pesar de considerar que en supuestos concretos no es su titular quien la ejerce por medio de funcionarios públicos por razones coyunturales (caso de los Notarios y Corredores mercantiles), de naturaleza lógica (capitanes de buque mercante) o de tradición (párrocos de la Iglesia Católica); PRIES PICARDO, *Sobre la fe pública mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 22 y 106, se refiere a la existencia de una fe pública extrajudicial, que denomina administrativa, que es la cuantitativamente más importante y que corresponde a todo funcionario que tenga competencias administrativas que le exijan y que no se refieran sólo a asuntos internos de la Administración, sino a sus relaciones *ad extra*.

cargo el Registro civil; 7.º Las ejecutorias y las actuaciones judiciales de toda especie”.

La enumeración que este precepto establece, como ocurre en casi todas las ocasiones en que una determinada materia se regula empleando una técnica casuística que pretende aprehender la totalidad de supuestos planteados en la práctica jurídica, no agota la totalidad de documentos públicos. Sin embargo, esta circunstancia no representa un gran inconveniente, habida cuenta de la existencia del número 3º del precepto que, por la generalidad con que ha sido formulado, admite incluir en él cuantos documentos públicos hayan sido omitidos en la relación, configurando así un elenco abierto. A pesar de ello, la caótica redacción del precepto ha propiciado la aparición de tradicionales clasificaciones tendentes a simplificarlo. Se ha afirmado que hay documentos públicos pertenecientes a la esfera legislativa, la administrativa -tanto en el caso de los documentos causados directamente por el funcionario (art. 596.3 LEC), o documentos causados por personas físicas o jurídicas en los que los funcionarios han tenido sólo una labor de fiscalización, control o aprobación (art. 596.5 LEC) o bien aquellos en que los funcionarios no controlan la veracidad del contenido del documento, sino exclusivamente la coincidencia exterior entre el documento que expide y el registro en que está confinado (art. 596.4 LEC)-, así como documentos pertenecientes a la esfera judicial (596.7 LEC), y una serie de documentos cuyo contenido es una relación jurídica privada y que se recogen sólo en atención a que están enumerados por la ley junto a los documentos públicos *stricto sensu*, -como son las escrituras públicas notariales y los referentes al tráfico mercantil-⁶²³. No obstante, resulta difícil encontrar en este precepto una referencia explícita al documento público legislativo, por lo que parece más acorde con la letra de la ley la clasificación mayoritariamente seguida de los documentos públicos en notariales, judiciales y administrativos⁶²⁴.

De tales tipologías de documentos constituye el documento notarial el más paradigmático de los ejemplos de documento público, tanto es así que la doctrina civilista, por la misma influencia de la regulación en el Código civil, lo ha utilizado como punto de partida para construir el concepto de documento público. Pero el instrumento público por excelencia no ha sido cualquier clase de documento notarial, sino la escritura pública, como lo demuestra la misma redacción del núm. 1º del art. 596 LEC. El precepto olvida que existen otros tipos de documentos emitidos por Notario tales como las actas, o las copias de los documentos por él

⁶²³En este sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., pp. 139-141, quienes, asimismo, acogen también la clasificación de Prieto Castro en documentos referentes al tráfico civil (núms. 1, 2 y 5), documentos judiciales (núms. 6 y 7) y documentos administrativos (núms. 3 y 4). Acoge también la distinción entre documentos públicos legislativos, administrativos y judiciales DÍEZ-PICAZO, *Fe pública y documento público*, en RODRÍGUEZ PIÑERO y otros, *La fe pública*, op. cit., p. 210.

⁶²⁴De esta opinión es la doctrina procesalista y parte de la civilista. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil, Vol. I, Parte general*, op. cit., p. 340; GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional, t. II. Proceso Civil, vol. 1º*, op. cit., p. 256; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal civil. t. I*, op. cit., p. 558; FAUSTO MORENO, *Documento*, op. cit., p. 677; BONET Y NAVARRO, *Documento*, op. cit., p. 2570; NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, op. cit., p. 84. En el mismo sentido también parte de la doctrina penalista; vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 629; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1734; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 64, quien considera que documentos notariales son los previstos en el art. 596.1º y 2º LEC, los judiciales los constituyen los incluidos en el art. 596.7º LEC así como las partidas de nacimiento y otros documentos emitidos por el Registro civil y los administrativos son los enumerados en el art. 596 núms. 3, 4 y 5 LEC.

otorgados⁶²⁵, cuya ausencia en el art. 596 LEC constituye ya un indicio de su ausencia de complitud, que puede salvarse acudiendo al número tercero del precepto⁶²⁶.

También peca por defecto el art. 596 LEC, porque cuando, en su núm. 2º, se refiere a los documentos emitidos por los fedatarios mercantiles, omite toda mención a los a los Corredores Intérpretes de Buques -también llamados Corredores Intérpretes Marítimos⁶²⁷-, que junto a los Corredores de Comercio colegiados tienen reconocida su condición de fedatarios mercantiles en el art. 93 del Código de Comercio⁶²⁸. Este último precepto incluye, además de los fedatarios mercantiles mencionados, a los Agentes de Cambio y Bolsa, lo que no tiene mucho sentido tras la aprobación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por mor de la que quedan privados como tales de su condición de fedatarios mercantiles salvo que ingresen en el cuerpo de Corredores de Comercio⁶²⁹. La incorporación al cuerpo de Corredores de Comercio no se ha

⁶²⁵En tal sentido, el art. 144 del Reglamento Notarial establece que “el instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas y, en general, todo documento que autorice el Notario, bien sea original, en copia o testimonio”, afirmando en el párrafo segundo que “contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases”, mientras según el párrafo tercero del precepto “la órbita de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte de otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada”. Por su parte, el art. 197 del mismo cuerpo legal establece que “Los Notarios, a instancia de parte, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten, y que por su naturaleza no sean materia de contrato”, estableciéndose en los arts. 199 y ss. del Reglamento los distintos tipos de actas, así las de presencia, de remisión de documentos por correo, de notificación y requerimiento, de exhibición de cosas o de documentos, de referencia, de notoriedad, de protocolización, de depósito ante Notario. En relación con las copias, el art. 221 del Reglamento Notarial preceptúa que se consideren también escrituras públicas las copias de la escritura matriz. Fuera del Capítulo II del Reglamento, dedicado a la regulación del instrumento público, el Capítulo III se dedica a la normativización de otros documentos notariales, tales como testimonios o copias de documentos cuya matriz no esté en el protocolo, así como la legitimación de firma -que es una forma específica de testimonio-, y las legalizaciones. Más ampliamente sobre los distintos tipos de documentos notariales NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, op. cit., pp. 92-94, quien pone de manifiesto la llamada crisis de la diferencia entre actas y escrituras notariales, pues en opinión de muchos Notarios las escrituras y actas no han de considerarse como dos categorías dogmáticas, sino como “simples casos de observancia de formalidades” según la múltiple variedad de supuestos a documentar; DE PRADA GONZÁLEZ, *Los sistemas documentales. El documento público y el instrumento público*, en *Estudios sobre Derecho documental, Estudios de Derecho Judicial*, 4, Ed. Escuela Judicial/Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, pp. 41-46.

⁶²⁶Considera una muestra de la incongruencia entre las definiciones de documento público otorgadas en la LEC y en el Código civil la ausencia de referencia expresa a las actas notariales en la primera, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 152.

⁶²⁷Alude al cambio de denominación de este conjunto de agentes mediadores URÍA, *Derecho Mercantil*, 23ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 58, haciendo referencia al Real Decreto de 8 de junio de 1930, que reorganizó al cuerpo, pasando a llamarlos Corredores Intérpretes Marítimos.

⁶²⁸Ponen de manifiesto tal olvido CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 529; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 788; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 154, quien propone por este particular, además de por otros, la modificación del art. 596 LEC.

⁶²⁹En este sentido, BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, 9ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 162, afirma que tras la entrada en vigor de la mencionada Ley, los

operado en el caso de los Corredores Marítimos, que continúan manteniendo su autonomía como fedatarios mercantiles. No obstante, el mayor inconveniente en este aspecto no se debe tanto a la falta de inclusión de concretos cuerpos de agentes colegiados de comercio cuanto a los documentos por ellos emanados que el art. 596.2º LEC incluye. En este precepto se mencionan como documentos públicos únicamente las certificaciones emitidas por Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio referidas al libro registro de sus respectivas operaciones, omitiéndose toda alusión a la naturaleza de las pólizas por ellos intervenidas así como a los mismos asientos que constan en los libros a cuya llevanza están obligados, según establece el párrafo segundo del art. 93 Ccom⁶³⁰. Tal cuestión no es en absoluto baladí, puesto que si bien la amplitud en la redacción del núm. 3º del art. 596 LEC permite incluir aquellos documentos públicos no expresamente mencionados en su enumeración, no es en absoluto clara la naturaleza de los documentos que los mediadores de comercio colegiados emiten. La pugna corporativista mantenida entre la clase notarial y la de Corredores de Comercio viene ya de años, y en su mantenimiento se han vertido ríos de tinta. Por parte de los integrantes del cuerpo de Notarios se intenta demostrar la ausencia del carácter de fedatario de los Corredores de Comercio colegiados, y por parte de estos últimos se argumenta su condición de fedatarios mercantiles y, por tanto, se defiende la naturaleza pública de los documentos en que intervienen⁶³¹. Sea como

miembros de este cuerpo pueden optar por una de estas tres opciones: incorporarse al Cuerpo Nacional de Corredores de Comercio, desempeñando así las funciones de comisionistas y fedatarios que ellos realizan, bien continuar hasta su jubilación como Agentes de Cambio y Bolsa de la bolsa a la que estén adscritos, aunque reduciéndose su función a la estrictamente bursátil, o bien ingresar en una de las Sociedades o Agencias de Valores que la Ley crea.

⁶³⁰En virtud del mismo “llevarán un libro-registro con arreglo a lo que determina el art. 27, asentando en él, por su orden, separada y diariamente, todas las operaciones en que hubiesen intervenido, pudiendo además llevar otros libros con las mismas solemnidades”. A este respecto, establece además el art. 58 Ccom. que “si apareciere divergencia entre los ejemplares de un contrato que presenten los contratantes, y en su celebración hubiese intervenido Agente o Corredor, se estará a lo que resulte de los libros de éstos, siempre que se encuentren arreglados a derecho”.

⁶³¹Como muestra, vid. GARCÍA VILA, *El autor del documento fehaciente del art. 1435 LEC*, en *Poder Judicial*, 2ª época, nº 39, 1995, pp. 194 y ss., dedicado a defender la posibilidad de la autoría notarial de un documento, como el previsto en el art. 1435 LEC, que consiste en el control por parte de un tercero de la certificación que el banco emite con el saldo correspondiente al liquidar unilateralmente una cuenta bancaria, y que tradicionalmente ha sido llevada a cabo por Corredores de Comercio; PRÍES PICARDO, *Sobre la fe pública mercantil*, op. cit., passim, se dedica en toda la obra a intentar fundamentar, apoyándose en argumentos jurídicos, que los Corredores de Comercio son auténticos fedatarios, no sólo mediadores como los Notarios prefieren considerarlos, y que, en consecuencia, las pólizas por ellos intervenidas tienen la consideración de documentos públicos; aunque reconoce que el sistema de dación de fe de los Corredores tiene singularidades en relación con el de los Notarios: no se funciona con copias, se admite la posible intervención en documentos que las partes presentan ya redactados, la conservación de la copia del documento intervenido en el registro-archivo que llevan, se excluye del principio de unidad de acto propio del mundo mercantil, etc.; de manera que el Corredor es un fedatario que restringe su competencia al mundo mercantil con un procedimiento más flexible que el notarial, sin ser, como se ha pretendido, un mero legitimador de firmas. En el mismo sentido, DOMINGO GONZÁLEZ, *La función notarial de los Corredores de Comercio colegiados*, en *La Ley*, Diario 3888, 1995, passim, quien en consonancia con la opinión de otros miembros de su colectivo profesional sostiene que las pólizas intervenidas constituyen documentos públicos, como se demuestra a la vista de la normativa mercantil, por lo que ha de reformarse el art. 596.2 LEC, anacrónico, para incluir entre los documentos públicos de los Corredores a las pólizas que intervienen, puesto que el precepto en su redacción actual es reflejo de una época pasada que se encuentra en

fuere, lo cierto es que tal omisión ha provocado una cierta confusión, puesto que la póliza, de no considerarse documento público, habría de serlo privado. La consecuencia podría evitarse atendiendo a que el Código penal equipara la falsedad de documentos privados mercantiles a la de documentos públicos, y la póliza intervenida podría tener la consideración de documento mercantil⁶³², con lo que la diferente consideración no tendría efectos penológicos en la mayoría de falsedades documentales imaginables, aunque supondría una gran dificultad a la hora de aplicar a estos supuestos la modalidad falsaria prevista en el art. 390.1.4º CP. No tiene sentido que las pólizas intervenidas, siendo el documento original, se consideren documentos mercantiles -privados, por tanto-, cuando las mismas son escrituradas en los libros registro de los Corredores, pudiendo expedirse certificaciones de estos asientos, que son documentos derivativos, y que sí tienen expresamente reconocida en la Ley la naturaleza de documento público. La conclusión que cabría extraer entonces es que las certificaciones tendrían mayor fuerza probatoria que el propio original, lo que carece de sentido, máxime teniendo en cuenta que tales pólizas constituyen títulos que llevan aparejada ejecución⁶³³. Por tal razón, además de porque la legislación mercantil reconoce a los agentes mediadores colegiados su condición de Notarios -fedatarios- en el ámbito mercantil, sería deseable que se indicara expresamente en la ley la condición pública del documento intervenido, ya sea de todo el complejo, ya, si así se prefiere, de la concreta indicación de intervención del Corredor, pues aun cuando sólo sea equiparable la misma a la legalización de firma por parte de un Notario, no se duda del carácter público de dicha legalización⁶³⁴.

desconexión con la legislación mercantil, además de haber sido argumento utilizado por un sector notarial para negar la naturaleza de los documentos públicos a las pólizas intervenidas. En sentido contrario, DÍEZ-PICAZO, *Fe pública y documento público*, en RODRÍGUEZ PIÑERO y otros, *La fe pública*, op. cit., pp. 208 y 217-218, quien recoge la opinión manifestada por Mucius Scaevola, que establece que no sólo son documento público las certificaciones expedidas por los Corredores de Comercio, sino también las pólizas por ellos intervenidas y considera que sólo son documento público las certificaciones por ellos emitidas y los asientos en sus libros, pero no los documentos por ellos intervenidos, pues en éstos el Corredor se limita a estampar su firma, lo que para el autor guarda una notable similitud con los documentos privados en los que las firmas se encuentran notarialmente legitimadas.

⁶³²En tal sentido, la STS de 4 de abril de 1990 (RJ 3716) afirma que la póliza de un contrato de crédito intervenida por un Corredor de Comercio es un documento mercantil, negando su carácter de documento público u oficial; en el mismo sentido la STS de 26 de enero de 1995 (RJ 680); mientras en STS de 16 de octubre de 1995 (RJ 7684) se afirma que las certificaciones emitidas por los Agentes de Cambio y Bolsa han de considerarse documentos públicos habida cuenta de que funcionan como Notarios por mor del art. 93.1 Ccom.

⁶³³Cfr. art. 1429.6º LEC, en virtud del cual "(...) sólo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes: (...) 6.º Las pólizas originales de contratos mercantiles, firmadas por las partes y por Agentes de Cambio y Bolsa o Corredores de Comercio colegiados que las intervengan, con tal que se acompañe certificación en la que dichos agentes acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registo y la fecha de éstos".

⁶³⁴En tal sentido, BLANQUER UBEROS, *Documento público*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, op. cit., p. 2578, manifiesta que para que exista documento público el funcionario ha de autorizar el documento, ha de ser su autor, pues si se limita a autorizar un documento adicional, como en el caso de la legitimación de firmas por parte del Notario o la diligencia de intervención de un Corredor de Comercio colegiado, sólo éste tendrá la consideración de documento público, y no el documento adicionado. De la misma opinión, RODRÍGUEZ ADRADOS, *Naturaleza documental de la póliza intervenida*, en AAMN, t. XXXV, 1996, pp. 51 y ss. y 87, según quien la póliza intervenida es la yuxtaposición de dos documentos que no se confunden; uno público -la intervención del Corredor- y otro privado -la póliza de los contratantes-.

Por exceso peca el art. 596 LEC al introducir reiteraciones, tales como la mención expresa de los documentos extraídos de asientos obrantes en el Registro civil -en su núm. 6º- que bien podrían entenderse ya comprendidos en el núm. 4º del precepto⁶³⁵. Sin embargo, resulta todavía más criticable que considere públicos ciertos documentos que en modo alguno pueden calificarse como tales hoy en día, así ocurre con algunos de los previstos en el núm. 6º del precepto, referido entre otros a las partidas de nacimiento, matrimonio y defunción emitidas por Párrocos⁶³⁶, si bien tal disfunción se explica teniendo en cuenta el momento histórico en que se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se producen, no obstante, otra serie de desconexiones, difícilmente solventables, no tanto por cuanto se refiere a la relación del precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la definición de documento público ofrecida por el Código civil, cuanto por conciliar la enumeración de documentos públicos que el art. 596 LEC incorpora con la tipificación de las falsedades sobre los distintos tipos de documento que se contienen en nuestro Código penal. Las dudas al respecto aparecen en dos concretos ámbitos: por un lado, en el otorgamiento de la consideración de documentos públicos del artículo de la ley rituarial a determinadas certificaciones y, por otro, por la redacción del núm. 3 del citado precepto, en el que tanto la doctrina como la jurisprudencia ha visto la definición del documento oficial en la terminología utilizada por el Código penal.

El art. 596 LEC alude en sus números 2º y 6º a específicas certificaciones incluyéndolas dentro del documento público. Sin embargo, el Código penal, en su art. 398, otorga un trato privilegiado a la autoridad o funcionario público que libre una certificación falsa, sustrayendo la falsedad de este tipo de documentos del ámbito del art. 390 CP. El problema vendrá determinado por qué deba entenderse por certificación y por la cuestión de si, a pesar de que la respectiva normativa confiera a dichas certificaciones la cualidad de documento público, su falsificación habrá de obtener un trato privilegiado en relación con la falsificación de otros documentos públicos.

No ha sido en España suficientemente estudiado, por lo menos por la doctrina penalista, el concepto de certificación. Ello se explica por la anterior regulación del Código penal, que sólo otorgaba un trato punitivo privilegiado a específicas formas de certificados que venían enumeradas en los arts. 311 y 312, CP de 1973 y que eran las de enfermedad libradas por facultativos no funcionarios y aquellas emitidas por funcionarios públicos de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas, respectivamente. La discusión se había centrado en torno a si la falsificación sobre otras certificaciones distintas a éstas había de incluirse entre los delitos de falsedad en documento público u oficial o privado en función del sujeto que las libraba, con especial referencia a los certificados de defunción emitidos por médicos no funcionarios⁶³⁷.

⁶³⁵De esta opinión, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 157.

⁶³⁶Se muestran contrarios a la consideración de públicos de documentos emitidos por ministros del culto, CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 529, en base a que dichas certificaciones carecen del carácter de documento público con arreglo a lo dispuesto en el art. 35 de la Ley del Registro Civil; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 788, quien además afirma la improcedencia de que tal precepto no aluda a las certificaciones de ciudadanía o vecindad; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 157.

⁶³⁷La calificación que había de darse conforme al anterior Código penal a la falsificación de certificado de defunción emitido por médico no funcionario ha sido tratada por DÍAZ Y GARCÍA, *Falsedad imprudente en certificado médico de defunción*, en *La Ley*, 1986-2, pp. 247 y ss, al hilo del comentario de la STS de 13 de diciembre de 1985 que, basándose en que el médico al certificar la muerte de una persona está ejerciendo una función pública y ha de considerarse funcionario a efectos penales, al ser la certificación necesaria para inscribir el óbito en el Registro civil, está emitiendo un documento oficial. El

No obstante, el concepto de certificado, junto a los de autorización administrativa, concesión administrativa y testimonio, sí ha sido objeto específico de tratamiento por parte de la doctrina penalista italiana, que se ha visto abocada a ello porque que su Código penal privilegia la falsedad cometida en certificados en general, sin referirse a ninguna clase concreta de los mismos, al igual que ocurre con los testimonios y las autorizaciones administrativas. En Italia suele definirse el certificado como una declaración de ciencia o de conocimiento del funcionario público que no ha de referirse necesariamente a una actividad directamente desarrollada por él o que haya acontecido en su presencia; de tal forma, la declaración se anuda a circunstancias de hecho percibidas por otra persona o notorias, por lo que la diferencia entre el certificado y el documento público propiamente dicho estribaría en la directa percepción de los hechos por parte del funcionario, que constituye requisito del concepto de documento público pero no del certificado⁶³⁸. Las certificaciones se consideran documentos formalmente derivativos pero sustancialmente originarios, porque sustentándose en informaciones ya comprobadas por el funcionario -generalmente sobre la base de específicas aportaciones documentales- declaran una situación jurídica nueva, tienen propia individualidad⁶³⁹. Esto las diferencia de los testimonios, que sí son auténticos documentos derivativos, pues constituyen reproducciones sucintas del contenido de otros documentos⁶⁴⁰. Distintas de los certificados y de los testimonios

autor, en contraposición, entiende que más que decir que el médico es particular que falsifica un documento oficial, debe o bien afirmarse que es funcionario que falsifica documento oficial, o bien que falsifica certificado no incluido en el art. 311 CP.

⁶³⁸En tal sentido, CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., pp. 222 y 224-226; CANTANARO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 72; SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 21-24, que se refiere a los certificados como documentos derivativos o de segundo grado porque el funcionario público no tiene la oportunidad de comprobar de *visu et auditu* el hecho histórico que documenta, limitándose a la prueba de la existencia del documento original; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 40-50, para quien la esencial diferencia entre certificado y el documento público no es tanto la naturaleza constitutiva del documento público y la declarativa del certificado cuanto su preexistencia, en el caso del certificado, o su novedad, en el caso del documento público; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 99-101; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 192-196, quien se refiere a los certificados como documentos de certificación, como subclase de documento público, aportando un amplio concepto de los mismos, al incluir bajo tal denominación las copias y los testimonios; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 609; BOSCIA, *Della falsità in atti*, op. cit., p. 6; TEBOLDI, *Sulla qualificazione giuridica dei reati di falso concernenti i certificati di provenienza degli oli minerali (H TER 16)*, en *La Giustizia Penale*, parte seconda, 1983, p. 733.

⁶³⁹En tal sentido, DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 587; MALINVERNI, *I documenti pubblici nei reati di falsità*, en *La Giustizia Penale*, parte seconda, 1951, pp. 566-568; ALBAMONTE, *Riflessioni in tema di atti pubblici in materia penale*, en *La Giustizia Penale*, parte seconda, 1977, p. 260, quien alude a los certificados como una tercera categoría de documentos entre los llamados documentos públicos originales y derivativos, pues son formalmente derivativos pero sustancialmente originales, en tanto en cuanto por medio de hechos reproducidos en otros documentos representan a su vez un hecho jurídico nuevo que tiene autonomía propia además de propios efectos jurídicos.

⁶⁴⁰En este sentido, por todos CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., pp. 96-97; SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 50-51; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 94; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 716-719, quien expresamente reconoce que aunque alguna ley llame certificados a los testimonios, no ha de confundirse una categoría con otra, pues los testimonios representan siempre documentos derivativos de los documentos a cuyo contenido se refieren, mientras los certificados son documentos originales que tienen plena autonomía o que no testimonian el contenido de otros documentos públicos o privados; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit.,

son las llamadas autorizaciones administrativas, que consisten en documentos emanados por la administración pública en virtud de los cuales un sujeto de derecho es facultado bien a desarrollar una determinada actividad cuyo ejercicio sería de otro modo delictivo, bien a emitir un negocio jurídico que faltando la autorización sería inválido o a gozar de un bien o servicio o beneficio en cuanto sea discrecional de la Administración la concesión del mismo. Se distinguen, pues, de la concesión en que ésta crea un derecho, mientras la autorización no lo hace, al posibilitar únicamente el ejercicio de un derecho o de un poder ya existente, removiendo un límite no absoluto impuesto por la ley para el ejercicio de un poder individual⁶⁴¹.

Con independencia de los conceptos de concesión y autorización, que nuestro Código penal no incluye expresamente -de ahí que hayan de considerarse públicos u oficiales-, interesa deslindar las categorías del concepto certificado y testimonio, dado que nuestras leyes, incluso la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refieren con el nombre de certificaciones a aquellos documentos que reproducen sucintamente el contenido de otros documentos, lo que en la doctrina italiana recibe el nombre de testimonios. No ha de confundirse el certificado, que a pesar de ser documento público formalmente derivativo, es originario, al ser autónomo y crear una situación jurídica nueva -como ocurre con los certificados de buena conducta o vecindad-, con aquellos documentos que, a pesar de recibir la denominación legal de certificaciones, reproducen sucintamente el contenido de otros -así los que expiden los Corredores de Comercio sobre los asientos contenidos en sus libros registro, los Secretarios de la Administración local sobre los asientos que contengan los libros de actas o los Jueces encargados del Registro Civil sobre los asientos en él contenidos-. No se trata aquí de documentos en los que el funcionario escribió extremos que no ha producido él o no han tenido lugar en su presencia, como cuando se afirma que una persona es vecina de una determinada localidad, en que el funcionario se basa en aportaciones documentales para certificar el hecho, sino de documentos emitidos por funcionarios -fedatarios en la mayoría de ocasiones-, que acreditan la correspondencia del contenido de la certificación con el del original en sus libros contenido. Esto es, el tráfico jurídico con documentos, en determinados ámbitos de la actividad administrativa, y también en la Administración de Justicia, no funciona mediante presentación del original, sino previa entrega de un documento que reproduce, aun cuando sea resumidamente, lo que se refiere en el documento madre, por la imposibilidad física de portar el documento original, que sólo podría conseguirse extrayéndolo físicamente del libro en el que se encuentra. Estos supuestos serían parangonables con aquellos en que el Notario emite copias de las escrituras matrices de documentos que constan en su protocolo, cuya naturaleza de documentos públicos no se discute. Por ello, dichas certificaciones que no se refieren a hechos que el funcionario no ha podido percibir directamente o a juicios de valor, sino que representan un extracto de determinados documentos originales, han de

p. 432; SABATINI, *False interpretazioni in tema di falsità in atti*, en *La Giustizia Penale*, parte seconda, 1949, p. 351, manifiesta que el certificado de antecedentes penales, cuya naturaleza de certificado o testimonio ha sido ampliamente discutida, ha de considerarse testimonio, si bien admite que no puede negarse su entrada en la naturaleza de los documentos certificativos.

⁶⁴¹Sobre tales conceptos vid., por todos, MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 197-199, quien se refiere a ambos tipos de documentos con la denominación genérica de actos de autorización; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 812; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 609; CRESPI/STELLA/ZUCCALA, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., p. 910; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 8.

considerarse documentos públicos también a efectos penales, cuya falsificación se incriminará vía arts. 390 o 392 y no por el tipo privilegiado del art. 398 CP⁶⁴².

Podría argüirse contra tal deducción que la destrucción de uno de estos documentos no supone la desaparición de una prueba, pues en tanto que documentos derivativos sólo representan la existencia de un original que persiste después de su desaparición. A pesar de ello, tales documentos representan en el tráfico a los originales, y no sólo son imaginables conductas de destrucción, sino conductas falsarias como escriturar extremos distintos de los que el original documento. Es más, de penalizarse su falsificación conforme al tipo atenuado previsto en el art. 398 CP se estaría privilegiando a estos funcionarios que emiten nominalmente “certificaciones” frente a aquellos otros que libran, según nomenclatura legal, “copias”, como los Notarios o los Secretarios Judiciales, cuando la finalidad de ambos tipos de documentos es probar la existencia de un determinado original contenido en un libro o registro. No se discute aquí la procedencia de que el legislador penal hubiese creado un tipo privilegiado para todos aquellos documentos públicos derivativos, lo que quizá hubiese sido lo más indicado, sino que al no haberlo hecho, las conductas falsarias de ciertos tipos de funcionarios puedan verse distintamente tratadas respecto de las equivalentes que otros realizan, por la aleatoria razón de que la respectiva legislación denomine a un mismo tipo de documento copia o certificación. Por todo ello, aún cuando el actual art. 398 CP se refiera a certificaciones en general, sin hacer distinciones, ha de entenderse, partiendo del tipo de certificaciones que contenía el anterior art. 312 CP, que se está refiriendo a aquellas que son sustancialmente originarias, que crean una situación jurídica nueva, y que se destinan a la constatación de hechos que el funcionario no ha percibido directamente o a la emisión de juicios de valor, como pueden ser las de vecindad civil, las de buena conducta, las emitidas por los Alcaldes para justificar que se han efectuado las peonadas mínimas requeridas por el Plan de Empleo Rural, las de alta o baja laboral emitidas por facultativo funcionario, las de defunción emitidas por los mismos sujetos, las de obras expedidas por arquitectos municipales, etc⁶⁴³.

⁶⁴²En tal sentido, la STS 15 octubre 1993 (RJ 7529) conceptúa la certificación del acta del pleno de un Ayuntamiento emitida por el Secretario de la corporación como documento oficial, equiparando su naturaleza a la de la copia del documento; en el mismo sentido; la STS 8 de noviembre de 1995 (RJ 8092) califica de documentos públicos tanto las actas que extiende el Secretario de la corporación local de las sesiones del pleno o la comisión permanente del Ayuntamiento como las certificaciones de dichas actas, en base a lo preceptuado en el art. 198 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales; la STS 4 febrero 1996 (RJ 8240) considera documento público la certificación de un acta emitida por el Secretario de una corporación local con el visto bueno del Alcalde, a pesar de que la defensa invocó la falsedad en certificado específica del art. 398 CP; la de 13 febrero 1997 (RJ 1161) admite que la certificación emitida por un Agente de Cambio y Bolsa tiene la consideración de documento público; 31 marzo 1998 (RJ 2963) en que se considera documento público la certificación emitida por un Secretario de Administración local en que se hacen constar un número de plazas hoteleras existentes en el municipio que no se corresponden con las reales.

⁶⁴³Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que algunas certificaciones de este tipo constituyen documentos públicos a los efectos de la falsedad documental. Cfr. SsTS 25 abril 1995 (RJ 2874) en que el Tribunal, si bien se plantea si una certificación de la Tesorería de la Seguridad Social manifestando que una empresa se encuentra al corriente del pago de los gastos de la Seguridad Social de sus trabajadores había de considerarse certificado emitido por funcionario, con la consiguiente reducción punitiva, acaba condenando por falsedad en documento oficial, basándose en que no estaba expresamente incluido en el art. 312 CP de 1973 este tipo de certificado y en que la conducta era lo suficientemente grave como para no merecer privilegio; 8 marzo 1996 (RJ 2015) que califica de documento oficial las certificaciones de peonadas que un Alcalde emite al objeto de justificar la realización de un número mínimo de éstas para acceder al

Distinto del anterior es el problema suscitado por el núm. 3 del art. 596 LEC, que califica de públicos todos aquellos documentos emitidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello en el ejercicio de sus funciones. Tal precepto, que convierte la enumeración prevista en el artículo en ejemplificativa y superflua, ha sido visto por la doctrina y la jurisprudencia españolas como el continente de la definición del documento oficial. La gran mayoría de los estudiosos de la falsedad en nuestro país consideran que el concepto de documento oficial incluido en los preceptos relativos a la falsedad documental en el Código penal - desconocido por otras ramas del Ordenamiento jurídico⁶⁴⁴, es un tipo específico del documento público cuyo concepto se encuentra positivizado en este número 3º del art. 596 LEC⁶⁴⁵. De tal modo, se ha tendido a dar jurisprudencialmente la denominación de documento oficial a todo aquél emanado por una Administración que no se encuentra nominalmente previsto en el art. 596 LEC, lo que propicia que la cantidad de sentencias del Tribunal Supremo que condenan por falsedad en documento oficial sea sustancialmente más elevada que aquellas que lo hacen por falsedad en documento público, denominación ésta que nuestra jurisprudencia

subsidio del Plan de Empleo Rural; 1 marzo 1997 (RJ 2325) que considera documento oficial un certificado emitido por un médico funcionario; 13 marzo 1997 (RJ 2012) para la que los partes de alta y baja de la Seguridad Social, lo mismo que las certificaciones de cotizaciones a este organismo, no son incluibles entre las previstas en los arts. 312 y 313 CP de 1973, por lo que su falsedad se incrimina en la de documentos oficiales; de la doctrina sentada por esta última sentencia parece desprenderse que la falsedad específica en certificados se prevé para aquellos que están conectados exclusivamente con las circunstancias personales de alguien, en las que caben apreciaciones subjetivas con mayor o menor margen de error; 26 mayo 1997 (RJ 4134) para la que la certificación emitida por un Alcalde sobre la suspensión de un determinado espectáculo es un documento público; 22 julio 1997 (RJ 5768) en que recibe la consideración de oficial la certificación de finalización de obra emitida por un arquitecto municipal. En parecido sentido al defendido en el texto, STS 10 febrero 1995 (RJ 6369, 1997) que incluye los certificados de peonadas emitidos por los Alcaldes en las certificaciones de servicios a que se refiere el art. 312 CP de 1973.

⁶⁴⁴Excepcionalmente, algunos tratadistas de otras disciplinas jurídicas, como la procesal, acogen, sin embargo, el concepto de documento oficial. En este sentido, DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal civil II*, op. cit., pp. 320-321, establecen que la noción del documento oficial es de cada vez más importante, pues en su opinión no se trata sólo de una categoría documental relevante en Derecho penal, sino de un tipo de documento que se utiliza con creciente frecuencia en multitud de relaciones jurídicas. Para estos autores posee virtualidades probatorias que no son ni las del documento público ni las del documento privado, pues no tienen las garantías de autenticidad formales del documento notarial, aunque estén provistos de algunos elementos que les hacen surtir en juicio un efecto parecido a quien los aporta sin necesidad de compulsas con los originales, de modo que tienen más fuerza que el documento privado y casi tanta como el público.

⁶⁴⁵De tal opinión, por todos, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t. II. Parte especial*, op. cit., p. 137; PUIG PEÑA, *Derecho penal, t. III. Parte especial*. vol. 1º, op. cit., p. 206; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 338; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 529; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p.p. 791-792; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 629; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 225; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1064; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1741; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 333; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1734; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 64; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 159-160; LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1064; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 137 y ss.

reserva a ciertos documentos emanados por fedatarios públicos⁶⁴⁶. Se observa, no obstante, un cierto confucionismo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que, en contraposición con las escasas ocasiones en que utiliza la denominación de documento público en sus fallos, ha considerado que la definición de documento público viene recogida en el art. 596.3º LEC⁶⁴⁷, con lo que tal denominación no habría de limitarse a los que emiten los fedatarios, e incluso en multitud de resoluciones condena por el art. 302 o 303 CP de 1973 sin pronunciarse acerca de la naturaleza pública u oficial del documento objeto de la falsedad o bien acudiendo a ambas denominaciones a la vez⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶En tal sentido, vid. SsTS 7 mayo 1984 (RJ 2476) en un supuesto de certificación de un acta de nacimiento, que considera documento público en base a lo preceptuado en los arts. 1216 CC y 596.6º LEC; 7 noviembre de 1989 (RJ 8571) en que considera documentos públicos judiciales las diligencias de notificación y ampliación de embargo; 17 julio 1990 (RJ 6727) en que admite la naturaleza de público del auto emitido por un juzgado; 17 diciembre 1990 (RJ 9525) en que considera que son documentos públicos las actas de sesión de un Ayuntamiento, aunque admitiendo que sólo prueban las manifestaciones formuladas por los miembros del órgano y las decisiones que el mismo adopta, pero no la regularidad en la consecución de otros documentos o del procedimiento administrativo seguido; 20 noviembre 1991 (RJ 8599) en que se considera un acta notarial de requerimiento como documento público; 4 marzo 1992 (RJ 1733) en que considera documento público una notificación de embargo; 11 mayo 1993 (RJ 5078) respecto de una escritura notarial de obra nueva; 1 febrero 1994 (RJ 1243) en referencia a una escritura notarial de obra nueva; 7 febrero 1994 (RJ 706) respecto de un acta de expropiación; 12 mayo 1994 (RJ 3692) en que considera documento público una escritura notarial de hipoteca; 17 de noviembre de 1995 (RJ 8035) en que afirma la naturaleza de documento público de un acta de matrimonio; 24 febrero 1997 (RJ 1372) en relación con una escritura de compraventa. Ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo, en la práctica unánimidad de todas las resoluciones emitidas en que se planteaba la naturaleza de escrituras públicas notariales del tipo que fuera, ha afirmado sin vacilación su naturaleza de documento público. En este ámbito son numerosísimas las que afirman la naturaleza pública de las escrituras notariales de compraventa.

⁶⁴⁷Así la STS 5 junio 1987 (RJ 4517), que identifica al documento público con las definiciones recogidas en el art. 1216 CC y 596.3 LEC, mientras que reserva la denominación de documento oficial a los documentos utilizados para el registro interno de las oficinas públicas y para el funcionamiento eficaz de los servicios de esa índole.

⁶⁴⁸La STS 17 marzo 1983 (RJ 2144) califica el certificado de nacimiento como un documento oficial, a pesar de encontrarse expresamente mencionado en el art. 596 LEC; la de 23 noviembre 1983 (RJ 5686), considera que la partida de bautismo librada por un canónico es un documento público u oficial, sin necesidad de acudir a la legislación civil, atendiendo a la equiparación punitiva que establece el art. 302 CP de 1973; la de 11 diciembre 1984 (RJ 6269), condena, en base al art. 302 CP de 1973, por la falsificación de un certificado de defunción, pero sin pronunciarse acerca de su naturaleza pública u oficial; en la de 7 diciembre 1985 (RJ 6007) puede observarse como el confucionismo se ha extendido a Tribunales inferiores, puesto que el Tribunal Supremo considera en esta ocasión que la hoja de pedido de un Ayuntamiento con sello del organismo es un documento oficial, cuando la Audiencia Provincial respectiva lo había considerado documento público; la de 4 diciembre 1987 (RJ 9531) califica al permiso de conducir de documento público cuando en la mayoría de ocasiones lo ha considerado un documento oficial; en sentencia de 8 noviembre 1990 (RJ 9140) califica los libros-registro de los Juzgados como documentos públicos u oficiales, sin hacer mayores puntualizaciones; en la de 31 de marzo de 1992 (RJ 2540) califica de documento público u oficial la certificación de haber realizado un determinado seminario; en sentencia de 18 marzo 1994 (RJ 2343) califica de documento oficial una diligencia de embargo cuando en otras ocasiones lo había considerado documento público; 1 de marzo de 1995 (RJ 1903) en que califica, sin más distinción, de documento público u oficial, el impreso de un edicto de subasta y de constitución de la comisión judicial.

B) Relación entre documento público y documento oficial: concepción unitaria del documento público.

Abstracción hecha de la ingente jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre el documento oficial, que será analizada en el momento de tratar este concepto, conviene hacer una referencia mínimamente detenida a la relación que media entre este tipo de documento y el público. En puridad, no puede afirmarse que el documento oficial sea un tipo distinto de documento, sino tan sólo una modalidad expresamente prevista del documento público⁶⁴⁹. Sin embargo, la existencia de una denominación específica para este tipo de documento ha traído desagradables consecuencias en el tratamiento jurisprudencial de la falsedad documental, habida cuenta de la amplitud del concepto según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si bien es cierto que nuestro Código penal, a diferencia de lo que ocurre con el alemán o el italiano, es el único que menciona una clase expresa de documentos nominalmente distintos a los públicos, pero esencialmente coincidentes con los mismos, también lo es que la doctrina alemana o italiana no ha sido ajena a la existencia de diferentes gradaciones en los documentos públicos. Atendiendo a la fuerza probatoria de los documentos emitidos por la Administración, la doctrina en aquellos países no se ha sustraído a la discusión sobre la existencia de documentos públicos que hacen fe pública y aquellos otros que admiten prueba en contrario. En tal sentido, resulta especialmente significativo el debate sobre esta cuestión sostenido en Italia, en que la mayoría de autores, en base a la regulación que su propio Código penal establece, mantienen la existencia de una doble gradación dentro del concepto de documento público. Se refieren a los documentos públicos en sentido lato, esto es, los emanados por la Administración pública pero sin fuerza probatoria privilegiada o “erga omnes”, y los documentos públicos en sentido estricto, que son aquellos que coinciden con la definición civil de este tipo de documentos y a los que se les otorga eficacia probatoria para y contra todos⁶⁵⁰; de tal forma, los primeros constituirían una suerte

⁶⁴⁹A este respecto FAUSTO MORENO, *Documento*, op. cit., p. 677, haciéndose eco de la opinión de Fernández Casado, subdivide los documentos públicos en oficiales -los expedidos por una persona o corporación perteneciente a la Administración en todas sus fases y esferas- y profesionales -los autorizados por funcionarios que, no dependiendo directamente de la Administración, tienen la facultad de certificar o dar testimonio de los actos relativos a su profesión (Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa, etc.)-.

⁶⁵⁰En tal sentido vid., MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 689 y ss, para quien los documentos públicos en sentido estricto son aquellos, desde el punto de vista subjetivo, en que en el documento ha de ser explicitada la especial función pública de certificación, y del lado objetivo el documento ha de contener un testimonio de verdad acerca de hechos producidos por el funcionario o acontecidos en su presencia, mientras los documentos públicos en sentido lato son los formados por funcionarios públicos en la esfera de su competencia que contienen manifestaciones o declaraciones de voluntad o de verdad pero no tomadas en el ejercicio o con la finalidad específica de función pública de certificación o sujetos expresamente por la ley a la prueba en contrario; en el mismo sentido, BOSCIA, *Della falsità in atti*, op. cit., p. 5; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., pp. 599 y ss, quien concibe como documentos públicos en sentido estricto los emitidos por un funcionario público, en el ejercicio de su función de atribuir fe pública al documento, compilado con las formalidades prescritas; en el mismo sentido, SANTANIELLO, *Manuale di Diritto penale*, op. cit., pp. 447-448; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 578, según quien sólo con un exhaustivo estudio de la legislación específica puede averiguarse qué concretos funcionarios pueden atribuir fe pública a un específico grupo de documentos; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., pp. 50-71; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 227-229, quien alude a dos características para diferenciar al documento público con fe privilegiada, y que son la proveniencia de un funcionario que tenga especialmente atribuida una potestad certificadora específica o que testimonie actos producidos por él o acontecidos en su presencia; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 47 y ss. y 51 y ss., según quien el documento en sentido lato es un

de *tertium genus* entre los documentos públicos y los privados, que en ocasiones ha recibido la denominación de documentos cuasipúblicos⁶⁵¹.

Quien en Italia ha estudiado con mayor profundidad y mejores resultados la diferenciación entre los llamados documentos públicos en sentido estricto y en sentido lato es MALINVERNI, que se refiere a los segundos con el nombre de documentos oficiales⁶⁵². Expone el autor que las diferencias entre los documentos públicos investidos de fe privilegiada y aquellos que no gozan de la misma se han buscado partiendo de criterios civilistas y administrativistas. Desde el punto de vista del Derecho civil, critica los criterios empleados por querer sustituir la diferencia claramente establecida en el Código penal entre documentos que hacen fe pública y los que no la hacen, asumiendo una diferenciación basada en conceptos completamente diversos⁶⁵³. Tomando en cuenta las disposiciones de Derecho

concepto residual configurado por aquellos documentos públicos que no son ni fehacientes ni pueden considerarse certificados, autorizaciones o testimonios, aun cuando entiende que no sólo son documentos fehacientes aquellos que la ley expresamente disciplina y que tal categoría no se agota en los documentos descritos por los arts. 2699 y 2700 CC. italiano; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 72-74; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 77 y ss., para quien los documentos públicos son aquellos que el funcionario realiza sin finalidad probatoria o preconstituida a la prueba o cuando se testimonian hechos diferentes de los producidos por el funcionario público o acontecidos en su presencia; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 200 y ss., para quien los documentos públicos en general son aquellos que no entran dentro de la categoría de documentos públicos de registro, de certificación, o documentos de autorización, en que se comprenden todos los documentos emitidos por funcionario que objetivan mediante el escrito el modo en el cual se manifiesta que se desarrolla una determinada actividad del Estado; según CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., pp. 894-895, es necesario, para la existencia de un documento público con fe privilegiada que el funcionario esté investido de una especial potestad documentadora atribuída por una ley o una norma reglamentaria aún cuando sea interna, en virtud de la cual el documento asuma una presunción de verdad absoluta. En sentido contrario, GRANDE, *Falsità in atti*, op. cit., pp. 57-58, considera que no puede diferenciarse un doble concepto de documento público, sino que lo será sólo aquel que adquiera tal consideración conforme al Derecho civil, y por tanto sólo el que hace plena fe, de manera que no pueden considerarse documentos públicos aquellos que la doctrina mayoritaria en su país ha llamado documentos públicos en sentido amplio o lato.

⁶⁵¹Esta es la denominación empleada por CARNELUTTI, *Teoría del falso*, pp. 141 y ss, quien, aunque parece referirse con ello a los certificados, no los diferencia de lo que él llama documentos públicos en sentido lato, que no están definidos como tales documentos públicos dentro del Código civil italiano.

⁶⁵²Cfr. MALINVERNI, *I documenti pubblici nei reati di falsità*, op. cit., p. 562, quien en esta denominación comprende todos los documentos confeccionados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, pero sin ninguna particular atribución de las que caracterizan al documento público en sentido estricto. Utilizan también la denominación de documentos oficiales para referirse a documentos públicos en sentido lato, CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 7, quien incluye en la denominación todo documento emitido por un funcionario público aun cuando tenga como contenido una actividad de naturaleza no esencial a las finalidades del ente que representa o se refieran a situaciones privatísticas de los sujetos públicos; también LOASSES, *Della falsità documentale*, op. cit., p. 527, utiliza tal denominación, aunque para nombrar documentos emitidos por funcionarios públicos fuera de su actividad creativa de documentos constitutivos de un derecho.

⁶⁵³Cfr. MALINVERNI, o. u. c., pp. 546-553, en que considera que no sirve el criterio de mantener que sólo hacen fe pública los documentos testimoniales y no los dispositivos, pues tal diferencia está basada en un criterio indemostrable. Asimismo tampoco le parece de recibo que haya de acudirse a la normativa referida a cada tipo de documento para ver aquellos a los que la ley o una norma específica les otorga fe pública, pues así se originarían disparidades, sin poder acudir tampoco a la aplicación analógica por los problemas que tal planteamiento llevaría en el ámbito de la documentación de la Administración pública.

administrativo, entiende que todos los documentos emitidos por funcionario tendrían la consideración de públicos; sin embargo, no todos ellos hacen fe pública, y para discernir cuáles sean éstos no le parece correcto acudir a la noción de función de pública certificación, puesto que la misma se ejercita también en documentos que el Código penal italiano no ubica entre aquéllos que gozan de fe pública, como ocurre con los certificados, los testimonios o las autorizaciones⁶⁵⁴. Ante la insuficiencia de tales criterios, parte pues de que todos los documentos que emite un funcionario público en el ejercicio de sus funciones han de considerarse documentos oficiales, pero diferencia dos clases de actividad en la función probatoria: aquella que consiste en documentar hechos producidos a presencia del funcionario o por él cometidos, que tiene la máxima importancia ante la ausencia de ulterior constancia documental del hecho, y la documentación de otros hechos que, aun cuando pueden ser objeto de documentación, están ya contenidos en otros documentos⁶⁵⁵. De ahí deduce que lo fundamental para considerar que un documento público hace fe plena no proviene tanto de que lo expida un funcionario, sino de que al mismo se le atribuya legislativamente la potestad de testimoniar hechos producidos en su presencia o ante él acaecidos o sobre la proveniencia de documentos⁶⁵⁶.

No es tampoco ajena a nuestra doctrina penal la idea de que solamente los documentos públicos hacen fe pública, mientras que los oficiales constituyen documentos emitidos por la Administración pública que no tienen una fuerza probatoria privilegiada⁶⁵⁷. Sin embargo, tal diferenciación dentro del concepto de

⁶⁵⁴Vid. MALINVERNI, o. u. c., pp. 556-558.

⁶⁵⁵MALINVERNI, o. u. c., pp. 562-563.

⁶⁵⁶MALINVERNI, o. u. c., pp. 563 y ss, en que afirma que entre las actividades de documentación de la Administración la de mayor importancia la constituye la confección de documentos con finalidad probatoria preterintencional, de ahí la necesidad de reducir al mínimo las posibilidades de contestación sobre los hechos que el documento incorpora, justificando este extremo que a tales documentos les venga atribuída la facultad de hacer prueba salvo querrela de falsedad. En contraposición, los documentos que incluyen hechos ya fijados en otros documentos - como ocurre en los certificados, autorizaciones administrativas y testimonios o copias- puedan hacer fe salvo querrela de falsedad de su proveniencia, puesto que se encuentran en una posición intermedia en que el funcionario está facultado para testimoniar hechos que constan ya en otros documentos. Por último, en el otro extremo, los documentos oficiales son aquellos que el funcionario emite sin finalidad probatoria, sin tener tampoco finalidad certificativa alguna, por lo que la gravedad en la falsedad de los mismos ha de equipararse con la falsedad de documentos privados. En el mismo sentido, MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., pp. 134-147; vid. también sobre el concepto de documento oficial por este autor sostenido MALINVERNI, *La "rilevanza giurídica" del documento nei reati di falso*, op. cit., p. 252, en que considera que la carta de un Secretario de universidad, emitida en el ejercicio de sus funciones, al padre de un estudiante para comunicarle el éxito de los exámenes, no es un documento privado, sino un documento oficial o, lo que es lo mismo, un documento público que no hace plena fe; advierte asimismo que entre los documentos públicos y los privados existe una tercera categoría de documentos que, siendo formados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, no hacen plena fe salvo querrela de falsedad, entre los que cabe incluir la correspondencia de los oficios públicos.

⁶⁵⁷En tal sentido, PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, op. cit., p. 295, incluye entre los documentos públicos solamente aquéllos que son otorgados legalmente por persona que goza de fe pública; BONÉ PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, op. cit., p. 131, afirma que los documentos públicos son aquellos intervenidos por un funcionario al que la ley otorga el carácter de fedatario público, mientras los oficiales son aquellos que, sin reunir este requisito, provienen de las administraciones públicas para satisfacer necesidades del servicio o de la función pública; de la misma opinión, CONDE-PUMPIDO FERREIRO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia. t. III*, Ed. Trivium, Madrid, 1997, pp. 3669, que se hacen eco de la doctrina vertida por la jurisprudencia. También civilistas como GUTIÉRREZ DE

documento público obedece a una visión estrictamente civilista de la concepción de documento, que utiliza como modelo el instrumento público notarial, sin tomar en cuenta que existen fedatarios públicos distintos a los Notarios que actúan o no dentro del ámbito de la Administración y que los mismos entes administrativos emiten documentos, a través de funcionarios que los representan, dentro del ejercicio de las funciones a ellos atribuidas. No era necesario incluir en el Código penal español un concepto distinto al documento público, como es el oficial, que ha dado lugar a tanta confusión, al no conocerse su exacto significado. El art. 596.3º LEC incluye, y eso no debemos obviar, dentro de los documentos públicos aquellos documentos emitidos por los funcionarios en el ejercicio de sus respectivos cargos, acogiendo así un concepto de documento público administrativo similar al recogido en la Ley 30/1992.

La diferencia entre documento público y oficial no estriba más que en el nombre, no puede utilizarse una categoría extraña a toda la tradición jurídica española, que en ningún lugar ha sido definida, para agravar la penalidad de determinadas conductas falsarias operadas sobre soportes de dudosa publicidad incluyéndolos en este extraño *tertium genus* creado *ad hoc* como ha hecho y continúa haciendo el Tribunal Supremo. Mucho más comedida en su atribución de publicidad a determinados soportes documentales hubiese sido seguramente la jurisprudencia de haber tenido que calificar a estos documentos de públicos en lugar de oficiales. Sin embargo, la necesidad de limitar el concepto no puede llevarnos al extremo contrario, esto es, a afirmar que sólo sean públicos aquellos documentos emitidos por fedatarios. Son pocos los funcionarios que están formal o normativamente investidos de fe pública, mucho menos si al hablar de fedatarios públicos se piensa estrictamente en los Notarios, puesto que ello supone desconocer que existen muchas otras clases de funcionarios que tienen cometidos de documentación concreta en el ejercicio de sus funciones.

Por tales razones, de *lege data*, y prescindiendo de su denominación de público u oficial, para que a la falsedad de un determinado documento le corresponda mayor gravedad, tratándose de documentos emanados en el ámbito de la actividad administrativa, serán necesario el cumplimiento, por lo menos aparente, de tres condiciones: 1) ha de tratarse de documento emitido por un funcionario público o autoridad⁶⁵⁸. 2) Que ese funcionario sea competente para expedir tal clase de documento, entendiéndose por competencia no solamente la genuina potestad de emitir un documento de aquella clase, sino la competencia por razón de la materia y del territorio para emitir el concreto documento⁶⁵⁹. Dicha competencia ha de encontrarse bien explícitamente recogida en una norma jurídica con rango de Ley, como ocurre en el caso paradigmático de los Notarios, o bien en otra de inferior categoría normativa, incluso en una ordenanza interna que regule el funcionamiento del correspondiente órgano administrativo, o bien que se derive implícitamente de las funciones normativamente atribuidas al funcionario. 3) Por último, han de observarse en la confección del soporte las formalidades esenciales; teniendo en cuenta, sobre este particular, que existen formalidades *ad substantiam*

CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., p. 122, manifiestan que dentro de los documentos privados la doctrina civil diferencia entre documentos privados en sentido estricto y documentos oficiales, y que ambos tienen en común su confección sin la intervención de fedatario público oficial, aunque los oficiales no son emitidos por un sujeto privado, sino por entidades u organismos públicos que no tienen reconocida la facultad de otorgar fe pública.

⁶⁵⁸ Junto al funcionario o autoridad deben incluirse en el concepto de documentos públicos los que emanan de un órgano administrativo, con independencia de que quien actúa por el órgano sea funcionario estatutario, interino o personal laboral de la administración, tal como se desprende del art. 46.4 Ley 30/92, para el que es suficiente que el documento haya sido válidamente emitido por la Administración.

⁶⁵⁹ De tal opinión, BLANQUER UBEROS, *Documento público*, op. cit., p. 2578.

y *ad probationem*, que una falta de forma de las primeras determina la absoluta inexistencia de documento, mientras los defectos de forma *ad probationem* permiten el mantenimiento o la subsistencia del documento en tanto que documento privado⁶⁶⁰, habiendo de acudirse a la normativa que regula la emisión de cada documento en concreto para fijarlas.

Además de ello, es necesario que el documento esté emitido por funcionario o ente administrativo *ad extra*, esto es, que se destine a su introducción en el tráfico jurídico, y no sólo sirva al control interno de la Administración. Sólo así podrá hablarse de eficacia probatoria privilegiada del documento público, otra de las características que lo diferencia de los documentos privados⁶⁶¹, de ahí que únicamente habrán de considerarse documentos públicos los intencionales, esto

⁶⁶⁰En tal sentido el art. 1223 CC establece “La escritura defectuosa por incompetencia del Notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmada por los otorgantes”. En relación con la forma, GIMÉNEZ ARNAU, *El instrumento público: concepto y fines*, en *Revista de Derecho Privado*, 1944, p. 525, establece que la forma en abstracto es un elemento esencial del negocio jurídico, pues hace falta que el querer del sujeto se exteriorice, aunque considerada en concreto, con aplicación de una forma determinada, él concibe que podrá ser *ad substantiam* (esencial para la perfección del negocio), *ad probationem* (medio único de la demostración de la existencia de la declaración de voluntad) o *ad executionem* (medio instrumental de fijación de efectos para poder exigir su cumplimiento); según NUÑEZ LAGOS, *Concepto y clases de documentos*, op. cit., pp. 32-33, los documentos públicos son todos solemnes, típicos o atípicos, mientras los documentos privados lo son solamente cuando están específicamente tipificados en la ley. Para este autor la ausencia o vicio de solemnidad reacciona de manera diversa según los casos, pero no afecta a la naturaleza de la solemnidad, sino a la sanción impuesta a su infracción, aunque entiende que la expresión *ad solemnitatem* hay que reservarla para los actos y documentos solemnes y no para las formas necesarias ni documentos constitutivos. En cuanto a las solemnidades del documento notarial en concreto vid. NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, op. cit., p. 98.

⁶⁶¹La doctrina alemana, atendiendo a la definición que del documento público otorga el § 415 ZPO, incluye en el concepto tanto los documentos emitidos por personas investidas de fe pública dentro del ámbito de su competencia cuanto por Administraciones también en ejercicio de sus funciones y con observancia de las formalidades preceptivas. Considera unánimemente que han de excluirse de la condición de documento público aquellos documentos que reciben la denominación de “meros o simples documentos administrativos” (*schlicht amtliche Urkunden*) y cuya razón de ser se justifica sólo para la ordenación del servicio interno de la Administración, en especial para el control, orden o exámen general del funcionariado. En tal sentido vid., por todos, FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., p. 616; LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 748; BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 211; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 221; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 406; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 111; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2045, nm. 14; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 190; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 319; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1366, nm. 7; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1393, nm. 7; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 161, nm. 8; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 22, quien además incluye entre los documentos meramente administrativos aquellos que emite el funcionario sin apoyo legal alguno; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 271, nm. 20, quien aclara que tales documentos habían sido considerados públicos defectuosos y en el ámbito del antiguo § 267 StGB se penaba su falsificación como la de los documentos privados; EBERMAYER, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 422; KIENAPFEL, *Das neue liechesteinische Urkunden- und Beweiszeichenstrafrecht*, op. cit., p. 830, que aclara que tampoco son públicos aquellos documentos en que la Administración interviene como un particular.

es, aquellos que hayan sido confeccionados con una finalidad probatoria específica⁶⁶².

Por lo que se refiere a la eficacia probatoria de los documentos públicos, la mayoría de la doctrina civilista toma como referencia lo que establece el art. 1218 CP. Tal precepto, como todos los que el Código civil dedica a la regulación de los documentos públicos, está pensando en el documento notarial. Por esta razón, aunque puedan extrapolarse con facilidad sus consecuencias a otros tipos de documentos públicos emitidos por fedatarios, no resulta fácil una traducción a gran cantidad de documentos emitidos por la Administración que han de merecer también la consideración de públicos⁶⁶³. En virtud del mencionado precepto “Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste”. En estos extremos consiste su fuerza probatoria privilegiada, aun cuando en el mismo artículo, en su párrafo segundo, se establece que “también harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”. Es decir, puede hablarse de la existencia de dos niveles de eficacia probatoria en los documentos públicos; un primer nivel, de eficacia reforzada, contra cualquier tercero o también en favor de éste, “erga omnes”, por tanto -que alcanza a los extremos contenidos en el primer párrafo del precepto-, y un segundo nivel, en el que la fuerza probatoria del documento público se equipara a la del privado, desde el momento en que alcanza sólo a las partes intervinientes y no es oponible sin más contra tercero, y que se refiere al contenido de los extremos expresados en el segundo párrafo del artículo. La prueba que otorga el documento en relación con contenidos pertenecientes a uno de ambos niveles es más o menos difícilmente destruible en función de su fuerza probatoria; la prueba de los extremos a los que alcanza validez “erga omnes” sólo podrá neutralizarse mediante impugnación de falsedad, mientras que bastará la prueba en contrario para desvirtuar el efecto probatorio de aquellos otros en que el documento público valga probatoriamente lo mismo que uno privado⁶⁶⁴.

El mayor inconveniente consiste en determinar cuáles son aquellos elementos en los que el documento público gana ese valor probatorio reforzado. En relación con el documento notarial, la doctrina civilista y procesalista ha manifestado, a la vista de la locución “hecho que motiva su otorgamiento”, que es la más difícil de precisar. Deben distinguirse dos aspectos en la declaración que el particular hace ante un funcionario que documenta aquello por él expresado: por un lado, el hecho mismo de la emisión de la declaración y, por otro, su contenido. La eficacia probatoria privilegiada del documento público alcanza sólo al primero de ellos, pero no al segundo, al contenido de lo declarado, en que el documento público valdrá lo mismo que uno privado⁶⁶⁵. En este sentido, lo que procesalmente

⁶⁶²De tal opinión BINDING, *Ein Beitrag zur Lehre von dem Gebiete der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 7; en el mismo sentido, MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 160, nm. 5.

⁶⁶³De tal opinión, RODRÍGUEZ ADRADOS, *Valor y efectos de la escritura pública*, en *Estudios sobre Derecho documental*, op. cit., p. 90, afirma que el Código civil sigue pensando en la escritura pública, por lo que la aplicación de la normativa del mismo a otros documentos notariales o a documentos públicos no notariales muchas veces carece de sentido y en otras exige difíciles adaptaciones.

⁶⁶⁴Acerca de las tachas de falsedad penal, de insinceridad civil, de falta de integridad y de prueba mediante contradocumentos frente al documento público vid. ROUCO RODRÍGUEZ, *Eficacia de la escritura pública en los procesos declarativos*, en *Estudios sobre Derecho documental*, op. cit., pp. 197-207.

⁶⁶⁵En tal sentido vid. ROUCO RODRÍGUEZ, o. u. c., pp. 158-165; FAUSTO MORENO, *Documento*, op. cit., p. 680; GARCÍA CARIDAD, *Algunos problemas sobre la prueba documental*, op. cit., pp. 133-139; CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, op. cit., p. 371; BLANQUER UBEROS, *Documento público*, op. cit., pp. 2579-2581, quien expresamente afirma que los juicios del autor sobre la realidad no sensible o sobre su

se ha venido denominando “autenticidad” del documento público -la eficacia probatoria “erga omnes”- se extiende a la fecha, la proveniencia y la identidad de las partes, esto es, a aquellos hechos directamente percibidos por el funcionario o a aquellos otros declarados por él⁶⁶⁶.

Este valor probatorio privilegiado habrá de determinarse concretamente en cada tipo de documento público según la normativa específica que lo discipline. A este respecto el documento público constituye prueba tasada, puesto que es la

notoriedad, sobre la capacidad jurídica de los otorgantes o sobre la legalidad sometidos a su autorización serán acertados o desacertados, pero no verdaderos o falsos; LEYVA Y SUÁREZ, *El instrumento público y la justicia penal*, op. cit., pp. 135-137, quien acoge plenamente la teoría sensorial, considerando que la existencia de una declaración en su construcción gramatical y no en su contenido literario es un fenómeno que se incorpora al hecho del otorgamiento, lo que no ocurre con el contenido “moral” de la declaración; NUÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, op. cit., pp. 440-471, diferencia actividades del Notario a que se refiere el primer párrafo del art. 1218, y las actividades de las partes, a las que se destina el segundo párrafo, admitiendo que el Notario no sólo da fe de cuanto ve y oye, siendo también facultad suya amoldar a la ley, en cuanto al fondo y a la forma, su actuación y la de las partes, incluso en las declaraciones de éstas, entendiendo que la fe pública notarial irradia sus efectos en dos capas del otorgamiento: en la de los hechos y la del derecho, aun cuando diferencia que respecto de los hechos la presunción de prueba es *iuris et de iure* y en relación con el Derecho es sólo *iuris tantum*; NAVARRO HERNÁN, *El documento público y la casación civil y penal*, op. cit., pp. 95-96; GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pp. 158-169, en que afirman que el hecho que motiva el otorgamiento sólo puede referirse al contenido del documento que está amparado por la fe pública, en concreto a aquellos hechos realizados por Notario u otro funcionario público o que éste declara que se hayan realizado en su presencia, de modo tal que los hechos que provienen de la actividad de las partes y resultan amparados por la fe pública consisten en declaraciones de voluntad o de ciencia, pero alcanzando sólo la fe pública a la realidad de que tales declaraciones se hicieron, no a su contenido, que se prueba sólo hasta que se demuestre su nulidad; GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional, t. II. Proceso civil, vol. 1º*, op. cit., p. 260; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil. t I*, op. cit., p. 567; CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA, *Derecho procesal. Proceso civil*, op. cit., p. 199; DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil II*, op. cit., p. 64; en sentido contrario, RODRÍGUEZ ADRADOS, *Valor y efectos de la escritura pública*, op. cit., pp. 94-95, en que manifiesta que las declaraciones de voluntad son lo dispositivo del acto, aquello que ha sido objeto de documentación y, por tanto, entran en el contenido del art. 1218 pfo. 1º CC, forman parte del hecho que motiva el otorgamiento; según él, lo que no se incluye aquí son aquellas declaraciones relativas a la situación preexistente, a hechos pasados, o ajenos al contrato que en la escritura se realiza, aunque le sirvan de antecedentes. La doctrina penal, por su parte, ha seguido la opción mayoritaria mantenida en la civil, en este sentido, por todos, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 91.

⁶⁶⁶Acerca de la equiparación entre los conceptos de documento público y documento auténtico vid. DÍEZ-PICAZO, *Fe pública y documento público*, en RODRÍGUEZ PIÑERO y otros, *La fe pública*, op. cit., pp. 198-201, en que indica que documento auténtico es el que emana de los funcionarios en ejercicio regular de sus funciones, siendo sinónimos el documento auténtico y el notarial; NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, op. cit., pp. 102-105, quien, sin embargo, al identificar la autenticidad con fehaciencia, considera que no todo el documento notarial es auténtico, de manera que lo que en este documento no lo sea reviste sólo un valor probatorio provisorio y formal, sujeto a una presunción *iuris tantum*; de la misma opinión, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 150; De opinión contraria, ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, op. cit., p.p. 84-85, para quien los conceptos de documento auténtico y público no son sinónimos, pues que sea público hace referencia a que ha sido otorgado por un funcionario del Estado en ejercicio de sus funciones y la autenticidad se refiere al hecho de que su autor verdadero es el que aparece como tal en el documento, aunque reconoce que el calificativo de auténtico aplicado al documento público resulte hoy día impropio, esto no era así en los orígenes, ya que con ello se marcaba una importante distinción entre dos especies de documentos públicos.

misma Ley la que fija su validez probatoria, cuestión que ha de observar el Juez, pues en relación con los elementos que gozan de validez probatoria “erga omnes” no puede jugar su valoración personal o convicción interna. Sin embargo, el axioma de origen jurisprudencial de la valoración o apreciación conjunta de la prueba ha dado al traste en cierta medida con el valor de prueba tasada de ciertos tipos de documentos⁶⁶⁷.

Cuestión distinta es la eficacia probatoria del documento público en juicio, pues para ello la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una serie de requisitos, concretamente en sus arts. 597 y 598⁶⁶⁸.

En relación con las copias, para las de documento público emitidas por funcionario público y, por tanto, legalizadas, el Código civil prevé una serie de normas específicas que modifican su fuerza probatoria en relación con la de los restantes documentos públicos. Se establece la necesidad de que sean cotejadas con el documento original aquellas que hayan sido impugnadas por la contraparte para tener fuerza probatoria⁶⁶⁹, además de modularse según distintos criterios - como el ordinal⁶⁷⁰, el funcionario que las emite o la antigüedad-, las copias que

⁶⁶⁷En tal sentido, RODRÍGUEZ ADRADOS, *El documento en el Código civil*, op. cit., pp. 321-322, en que pone de manifiesto que tal sistema impide la apreciación de la prueba tasada, y a ello ayuda el cambio de un sistema jurisdiccional basado en la preeminencia de la ley a un sistema de tipo judicial. En sentido contrario, a favor por tanto del sistema judicial, ROUCO RODRÍGUEZ, *Eficacia de la escritura pública en los procesos declarativos*, op. cit., pp. 165-179, en que se analiza detenidamente la doctrina jurisprudencial vertida al respecto.

⁶⁶⁸Según el tenor del art. 597, “para que los documentos públicos y solemnes sean eficaces en juicio deberán observarse las reglas siguientes: 1.ª Que los que hayan venido al pleito sin citación contraria se cotejen con los originales, previa dicha citación, si hubiere sido impugnada expresamente su autenticidad o exactitud por parte de quien perjudiquen. En otro caso se tendrán por legítimos y eficaces sin necesidad de cotejo. 2.ª que los que hubieren de llevarse a los autos, conforme a lo prevenido en el art. 505, o traerse de nuevo, en los casos previstos en el art. 506, se libren en virtud de mandamiento compulsorio que se expida al efecto, previa citación de la parte a quien hayan de perjudicar. 3.ª que si el testimonio que se pida fuera solamente de parte de un documento se adicione a él lo que el colitigante señale si lo cree conveniente. Este señalamiento podrá hacerse en el acto de librarse el testimonio, abonando el aumento de gastos la parte que lo solicite, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva sobre el pago de costas. 4.ª Que los testimonios o certificaciones sean dados por el encargado del archivo, oficina, registro o protocolo en que se hallen los documentos, o por el Escribano en cuyo oficio radiquen los autos, y por el del pleito en otro caso. Estos testimonios o certificaciones se expedirán bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales, y la intervención de los interesados se limitará a señalar lo que haya de testimoniarse o certificarse y a presenciar su cotejo”. En virtud del art. 598 LEC “serán eficaces en juicio sin necesidad de cotejo, salvo la prueba en contrario y lo dispuesto en el art. 606: 1.º Las ejecutorias y las certificaciones o testimonios de sentencias firmes, expedidas en legal forma por el Tribunal que las hubiere dictado. 2.º Las escrituras públicas auténticas que carezcan de protocolo, y todas aquellas cuyo protocolo matriz hubiera desaparecido. 3.º Cualquier otro documento público y solemne que por su índole carezca de original o registro con el que pueda comprobarse”. Sobre estas cuestiones vid. más ampliamente BONET Y NAVARRO, *Documento*, op. cit., p. 2571.

⁶⁶⁹En tal sentido, el art. 1220 CC establece “(1) las copias de los documentos públicos de que exista matriz o protocolo, impugnadas por aquellos a quienes perjudiquen, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas. (2) Si resultare alguna variante entre la matriz y la copia se estará al contenido de la primera”.

⁶⁷⁰GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pp. 175 y 182, consideran que es nula la clasificación entre primeras y segundas copias, pensada sólo para las copias notariales, puesto que todas ellas poseen la misma eficacia como medios de prueba.

hagan prueba en el caso de haber desaparecido el original para su cotejo⁶⁷¹. Así, puede afirmarse que la eficacia probatoria de las copias fehacientes es menor que la de los documentos originales, dado que son documentos públicos a los que la ley atribuye sólo una presunción de legitimidad al obligar al cotejo cuando son impugnadas⁶⁷².

Para concluir, apuntar un tema cuya complejidad impide un tratamiento exhaustivo en esta sede. Consiste en una breve referencia a la fuerza probatoria de los documentos públicos otorgados fuera de España, para lo que habrá de estarse a lo prevenido en los arts. 600 y 601 LEC. En su virtud, se exige traducción de todo documento no redactado en castellano⁶⁷³ -a salvo de los redactados en lengua oficial de una Comunidad Autónoma cuando surtan efectos dentro de la respectiva Comunidad⁶⁷⁴-, que el acto o contrato sea lícito según la legislación española, capacidad legal de los otorgantes según la legislación nacional del país de origen, observancia de las formalidades requeridas según tal legislación y legalización del documento, que ha de contener los requisitos legales para considerarse auténtico en España⁶⁷⁵. Ha de tenerse en cuenta a estos efectos, por lo que a los documentos notariales se refiere, que pueden distinguirse dos sistemas claramente

⁶⁷¹Sobre este particular, el art. 1221 CC manifiesta “(1) Cuando hayan desaparecido la escritura matriz, el protocolo o los expedientes originales, harán prueba: 1.º Las primeras copias, sacadas por el funcionario público que las autoriza; 2.º Las copias ulteriores, libradas por mandato judicial, con citación de los interesados; 3.º Las que, sin mandato judicial, se hubiesen sacado en presencia de los interesados y con su conformidad. (2) A falta de las copias mencionadas, harán prueba cualesquiera otras que tengan la antigüedad de treinta o más años, siempre que hubiesen sido tomadas del original por el funcionario que lo autorizó u otro encargado de su custodia. (3) Las copias de menor antigüedad, o que estuviesen autorizadas por funcionario público en quien no concurren las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, sólo servirán como un principio de prueba por escrito. (4) La fuerza probatoria de las copias de copia será apreciada por los Tribunales según las circunstancias”. Sobre la regulación de las copias vid. BLANQUER UBEROS, *Copia*, op. cit., pp. 1733-1734.

⁶⁷²De tal opinión, GUTIÉRREZ DE CABIEDES/CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pp. 175-177.

⁶⁷³El concreto tenor del pfo. 1º del art. 601 LEC es “A todo documento redactado en cualquier idioma que no sea el castellano se acompañará la traducción del mismo y las copias de aquél y de ésta. Dicha traducción podrá ser hecha privadamente, en cuyo caso, si alguna de las partes la impugnare dentro del tercer día manifestando que no la tiene por fiel y exacta, se remitirá el documento a la Interpretación de Lenguas para su traducción oficial”.

⁶⁷⁴Al respecto, el art. 601 pfo. 2º LEC establece “En cuanto a los documentos redactados en el idioma propio de una Comunidad Autónoma, se estará a lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Para lo que aquí interesa, los núms. 3 y 4 del art. 231 de la mencionada Ley establecen “3. Las partes, sus representantes y quienes les dirijan, así como los testigos y peritos, podrán utilizar la lengua que sea también oficial en la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales, tanto en manifestaciones orales como escritas. 4. Las actuaciones judiciales y los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma tendrán, sin necesidad de traducción al castellano, plena validez y eficacia. De oficio se procederá a su traducción cuando deban surtir efecto fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma, salvo si se trata de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia coincidente. También se procederá a su traducción cuando así lo dispongan las leyes o a instancia de parte que alegue indefensión”.

⁶⁷⁵El art. 600 establece textualmente “Los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España si reúnen los requisitos siguientes: 1.º Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España. 2.º Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país. 3.º Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos y contratos. 4.º Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”.

diferenciados para la construcción del Notariado: el denominado germano-latino y el llamado anglosajón, prácticamente antagónicos. El primero de ellos está basado en la tradición romana, articulada a través del Derecho escrito, mientras el segundo se fundamenta en la equidad y en la decisión judicial, configurando un sistema de dación de fe más flexible pero también con menos garantías que el del tradicional notariado latino, lo que puede suponer problemas cuando un documento notarial proveniente del sistema más flexible haya de ser reconocido en España o cualquier otro país en que esté vigente el sistema latino del Notariado. Asimismo, y en relación con la cuestión de la eficacia de un documento público extranjero en España, no pueden dejarse de advertir los cambios producidos en el sistema de reconocimiento de los documentos emanados entre países que han suscrito convenios al objeto de sustituir el método de legalización consular por el más rápido de la apostilla⁶⁷⁶.

3.1.2- El documento oficial

A) Concepto doctrinal del documento oficial

La historia de esta clase de documento sin apoyatura legal en ninguna rama del Ordenamiento jurídico español se inicia con la promulgación del primer Código penal español, que, con la traducción del término “documents administratifs” del Code pénal francés de 1810⁶⁷⁷, introdujo en nuestro vocabulario jurídico un término que hasta el momento era ajeno al mismo. A dicha inclusión, distorsionadora en tanto crea una diferencia que ha demostrado ser insalvable entre la regulación penal y la civil o procesal ahora vigentes, que desconocen tal clase de documento, se le ha buscado un cierto acomodo en el histórico concepto de documento auténtico, que recogía la legislación en materia procesal vigente antes de la Ley de

⁶⁷⁶Sobre estas cuestiones así como sobre las incidencias de la regulación de la LEC y las inexactitudes del art. 600 LEC, además de los problemas que puedan derivarse de su aplicación vid. PÉREZ-HOLANDA FERNÁNDEZ, *Valor y efectos del documento notarial extranjero en España*, en *Revista jurídica del Notariado*, 1994, pp. 65 y ss.; acerca del cambio del sistema de legalización consular por el de la apostilla vid. GARCÍA CARIDAD, *Algunos problemas sobre la prueba documental*, op. cit., pp. 143-144. Sobre la consideración de público de un documento extranjero en Derecho italiano, vid. GRANATA, *Documenti pubblici stranieri e falsità in atti pubblici*, en *La Giustizia Penale*, 1953, parte seconda, pp. 782 y ss.

⁶⁷⁷En tal sentido vid. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1734, según quien se debe a un error del legislador, a una mala traducción del documento administrativo del Código penal francés de 1810, la introducción del concepto documento oficial en el Ordenamiento penal, que se ha arrastrado Código tras Código, ya que el Code pénal, con aquel término, aludía a una serie de documentos considerados públicos según el art. 596 LEC; en parecido sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Las falsedades en documentos oficiales*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 91, para quien tal traducción conceptuó en el Código penal de 1822 como documentos oficiales los libros asientos de oficina o establecimiento público, títulos, certificaciones, cartas de pago, aunque añadió a cualquier otro documento oficial, mientras en el Código penal francés los documentos administrativos eran las licencias, certificados, cartillas, carnets, boletines, recibos, pasaportes, partes u otros documentos emitidos por las administraciones públicas con el fin de constatar un derecho, una identidad o una cualidad o de acordar una autorización. Vid., asimismo, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XI, 1995, *Falsedad y Defraudaciones*, p. 101.

Enjuiciamiento Civil de 1855 y esta misma Ley, junto a los documentos públicos y privados⁶⁷⁸.

Aun cuando se hayan intentado buscar equivalencias a la figura del documento oficial en nuestra propia legislación, lo cierto es que se trata de una figura importada que, como toda institución ajena a un determinado Ordenamiento jurídico, plantea problemas de adaptación, máxime si su configuración supone consecuencias penológicas y de estructura del ilícito de tanta trascendencia como en este caso. Tanto es así que la doctrina española no se ha mostrado uniforme acerca de la caracterización de dichos documentos como una clase de los públicos. A pesar de que la opinión mayoritaria en la actualidad es concebirllos, como ya se apuntó, en clave de específica forma de documentos públicos⁶⁷⁹, no puede obviarse que ha habido quien ha intentado buscar diferencias entre esta clase documental y la configurada por los documentos públicos. En favor de esta tesis se ha argumentado que si el Código penal los prevé expresamente junto a los públicos y su falsificación esta punitivamente equiparada a la de éstos, no tiene sentido considerar idénticas tales categorías, pues esto supondría tanto como convertir en superflua la mención expresa a los documentos oficiales⁶⁸⁰. No han faltado tampoco

⁶⁷⁸De esta opinión, ECHANO BASALDÚA, *Aproximación histórica al concepto de documento (artículos 302 y 303 del Código Penal)*, en *Actualidad Penal*, núm. 41, 1994, pp. 747-760, según quien el concepto de documento auténtico admite dos acepciones: por un lado, pueden considerarse tales los expedidos por personas constituidas en autoridad o dignidad o por empleados públicos en el ejercicio de sus cargos y, por otro, puede serlo el mismo original que sea del mismo autor y tenga la fe de éste y además todo aquel documento que por sus condiciones merece ser tenido como cierto e indubitado, considerando incluibles en la primera acepción a los documentos oficiales; si bien los distintos criterios a que obedece la clasificación documentos públicos-auténticos, por un lado, y documentos públicos-privados, por otro, lleva al abandono de la primera de las clasificaciones en favor de la segunda, que es la única que mantiene la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de modo que para los comentaristas de la LEC de 1855 el término documento auténtico podría equipararse con el documento oficial a que se refiere el Código penal.

⁶⁷⁹De tal opinión, por todos, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t. II. Parte especial*, op. cit., p. 137; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 529; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 338; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1064; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 629; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1734; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 346; ETCHEBERRY, *El objeto material del delito de falsedad documental: documentos y sus clases*, op. cit., pp. 235-137, en que afirma que el concepto de documento oficial no puede ser definido en términos de Derecho privado, ya que se trata de una expresión desconocida en este campo del Derecho, siendo propia del Derecho administrativo; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., p. 517; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial. II (2) Delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 775; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3609; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 150; LLORIA GARCÍA, *El documento como objeto material de los delitos de falsedad documental: su concepto y naturaleza*, op. cit., p. 203.

⁶⁸⁰Ponen de manifiesto tal argumento, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 792, que, a pesar de utilizarlo, apela a que no ha de ignorarse que la interpretación de la ley está sometida a unos límites impuestos por el propio texto legal cuya exégesis se trata de efectuar, y acaba admitiendo que los documentos oficiales constituyen una categoría de los públicos atendiendo a que sólo puedan emitirlos personas que merezcan la condición de funcionarios según lo prevenido por el Derecho administrativo; ECHANO BASALDÚA, *Aproximación histórica al concepto de documento oficial (artículos 302 y 303 del Código Penal)*, op. cit., pp. 745-746, quien, además, destaca como argumentación de esta opinión doctrinal que si se conceptúan los documentos oficiales únicamente como los expedidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo,

autores que no han entrado a pronunciarse sobre si ambas categorías son o no distintas⁶⁸¹.

Ni siquiera los juristas que han mantenido, explícita o implícitamente, una diferencia entre el documento público y oficial, se han puesto de acuerdo a la hora de establecer las razones de la distinción. En este sentido pueden distinguirse opiniones que atienden al autor del documento para caracterizarlo de una u otra forma, concretamente a que el mismo ejerza o no autoridad⁶⁸², o fundamentadas en la distinta fuerza probatoria de ambos tipos de documentos -privilegiada u ordinaria según el caso-⁶⁸³, o quien, finalmente, distingue uno u otro tipo de documento según sea necesaria para su emisión la exigencia de alguna solemnidad⁶⁸⁴. Existen otros autores que, sin referirse a una concreta diferencia entre ambos tipos de documentos, los distinguen, configurando al documento oficial como una suerte de documento emitido por funcionarios no fedatarios en el ejercicio de sus funciones y, por tal razón, como categoría intermedia entre el documento público y el privado, aunque no siempre se afirme expresamente tal extremo⁶⁸⁵.

surge la duda de si entre los documentos oficiales han de incluirse no sólo los públicos, sino también los privados.

⁶⁸¹Cfr. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, op. cit., pp. 295-296, los define sin pronunciarse acerca de su equivalencia o no con los públicos, aun cuando al caracterizar los públicos como aquellos expedidos por fedatario público, puede inferirse que los diferencia en función de la concurrencia o no de fe pública en su emisión; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t II (parte especial)*, op. cit., p. 259, en que adopta la definición de documento oficial dada por la jurisprudencia; cfr. también CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (exposición y comentario)*, op. cit., p. 174, en que asume la definición de Pacheco.

⁶⁸²En tal sentido, según GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 889, entiende que con la expresión "documento oficial" se alude a aquellos documentos que expiden o autorizan en el ejercicio de sus cargos aquellos funcionarios que no ejercen autoridad, puesto que en otro caso nos encontraríamos ante documentos públicos.

⁶⁸³Así JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 479, para quien los documentos oficiales son un *tertium genus* entre los documentos públicos y privados, pues mientras los documentos públicos son instrumentos de prueba privilegiada, los oficiales lo son de ordinaria. No obstante, la consideración de que también éstos puede cubrir altos intereses nacionales o públicos ha conducido a asimilarlos a los públicos, no sin reconocer el exceso de tal equiparación, al poder considerarse oficial, por ejemplo, el oficio librado por un funcionario subalterno.

⁶⁸⁴De esta opinión, QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, p. 637, quien, partiendo de la definición de documento público contenida en el art. 1216 CC, por exclusión, entiende que los documentos oficiales son aquellos que, sin presentar los requisitos de solemnidad de éstos, sean otorgados por los funcionarios públicos en el ejercicio legítimo de sus cargos.

⁶⁸⁵En tal sentido vid. MARÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Las falsedades en documentos oficiales*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., pp. 95 y 100-102, quien a pesar de no estar de acuerdo con la tripartición del documento en la falsedad documental en publicidad, cuasipublicidad y privacidad, considera que los documentos oficiales no son una especie de los públicos, y advierte del error de la doctrina al haberlos equiparado a los públicos por la vía de incluirlos en los arts. 1216 y 596 LEC, concibiéndolos como un *tertium genus*, como documentos administrativos en sentido amplio; BENÉYTEZ MERINO, *Código penal comentado*, op. cit., p. 560, para quien son documentos oficiales los incluidos en los núms. 3º y 4º del art. 596 LEC, caracterizados por no estar cualificados por la fe pública; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de Falsedad de documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 158-162, quien pone de manifiesto la confusión existente entre el concepto de documento público y oficial, de que hace gala incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entendiendo que la causa propiciadora de la misma ha sido el núm. 3º del art. 596 LEC y rechazando la tesis sostenida por Groizard de que ambos tipos de documento se diferenciaban en base al autor que los emitía, aunque admite la existencia de documentos oficiales siempre y cuando se emitan por un ente de

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su lado, tampoco ha sido taxativa en la diferenciación entre ellos, ni ha seguido criterios uniformes y, aun cuando de algunas de sus sentencias se desprende la voluntad jurisprudencial de no identificar ambas categorías⁶⁸⁶, puede inferirse, tal como se expuso en el apartado precedente, que el mismo alto Tribunal confunde en ocasiones estas dos clases de documento e intercambia las denominaciones

Además de en las características diferenciales del documento oficial en relación con el documento público, otro extremo sobre el que también ha existido discusión en la doctrina es el relacionado con la cualificación que ha de tener quien emite el documento para que el mismo sea considerado oficial. Tal cuestión no se ha planteado en relación con el documento público, puesto que de las definiciones que del mismo se contienen los arts. 1216 CC y 596.3º LEC se deduce que ha de tratarse de funcionarios según el concepto de tales vigente en Derecho administrativo, así como de personas investidas de fe pública que pueden no encontrarse insertos en el organigrama administrativo, pero que constituyen una suerte de profesionales liberales que operan en el ámbito jurídico-negocial privado bajo control administrativo, como ocurre con los Notarios o los Corredores de Comercio. Sin embargo, en el ámbito del documento oficial, en tanto es una categoría documental no definida extrapenalmente, se ha discutido la posibilidad de que sean sujetos no funcionarios conforme a las previsiones de Derecho administrativo quienes los confeccionen, partiendo del concepto más amplio de funcionario que incorporaba el art. 119 CP de 1973 y el art. 24 del CP vigente⁶⁸⁷, cuestión que viene propiciada por la jurisprudencia extensiva del concepto de documento oficial mantenida por el Tribunal Supremo⁶⁸⁸.

carácter oficial (persona jurídica), normalmente con la intervención de un funcionario competente (persona física) y cuyo contenido venga constituido por una disposición o declaración que afecte a los servicios o funciones de carácter público; sigue a esta autora MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 230; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 511, quien, sin manifestarlo expresamente, interpreta que los documentos oficiales son aquellos que emiten los funcionarios públicos no investidos de fe pública, admitiendo, en p. 510, que el que el Código penal otorgue a la falsedad de documento oficial mayor o menor penalidad en comparación con la que tiene el tipo básico de falsedad es una cuestión político-criminal, de explicación más que caprichosa según su parecer.

⁶⁸⁶En tal sentido destaca la STS de 5 junio de 1962 (RJ 2578), ya citada por CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 792, en la que el Tribunal manifiesta su desacuerdo con la identificación documento público-documento oficial, al regresar al punto de partida sin resolver la cuestión; si bien tampoco está conforme con las diferencias entre ambos tipos de documento establecidas por aquellos autores que configuran el documento oficial como una especie del público y, dentro de ellas, ni las que atienden al sujeto del que emana el documento, ni a las que, atendiendo al contenido, reservan la denominación de documentos oficiales a los superpúblicos, esto es, a los documentos que son públicos, además de por la persona que los autoriza, también por la materia, dado que estas opiniones “conducen a una superflua distinción, puramente conceptual, dentro de la clase de documentos públicos, sin resonancia en nuestro Código y sin efecto jurídico-penal alguno”. Mucho más recientemente, las SsTS 5 junio 1987 (RJ 4517) y 15 marzo 1988 (RJ 2025) permiten inferir, por las definiciones separadas que de documento público y oficial contienen, que ambos conceptos son distintos según la doctrina del alto Tribunal, considerando que documentos públicos son los incluidos en los arts. 1216 CC y 596 LEC, mientras los oficiales son los utilizados o expedidos por oficinas públicas para facilitar el funcionamiento de las mismas y de los servicios públicos.

⁶⁸⁷Incorpora esta discusión CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 789; vid. también a este respecto, ECHANO BASALDÚA, *Aproximación histórica al concepto de documento oficial (artículos 302 y 303 del Código Penal)*, op. cit., 746.

⁶⁸⁸Sobre dicha cuestión, además de la doctrina del documento oficial por destino o incorporación a la que posteriormente se hará una referencia más detenida, vid. STS 5 junio 1962 (RJ 2578) que afirma que el documento oficial lo es por razón del autor del documento

Dicha controversia, que no es tanto fruto de una divergencia de opiniones entre distintos estudiosos de este tipo de documento, cuanto un intento de un sector doctrinal de limitar la absoluta falta de contornos en que ha desembocado la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto al documento oficial, carece de objeto. Con ello no se pretende afirmar la ausencia de razones de quienes pusieron de manifiesto tal extremo, antes al contrario, porque no puede utilizarse el concepto jurídico-penal o material de funcionario, que supone una excepción amplificadora de esta categoría de sujetos no sostenida por ninguna otra disciplina jurídica, para definir un término como el del documento oficial que ha de venir caracterizado por la normativa y la doctrina administrativista. Esto es, acogiendo la opinión de CÓRDOBA, pretender que el concepto de documento oficial venga definido admitiendo que el mismo puede provenir de persona que ejerce funciones públicas sin tener la consideración legal de funcionario según fija el Derecho administrativo, supone confundir el cometido del antiguo art. 119 CP de 1973 -que no tenía por objetivo crear o modificar una responsabilidad penal-, con el de definir los requisitos de la noción de documento oficial⁶⁸⁹. Para el autor, esta segunda tarea corresponde con una realidad que originariamente pertenece al sector administrativo del Ordenamiento jurídico⁶⁹⁰, por lo que habrá de atenderse a la normativa administrativa para fijar aquellos sujetos que pueden emitir el documento oficial. Esto no constituye obstáculo para que puedan firmar el documento en nombre de una determinada entidad pública todas aquellas personas que conforme a la normativa administrativa estén en situación de hacerlo válidamente, con independencia de que según tales normas ostenten o no la cualidad de funcionarios públicos⁶⁹¹; deducción que encuentra apoyo legal en la definición de documento público administrativo del art. 46.4 Ley 30/92. Así pues, la definición que de funcionario público -ahora también de autoridad- incluye el art. 24 CP vigente, lo mismo que la del anterior art. 119, no será definitiva para caracterizar un documento como oficial, sino para fijar, dentro de los tipos de falsedad documental, si al sujeto en cuestión le corresponde la aplicación del precepto previsto para el funcionario, y ello con independencia de que el documento falsificado sea un documento oficial confeccionado por el mismo autor de la falsedad o bien se trate de una actividad falsaria que recaiga sobre un documento de este tipo preexistente.

La ausencia de determinación del concepto de documento oficial en otras disciplinas jurídicas⁶⁹² ha propiciado la existencia de múltiples intentos de definición del mismo, no siempre exentos de divergencias, por parte de la doctrina. Ya los comentaristas tradicionales inventaron conceptualizaciones como las ideadas por PACHECO, según quien los documentos oficiales son “los autorizados por el gobierno, por sus agentes, por los empleados que tienen el poder de hacerlo, por

cuando éste procede de una persona que, teniendo según el ordenamiento jurídico extrapenal carácter oficial, no puede ser incluida en la amplia definición que del funcionario público da el párrafo 3º del art. 119 CP de 1973. En el mismo sentido, la reciente sentencia de 25 de mayo de 1995 (RJ 4501).

⁶⁸⁹CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 789-790.

⁶⁹⁰Cfr. CÓRDOBA RODA, *ibidem*.

⁶⁹¹Vid. CÓRDOBA RODA, *ibidem*. También sobre esta cuestión, vid., más recientemente, CÓRDOBA RODA, *Documento oficial por destino y fotocopias de documentos en los delitos de falsedad*, op. cit., pp.1 y 2.

⁶⁹²A este respecto conviene tener presente que una ley de carácter constitucional, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, recoge, en su art. 135.2, el concepto de documento oficial, situado en el Capítulo VIII de la Ley, dedicado a los delitos e infracciones electorales, lo que lo configura como una ley penal especial, en que se afirma que, a los solos efectos del mencionado capítulo, se considerarán documentos oficiales “el censo y sus copias actualizadas, las Actas, listas, certificaciones, talones o credenciales de nombramiento de quienes hayan de intervenir en el proceso electoral y cuantos emanen de personas a quienes la presente Ley encargue su expedición”.

las oficinas de toda clase que con arreglo a su institución los expiden⁶⁹³. Posteriormente, autores no menos ilustres, como FERRER SAMA, identifican el documento oficial con aquella categoría de documentos públicos que MANZINI llama “documentos formalmente y substancialmente públicos”, esto es, aquellos que no sólo lo son por razón de la persona que los autoriza, sino también por la materia. En distinto sentido, PUIG PEÑA, CUELLO CALÓN o CAMARGO HERNÁNDEZ parten de la concepción jurisprudencial de este tipo de documento para su definición⁶⁹⁴, aunque más modernamente se haya acudido al número 3º del art. 596 LEC para incluir en él una definición normativa del mismo, cuando menos por parte de aquellos autores que mantienen la equiparación entre documentos públicos y oficiales.

B) El documento oficial según la jurisprudencia del Tribunal Supremo: el denominado documento oficial por destino.

A pesar de los intentos de distintos estudiosos por fijar las líneas definidoras, las energías doctrinales se han centrado, en algunos casos, más que en otorgar una definición precisa del concepto de documento oficial, en limitar la amplitud de que la jurisprudencia ha dotado a esta clase de documento. Es pues la doctrina del Tribunal Supremo la que se ha ocupado fundamentalmente de crear una definición que ha sido acogida por un sector doctrinal, tal como se ha visto. El alto Tribunal, aun cuando no se haya mostrado constante sobre este extremo, ha calificado los documentos oficiales de documentos “parapúblicos”, cualidad de la que en su opinión pueden hallarse revestidos bien por el autor del que emanan, bien por el destinatario⁶⁹⁵. Sobre este particular, deben distinguirse dos fundamentales clases de documento oficiales según del sujeto que los emite: por un lado, aquellos que el Tribunal Supremo ha llamado documentos oficiales en sentido propio, emitidos por funcionarios públicos⁶⁹⁶ y, por otro, aquellos cuya condición de oficiales no deriva del sujeto que los emite, que puede, por tanto, ser un particular, sino de su destinación específica, de su creación con la finalidad de ser dirigidos a la Administración, lo que se ha venido en llamar documentos oficiales por destino. En aquellos emitidos por funcionario público, la calificación de oficial se otorga al documento según dos claras líneas jurisprudenciales: o bien porque la emisión del documento forme parte de las competencias atribuidas al funcionario, o porque según el contenido y finalidad del mismo pueda tildarse de público. Así, atendiendo a la competencia del emisor, el Tribunal Supremo manifiesta que documento oficial es “el expedido por las autoridades o funcionarios públicos españoles en relación con su legal competencia y con la función específica encomendada”⁶⁹⁷. Atendiendo al contenido y función del mismo, se ha conceptualizado el documento oficial como “las representaciones gráficas del pensamiento,

⁶⁹³Cfr. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, op.cit., pp. 295-296.

⁶⁹⁴Cfr. PUIG PEÑA, *Derecho penal. t. III. Parte especial, vol. 1º*, op. cit., p. 206, según quien son documentos oficiales “los que para satisfacer las necesidades o conveniencias del servicio público se firman o expiden por funcionarios de este orden en el ejercicio de sus cargos; en el mismo sentido vid. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t II (parte especial)*, op. cit., p. 259; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 529; también parte de una definición jurisprudencial QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 626.

⁶⁹⁵En tal sentido la reiteradamente citada STS 5 junio 1962 (RJ 2578).

⁶⁹⁶Se refiere a este tipo de escritos como documento oficial en sentido propio, entre otras, la STS 22 octubre 1987 (RJ 7582), en que se establece la diferencia con los documentos oficiales por destino.

⁶⁹⁷Incorporan dicha definición las SsTS 12 noviembre 1986 (RJ 6941), 10 noviembre 1989 (RJ 9306), 3 diciembre 1992 (RJ 9914), 25 abril 1994 (RJ 3437).

generalmente por escrito y en papel, que se expiden en las oficinas públicas para el funcionamiento de las mismas o para la prestación de servicios públicos”⁶⁹⁸.

No es constitutivo de disparidad absoluta el uso de dos criterios distintos para delimitar el documento oficial emitido por funcionario, acudiendo unas veces a que su emisión forme parte de las competencias que le son propias y otras al contenido y finalidad que el documento representa, dado que las dos opciones se complementan más que excluirse. Esto es, la concepción que podríamos llamar subjetiva -basada en la competencia-, y la objetiva - basada en el contenido- son las dos caras de la misma moneda, desde el momento en que resulta previsible, por regla general, que la normativa respectiva que dote de determinadas competencias específicas de documentación a un funcionario lo haga en atención a la función pública que el mismo desempeña. Difícilmente un documento oficial emitido por empleado público dentro de los límites de sus respectivas atribuciones irá destinado a un fin distinto del cumplimiento un determinado servicio público. Ahora bien, la alusión, junto al ejercicio del servicio público, de aquella documentación cuya emisión sea necesaria para el buen funcionamiento de los distintos órganos administrativos plantea un posible problema, que no es otro que la introducción dentro del documento oficial de instrumentos que tengan sólo un destino interno en el órgano que los emite, sin ningún tipo de vocación *ad extra*, lo que en Alemania se ha llamado “meros documentos administrativos”, y que no deberían incluirse en los documentos oficiales tal como ya se apuntó en el apartado anterior. Un segundo peligro al utilizar el criterio relativo al contenido lo constituye que la atención al contenido del documento desplace la de la necesaria emisión del mismo por parte del funcionario público, propiciando que se incluyan dentro del concepto de oficiales documentos que en puridad han de considerarse privados -salvo que sean objeto de mención específica en el Código penal-, como puede suceder cuando el Tribunal Supremo se refiere a los documentos emitidos por entes o personas jurídico públicas⁶⁹⁹.

Tales riesgos en la ampliación del concepto de documento oficial son, sin embargo, nimios si se los compara con el segundo tipo de esta clase de documentos que ha admitido el Tribunal Supremo, que llega a afirmar en multiplicidad de sentencias el carácter oficial de un documento emitido por un particular cuando éste tenga por destino ser presentado ante un ente administrativo de cualquier clase o ser incorporado a un expediente administrativo. Se configura de este modo el denominado documento oficial por destino o incorporación, que prescinde completamente del sujeto que emite el documento y tiene sólo en cuenta el ámbito de uso previsible del mismo para caracterizarlo como oficial, equiparando de este modo la penalidad de la falsedad de uno de estos documentos con la de la falsedad en documentos oficiales propios o públicos. Esta línea interpretativa ha desbordado completamente el concepto, borrando de facto toda similitud entre el

⁶⁹⁸De este tenor, SsTS 15 diciembre 1986 (RJ 7916), 1 julio 1987 (RJ 5147) en que los documentos oficiales se delimitan como “los que provienen de las administraciones públicas (Estado, Comunidades Autónomas, Provincias o Municipios) para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas para cumplir sus fines institucionales”. En parecido sentido cfr., por todas, SsTS 9 febrero 1989 (RJ 1529), 18 de enero de 1991 (RJ 149), 12 diciembre 1991 (RJ 9492), 10 noviembre 1993 (RJ 8496); 18 julio 1996 (RJ 6069).

⁶⁹⁹Utilizando tal argumento el Tribunal Supremo ha considerado documentos oficiales los cupones de la Organización Nacional de Ciegos, cfr. SsTS 28 septiembre 1983 (RJ 4593), 25 mayo 1990 (RJ 4452) o 18 enero 1991 (RJ 149); así como los documentos emitidos por determinados colegios profesionales: en tal sentido, por ejemplo, la STS 22 septiembre 1993 (RJ 6825) considera que el visado del colegio profesional de arquitectos otorga carácter oficial a un documento privado, a un proyecto, aun cuando el documento no llegue a incorporarse a un expediente administrativo para conseguir una licencia municipal de obras.

documento público y el oficial y destruyendo, al mismo tiempo, cualquier razón jurídica que permita explicar la equiparación de la penalidad en la falsificación de estas dos clases documentales. Es también esta la razón de que la práctica unanimitad de la doctrina se haya dedicado, más que al estudio de la verdadera naturaleza del documento oficial, a fijar sus límites, criticando la doctrina del Tribunal Supremo, que no sólo ha aplicado este dudoso criterio al documento oficial, aunque lo haya hecho con mayor profusión respecto del mismo, sino también en relación con el documento público e, incluso, con el mercantil.

Debe hacerse abstracción de la diferencia teórica que pueda existir entre las expresiones destino e incorporación, pues si alguna vez se distinguió entre ambas⁷⁰⁰, lo cierto es que la jurisprudencia en los últimos años no ha establecido particularidades sustanciales. En relación con los documentos oficiales por destino o incorporación, por tanto, son muchas las resoluciones del Tribunal Supremo que otorgan un concepto de esta figura, a la que recurre constantemente, hasta el punto de que una cantidad importante de los fallos en que se condena por falsedad en documento oficial lo son en este tipo de acceso a la oficialidad. Para este Tribunal la definición del documento oficial no se reduce a su emisión por parte de un funcionario en ejercicio de su competencia para cumplir los fines del servicio público que desempeña, sino que además merecen tal consideración aquellos documentos que, teniendo un origen privado, se presentan o incorporan a una oficina pública, provocando actividades y trámites de carácter administrativo o judicial⁷⁰¹. En puridad, la inclusión de documentos de naturaleza privada dentro del concepto de documento oficial obedece a la determinación de la naturaleza jurídica del documento por su finalidad, en aquellos casos en que el documento se confeccione para surtir efectos en un organismo oficial al que se incorpore con aptitud de provocar cualquier trámite de índole judicial o administrativo, pues al presentarse ante el correspondiente órgano administrativo pone en marcha la actividad estatal sobre la base de una mendacidad, lo que hace a la conducta acreedora de la sanción prevista para la falsificación de documentos oficiales⁷⁰².

⁷⁰⁰En tal sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, op. cit., p. 111, manifiesta que tal distinción ha sido efectuada por algunas sentencias, sin referirlas expresamente, aun cuando reconoce que en otros fallos se confunden. Tampoco explica en qué consiste tal distinción, aunque de sus palabras puede inferirse que documento oficial por incorporación sería aquél emitido por un particular que, por alguna eventualidad o por azar, es presentado a la Administración, como una suerte de documento de naturaleza transmutada ocasional o accidental, sin que tal cambio fuese predecible al emitirse el documento, mientras que el que lo es por destino ya fue confeccionado con la intención o con la única finalidad, según su naturaleza, de ser incorporado a un expediente administrativo, con lo que el cambio de naturaleza sería aquí intencional.

⁷⁰¹Esta frase final en el concepto de documento oficial se encuentra invariablemente en todas las sentencias en que el Tribunal Supremo define este tipo de documento. Cfr. sentencias citadas en notas 696 a 699.

⁷⁰²En este sentido STS 27 junio 1983 (3591); 29 mayo 1985 (RJ 2556) en que para fundamentar la paridad punitiva el fallo pone el acento en el dolo de quien confecciona un documento privado falso con dolo o ánimo de presentarlo ante un determinado órgano administrativo así como en el ánimo de lucro inherente a muchas de estas conductas; 20 enero 1986 (RJ 155) en que la razón de la parificación no se basa tanto en el dolo del agente cuanto en la perturbación del funcionamiento de las oficinas públicas que un documento falso de este tipo supone, además de por el peligro de que se reproduzcan, en base al mismo, nuevas falsedades involuntarias; 26 julio 1988 (RJ 6675), 9 febrero 1989 (RJ 1525), 10 noviembre 1989 (RJ 9306), en estas últimas dos sentencias el Tribunal Supremo considera documentos oficiales dos fotocopias de un documento privado incorporadas a un expediente administrativo; 9 febrero 1990 (RJ 1364) en que pone el acento el Tribunal en el propósito doloso del agente, o por la consecución más fácil del ánimo de lucro perseguido.

Con fundamento en esta interpretación jurisprudencial habían alcanzado la categoría de oficiales, por poner varios ejemplos, facturas incorporadas a un expediente tramitado ante la Cámara Oficial de Comercio e Industria⁷⁰³, la fotocopia legalizada ante Notario y amañada de un finiquito que se presenta en un procedimiento laboral⁷⁰⁴, el impreso de solicitud de un permiso de conducir⁷⁰⁵, un contrato de compraventa privado incorporado a un expediente de un organismo público⁷⁰⁶, las instancias, solicitudes e impresos cuyos vacíos hayan sido rellenados y suscritos por particulares con la finalidad de iniciar un expediente administrativo o determinar cualquier resolución o acto de esa índole⁷⁰⁷, o cualquier clase de documento destinado a la obtención de un carnet, título o diploma expedido por autoridades u oficinas públicas nacionales⁷⁰⁸.

La figura del documento oficial por destino o incorporación, en tanto supone una ampliación de dicha clase de documento tan extensa que prácticamente la priva de cualquier tipo de contorno, ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina científica⁷⁰⁹. Esto no impide que no haya habido autores, sobre todo

⁷⁰³STS 3 abril 1982 (RJ 2073). En el mismo sentido, en STS 29 mayo 1985 (RJ 2556) considera que tienen la naturaleza de documento oficial las facturas falsas que presenta un conductor de ambulancia o taxi que contrata con el INSALUD para transportar enfermos y entrega a este organismo las mencionadas facturas a efectos de cobro. En STS 17 febrero 1987 (RJ 1260), se condena también por falsedad en documento oficial al presentar facturas falsas de un hotel en un procedimiento judicial.

⁷⁰⁴STS 27 junio 1983 (RJ 3591).

⁷⁰⁵STS 25 enero 1984 (RJ 407).

⁷⁰⁶STS 14 marzo 1984 (RJ 1820).

⁷⁰⁷En tal sentido STS 20 enero 1986 (RJ 155).

⁷⁰⁸Cfr. STS 12 noviembre 1986 (RJ 6941). Cabría citar aun otros muchos casos, como el de la STS 3 julio 1987 (RJ 5159) en que se considera documento oficial el finiquito confeccionado por un empresario y presentado a un procedimiento laboral; o STS 14 abril 1989 (RJ 3095) en que adquiere la consideración de documento oficial la fotocopia de un certificado de haber aprobado unos determinados cursos incorporada a un expediente administrativo de provisión de plazas públicas; 9 febrero 1990 (RJ 1364) para el supuesto de la factura de un veterinario alterada incorporada a un juicio de faltas; 16 marzo 1990 (RJ 2548) en las solicitudes de prestaciones de la Seguridad Social y los partes de consulta, que adquieren el carácter de documentos oficiales al incorporarse a un expediente administrativo.

⁷⁰⁹CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 790-791, considera recusable que un documento privado pueda ser calificado como oficial por el simple hecho de que su destino sea el de su posterior incorporación a actuaciones de entes públicos; más recientemente, CÓRDOBA RODA, *Documento oficial por destino y fotocopias de documentos en los delitos de falsedad*, op. cit., pp. 2 y ss., por entender que la falsificación debe estar referida a la propia creación del documento y no a un momento posterior y por la vulneración del principio de legalidad que supone tal doctrina del Tribunal Supremo, además de que la calificación del documento según la finalidad del mismo supone para este autor una censurable tendencia subjetivante en la aplicación del Derecho Penal; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pp. 225-226, para quien sólo merece la consideración de oficial el documento que por razón de la materia y del sujeto que lo emite merezca tal consideración, sin incluir a aquellos emitidos por particulares, aun cuando excepcionalmente, "por accesión", puedan pasar a formar parte de un documento oficial al imbricarse interrelacionadamente con él y trasladarle algún tipo de influjo, para lo que no es suficiente su mera presentación ante un organismo público; en parecidos términos, FENÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 163, por considerar que la sola presentación del documento privado falso no da lugar a poder considerarlo documento oficial, pues aún no provoca daño real o potencial para el tráfico jurídico; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1734, considera que los documentos oficiales por destino suponen una extensión no autorizada del concepto de documento oficial, en detrimento del ámbito de los documentos privados; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pp. 511-512, critica que la jurisprudencia considere documentos oficiales por destino a los escritos

clásicos, que, aun sin congratularse por la existencia de dicho criterio interpretativo, se ahorraran ataques contra el mismo o se mostraran parcialmente de acuerdo con él⁷¹⁰. Quizá ha sido la crítica doctrinal más o menos velada a esta construcción jurisprudencial la que ha propiciado un cambio en la doctrina del Tribunal Supremo, que ha modificado aparentemente su posición sobre el particular. Dicho cambio en la jurisprudencia se produce en el año noventa, y constituye exponente del mismo la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1990 (RJ 7992) a la que posteriormente han seguido otras del mismo tenor⁷¹¹. En virtud de dicha resolución,

por particulares sobre formularios oficiales, puesto que lo que determina la naturaleza del documento no es el formulario utilizado, sino quién lo otorga; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Las falsedades en documentos oficiales*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 117; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 312, quien afirma que tal extensión del concepto es contraria al principio de legalidad, además de que tiende a entender los delitos de falsedad como delitos contra los intereses de la Administración que pueden ser menoscabados con este ilícito.

⁷¹⁰JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., pp. 481-482, considera que los documentos públicos pueden serlo por sí mismos (originales o de creación *ex novo*), por transformación (cuando el documento original privado se transforma en público) o por incorporación a un expediente o protocolo público o por destino cuando se aducen para que surtan efectos probatorios en el carácter público, aun cuando advierte que en todas las falsedades por accesión la obligatoriedad de destino e incorporación es de difícil tratamiento, debiéndose tener presente que sólo es concebible la falsedad material efectiva y no la ideológica de manifestación incierta, ya que entonces se confundiría con el falso testimonio; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 93-97, quien otorga al concepto de documento por destino una interpretación mucho más amplia que la dada por la jurisprudencia, incluyendo también los supuestos en que en virtud de la destinación probatoria un no documento se convierte en documento, pero para lo que aquí interesa le parece abusiva la práctica de asimilación especialmente en las falsedades documentales ideológicas cuando se trata de meras utilidades o presentaciones de datos inciertos ante autoridades u organismos oficiales, siendo sólo concebible la falsedad material en estos casos, de modo que el documento por destino sólo puede ser valorado criminalmente más allá de su genuina naturaleza en tanto que se incorpora voluntariamente a otro que por sí tenga tal cualidad haciéndose material y trascendente; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t II. Parte especial*, op. cit., p. 137, nota 19, según cuyo parecer es criticable la doctrina jurisprudencial del documento oficial por destino, pero no por la razón aquí aducida, sino por considerar que el documento "oficial" falsificado es el privado, cuando lo que realmente hay es una falsificación (ideológica) del documento oficial en que se refleja el privado; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 346, admite que se puede considerar también documento público u oficial un documento privado u otro objeto (foto, plano, croquis, dibujo, etc.) que aparezca incorporado y relacionado con él; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., expone la doctrina jurisprudencial sin manifestarse a favor o en contra.

⁷¹¹Cfr. SsTS 25 octubre 1990 (RJ 8301), 15 febrero 1992 (RJ 1188) en que se afirma que los boletines o comunicaciones de riesgos remitidos al Banco de España no tienen el carácter de documento oficial, sino privado, aunque vayan remitidos a un organismo oficial, concretamente a la Oficina de Riesgos del Banco de España, por haberse abandonado la doctrina del documento público o mercantil por destino; 23 julio 1991 (RJ 6014) en que se declara que el impreso de denuncia es un documento privado, pues no es lo mismo un impreso oficial -como el de denuncia- que un documento oficial, al haber finalizado la doctrina del documento oficial por destino; 27 abril 1992 (RJ 3201); 20 julio 1992 (RJ 6715) en relación con un contrato privado incorporado a un proceso laboral que continúa siendo privado; 2 septiembre 1992 (RJ 7080), en que afirma que un contrato de arrendamiento ha de considerarse documento privado por el abandono de la citada línea interpretativa; 22 febrero 1993 (RJ 1396); 8 marzo 1993 (RJ 1989); 21 mayo 1993 (RJ 4242), en que la sentencia, acogiendo la nueva jurisprudencia de ausencia de documentos oficiales por incorporación, parece rechazar la consideración de las recetas médicas como documento oficial; 28 mayo 1993 (RJ 4271) en que considera el contrato de trabajo como documento privado a pesar de que luego se introduzca en un expediente administrativo en una oficina del Instituto Nacional de Empleo; 20 marzo 1994; 22 abril 1994 (RJ 3156) en que

el Tribunal sostiene que “(...) el tenor literal del artículo 306 del Código Penal contempla el supuesto de que las falsedades designadas en el art. 302 se cometan en documento privado, mientras que en el artículo 303 se requiere que dichas modalidades falsarias recaigan en documento público u oficial o en letra de cambio u otra clase de documentos mercantiles, de manera que lo determinante es la naturaleza del documento en el momento de soportar las manifestaciones a acoger (...)”, conservando su originaria naturaleza aun cuando se transmute después en público, oficial o mercantil, dado que “lo que no se alteraría nunca es la realidad de que se alteró un documento privado”. Esto es, lo que ha de tenerse en cuenta para determinar la clase de documento que se falsifica, según la nueva doctrina del Tribunal Supremo, es el carácter del mismo en el momento de producirse la falsificación. Nos encontramos ante una falsedad en documento privado si lo ha emitido un particular, sin enriquecerse la infracción con elementos foráneos y alejados en el tiempo, ello con independencia de que posteriormente, por su incorporación a un expediente público, pueda alcanzar la consideración de público u oficial⁷¹².

No ha tardado la doctrina científica en hacerse eco de esta nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, felicitándose generalmente por el sustancial cambio⁷¹³. Sin embargo, dicho giro en la orientación es mucho más tímido de lo que inicialmente pudiera parecer analizando, aun cuando sea someramente, la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo en relación con esta cuestión, sobre todo a partir del año noventa y cuatro. Si bien hasta ese momento la jurisprudencia se mantuvo tajante, al no hacer ningún tipo de concesión al documento oficial por destino o incorporación, salvo en alguna contada excepción⁷¹⁴, la situación ha

se afirma que documento privado es todo aquel en que se consignen obligaciones civiles sin intervención de funcionario público por haber sido abandonada la jurisprudencia del documento oficial por destino.

⁷¹²A la razón de la naturaleza del documento en el momento de operarse la acción falsaria para determinar de qué clase sea, SOTO NIETO, *Las falsedades en documento privado. El uso de documento falso como medio para cometer una estafa*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 184, añade, parafraseando sentencias del Tribunal Supremo, que el dolo falsario del agente se proyecta sobre un documento privado, lo que trae como consecuencia que en estos casos en que el documento ha de considerarse privado a pesar de su ulterior incorporación a un expediente administrativo, se perfeccionará el delito en el tiempo a partir de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que son inherentes al delito de falsedad en documento privado.

⁷¹³Vid., por todos, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 164; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1734; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1741; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Las falsedades en documentos oficiales*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 117; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 3670, con abundante información jurisprudencial al respecto antes y después del cambio en la orientación del Tribunal Supremo sobre este particular; GRANADOS PÉREZ, *Falsedad documental: nuevas perspectivas*, en AAMN, t. XXXV, 1996, pp. 109-110.

⁷¹⁴En tal sentido, la 14 febrero 1991 (RJ 1063) conceptúa el escrito de recurso de queja presentado por una de las partes ante un Tribunal como documento oficial; la de 7 marzo 1991 (RJ 1926) entiende que el modelo oficial presentado por un particular ante la inspección de la Administración de Aduanas es documento oficial porque se dirige a un organismo público y es destinado a unirse a un expediente administrativo; STS 1 junio 1991 (RJ 4476) establece que la naturaleza del documento oficial no viene constreñida a su origen, sino a la finalidad que el documento persiga, por lo que son oficiales aquellos que forman parte de actividades oficiales o se incorporen a expedientes públicos o tomen naturaleza oficial, o surtan efectos de carácter oficial, de cualquier clase que éstos sean, afirmando el carácter oficial de los certificados expedidos para obtener el permiso de conducir por parte de un médico de centro sanitario autorizado para este fin; 13 julio 1991

sufrido un cambio claro a partir de ese año. Desde el año noventa y cuatro el Tribunal Supremo vuelve a utilizar ya en algunas de sus sentencias la expresión “documento oficial por destino o incorporación” y lo hace para equiparar a los documentos oficiales aquellas declaraciones recepticias emitidas y dirigidas por los particulares a un organismo público u oficial y susceptibles de producir efectos jurídicos de tal carácter y determinar resoluciones de ese receptor⁷¹⁵. Esto es, dentro de la amplia categoría de los documentos oficiales por destino mantienen su naturaleza de privados, por lo menos hasta su incorporación a un determinado ente

(RJ 5517) respecto del carácter oficial de un parte facultativo de asistencia a un parto y en que se incluye el lugar de nacimiento incorporado a un expediente público de inscripción de nacimiento del Registro Civil; 12 diciembre 1991 (RJ 9492) reconoce incluidos dentro del concepto de documento oficial a los documentos, inicialmente privados, incorporados a expedientes administrativos o procesos con objeto de surtir efectos en ellos, o para determinar una resolución o acto administrativo, pero no por razón del destino (postura ya abandonada por esta Sala), sino a su posterior consideración como documentos oficiales; la sentencia de 6 febrero 1995 (RJ 711), que veladamente reintroduce la idea del documento oficial por destino, al afirmar que los documentos TC 2/8 (relación nominal de trabajadores por Jornadas Reales del Régimen Especial Agrario) y los TC 1/8 (boletines de cotización a la Seguridad Social de ese Régimen) son documentos oficiales, desde su origen, pues son declaraciones incorporadas a impresos que por su formato y destino tienen inequívoco carácter oficial, ya que los modelos son confeccionados por la propia Administración y están destinados a ser manejados en el seno de la actividad administrativa; o la de 17 julio 1995 (RJ 6872) sobre boletines de reconocimiento emitidos por técnicos autorizados sobre las instalaciones eléctricas de los locales que se insertan en el correspondiente expediente administrativo para obtener la licencia anual del local, que han de considerarse certificados oficiales, pues se hacen en impresos oficiales y su única finalidad es obtener de la Administración la licencia anual para el funcionamiento de los espectáculos públicos que se explotan en este tipo de locales.

⁷¹⁵Sobre esta cuestión vid. SsTS 28 de septiembre de 1994 (7229); 13 marzo 1995 (RJ 1843); 25 mayo 1995 (RJ 4501); 31 mayo 1994 (RJ 4508) en que afirma que el rechazo de la doctrina del documento oficial por destino no tiene excepción cuando el documento genuinamente privado se incorpora, sin posible previsión de su autor, y sin relación funcional alguna a un expediente público, pero tiene inflexión en los supuestos de declaraciones de particulares recepticias mencionados, cuando existe exclusiva conexión temporal y funcional con el expediente oficial y público en que se inserta y surte los efectos oficiales inherentes a la resolución administrativa que provoca. En el mismo sentido, SsTS 2 febrero 1996 (RJ 827) para la que el impreso cumplimentado que se presenta a la correspondiente delegación de Hacienda para obtener el distintivo fiscal que adherir a las máquinas de juego es un documento oficial, no en base a la vieja doctrina del documento oficial por incorporación -dice la sentencia-, sino por no tener otra finalidad o destino que la de formar parte de un expediente administrativo desde su iniciación, o por su necesaria incorporación al mismo; 4 febrero 1996 (RJ 2025); 17 mayo 1996 (RJ 3835) exactamente en los mismos términos por lo que hace a aquellos documentos emitidos por particular que tienen el exclusivo destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones públicas, determinando resoluciones del órgano receptor con trascendencia para el tráfico jurídico, como en este caso la documentación necesaria -contratos de trabajo y certificados de estudios- para obtener permisos de trabajo y residencia; 19 septiembre 1996 (RJ 6925) que utiliza la misma doctrina para calificar de oficial la autodeclaración en el IRPF, añadiendo a los argumentos relacionados con el carácter recepticio de la declaración, que existen documentos oficiales caracterizados por una “función pública por destino”, que no necesariamente han de ser emitidos por un funcionario público; 4 febrero 1997 (RJ 692) en relación con los documentos que se presentan a la Administración con finalidad de cobrar el subsidio de desempleo; 19 febrero 1997 (RJ 719) en que se apunta la idea de que los impresos que se presentan a Hacienda tienen la consideración de oficiales. Únicamente la STS de 10 septiembre 1997 (RJ 6375) vuelve a una interpretación restrictiva del documento oficial, al afirmar que el emitido por un funcionario que había ya cesado en el cargo no es “oficial”, a pesar de que posteriormente pueda alcanzar tal naturaleza por destino.

administrativo, aquellos creados por los particulares que por la esporádica voluntad de su tenedor o por alguna otra eventualidad se introduzcan en un expediente administrativo, mientras que recobran su categoría oficial aquellos otros cuya única finalidad, al crearlos, es su incorporación a uno de estos expedientes.

Esta nueva interpretación del Tribunal Supremo plantea verdaderos problemas jurídicos. En primer lugar, porque no es tan nueva como parece, dado que ya la citada sentencia de 5 de junio de 1962 (RJ 2578), en que la figura del documento oficial por destino se encontraba en pleno auge, manifiesta, exactamente con los mismos términos con que lo hacen las más recientes sentencias del Tribunal Supremo, que han de considerarse oficiales “por razón del destinatario del documento, cuando se trata de aquellas declaraciones escritas, de naturaleza recepticia, dirigidas por los particulares a un órgano público u oficial, que sean susceptibles de producir un efecto jurídico de esta índole”. Ello da pista de que podemos encontrarnos ante un retorno en toda regla a la denostada doctrina del documento oficial por destino⁷¹⁶. En segundo lugar, porque resulta difícil, a la vista de las decisiones adoptadas por el Tribunal, conocer los criterios en que se basa para dictaminar que una declaración es recepticia y que su único destinatario es la Administración. Junto a certificaciones de un arquitecto o un arquitecto técnico sobre una determinada obra dirigidas a la obtención de licencias de ocupación y cédulas de habitabilidad, o a una carta dirigida por un particular a un determinado ente administrativo para conseguir una modificación del plan urbanístico, se ha considerado también documento oficial sobre esta base al contrato de trabajo que se incorpora a un expediente para obtener en España el permiso de trabajo⁷¹⁷, cuando cabe imaginarse otras muchas finalidades anejas a la perfección de un contrato de trabajo a la aquí relatada.

La nueva presentación de la doctrina del documento oficial por destino adolece del mismo defecto que la antigua, confundir la incorporación a un expediente o la presentación ante un órgano administrativo de un documento privado, con la naturaleza del documento que, a pesar de dicha inclusión, no deja de ser emitido por un particular y, por tanto, privado. Esto supone que aun cuando nos encontremos ante formularios emitidos por la Administración para la presentación de instancias u otro tipo de declaraciones ante entes públicos que hayan de tomar una resolución⁷¹⁸, y a pesar de que su única finalidad sea la incorporación a un determinado expediente, el documento habrá de reputarse sin lugar a dudas privado, por lo menos hasta el momento de su incorporación. Ello es

⁷¹⁶Resulta sintomática la reciente aparición de artículos que tienden a la justificación técnica de esta amplia interpretación del concepto de documento oficial. Cfr., en este sentido, SOTO NIETO, *Falsedad en documento oficial por destino*, en *La Ley*, 1996-5, pp. 1391 y ss., en que se habla sin ambages del “temperamento” en el abandono de tal doctrina por parte del Tribunal Supremo. Apoya también esta interpretación del Tribunal Supremo, LLORIA GARCÍA, *El documento como objeto material de los delitos de falsedad documental: su concepto y naturaleza*, op. cit., p. 205.

⁷¹⁷STS 13 marzo 1995 (RJ 1843).

⁷¹⁸Por supuesto, esta afirmación ha de hacerse extensiva a documentos emitidos sobre formularios oficiales que no estén dirigidos a su presentación ante la Administración, como en el caso de un contrato de arrendamiento emitido en papel timbrado oficial. En este sentido, STS 15 mayo 1984 (RJ 2612) que considera documento privado el contrato de arrendamiento escriturado sobre este tipo de impreso cuando en su constitución no participe un funcionario público; STS 5 junio 1989 (RJ 5024) que no considera que tal contrato tenga la naturaleza de oficial al no haberse realizado para satisfacer las necesidades del servicio; de contraria opinión, STS 18 noviembre 1991 (RJ 8593), que afirma la naturaleza oficial del contrato de arrendamiento extendido sobre impreso oficial; también la sentencia de 23 febrero 1994 (RJ 1562) aunque no en referencia a contratos de arrendamiento, sino a impresos normalizados de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria y Energía necesarios para proceder a las instalaciones eléctricas en locales y donde ha de constar la firma del ingeniero industrial que los emite.

así porque si se concibe el documento oficial como subclase del público y se entiende que puede verse definido en el núm. 3º del art. 596 LEC, cualquier otra opinión al respecto conduciría a la negación de las condiciones que para el mismo prevé el precepto, puesto que el documento ha de emitirlo un funcionario público.

Antes de que el documento se incorpore a la Administración no podrá discutirse su categoría de privado y, con ello, las maniobras falsarias que en él se realicen habrán de solventarse conforme a la falsedad en documento privado. Más problemas genera la cuestión de si el documento, una vez incluido en un expediente público, se convierte a partir de ese momento en oficial. A este respecto, parte de la doctrina se ha pronunciado en favor de entender transformada la naturaleza del documento⁷¹⁹ y alguna que otra resolución jurisprudencial ha dictaminado en el mismo sentido⁷²⁰. Sin embargo, ni aun en este supuesto puede afirmarse sin más la conversión del documento en oficial. Así, por ejemplo, la presentación ante la Hacienda pública de los impresos que contienen la autodeclaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas no implica que deje de ser un documento privado por el hecho de que el mismo se incluya en un expediente administrativo que tenga por finalidad comprobar si los datos afirmados son o no correctos, de la misma manera que la instancia para solicitar la concesión de una licencia de obras no se convierte en documento oficial a pesar de que inicie el expediente conducente a la emisión de dicha concesión. Falta también aquí un requisito esencial para poder hablar de documento oficial, la emisión por funcionario público que actúe dentro del ámbito de su competencia, lo que no cambia en el documento a pesar de su inclusión en un determinado expediente. No obstante, que la conversión no sea automática no significa que no pueda darse en aquellos casos en que la presentación de dicho documento dé lugar a la emisión de un verdadero documento oficial que traiga causa de aquél, cuando entre ambos medie tal relación que pueda hablarse de la existencia de un documento compuesto o dependiente⁷²¹. En éste el documento privado presentado es el objeto de referencia del oficial y su modificación puede suponer, al mismo tiempo, una modificación del documento oficial a él referido; ello cuando se cumplan las demás condiciones necesarias para la existencia de este tipo de documentos, que deberán analizarse en cada concreto supuesto, sin que sean admisibles soluciones generalizadoras. Cabe también afirmar la naturaleza oficial del documento incorporado cuando el

⁷¹⁹Mantienen esta opinión, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 791, en que afirma que es distinto del supuesto del documento por destino el caso en que el documento haya sido incorporado a un expediente de un organismo público y que con posterioridad a dicha incorporación incida la acción falsaria sobre aquél, pues entonces nos encontramos ante un documento oficial; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 226, siguiendo a Córdoba. De la misma opinión, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento, público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 164, en que afirma que, tras la incorporación del documento al expediente administrativo, muta éste su naturaleza, puesto que a partir de ese momento será cuando la circulación del documento produzca efectos potenciales o reales de lesión para el tráfico jurídico; BONÉ PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, op. cit., p. 132, manifiesta la necesidad del mantenimiento de la teoría del documento oficial por destino para aquellos casos en que la falsificación documental se produzca “intra” la Administración, es decir, cuando ésta se realiza con participación del funcionario que tiene a su cargo el expediente o, incluso, por un particular que consigue acceder hasta él, dado que este documento adquiere “por accesión” el carácter de oficial; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 313, quien también sigue a CÓRDOBA en este extremo.

⁷²⁰Cfr. la STS 17 mayo 1994 (RJ 3922) en que, afirmando el abandono de la doctrina del documento oficial por incorporación, considera que una vez el documento privado ha sido incorporado a un expediente adquiere la condición de oficial, lo que en el concreto supuesto admite entendiendo que tiene tal naturaleza un documento firmado por los vecinos de un municipio para pedir la traída de agua a la localidad.

⁷²¹sobre tal concepto vid. supra cap. I, apartado 2.1.2.

expediente al que se adiciona cumpla todas las características de un documento complejo, no porque el singular documento tenga la consideración de oficial, sino porque el completo expediente sí puede tenerla; aunque también en este segundo supuesto deben cumplirse todos los requisitos de esta figura, de manera que la modificación del documento privado incorporado al complejo modifique el sentido del conjunto⁷²², lo que habrá de examinarse en cada supuesto concreto. No ha de olvidarse, además de adoptar las cautelas antedichas, que la figura del documento compuesto y, sobre todo, la del complejo, han sido duramente criticadas por la doctrina en Alemania, lo que ha de llevar a la utilización lo más restrictiva posible de dichas formas de aparición del documento. Allí donde no pueda afirmarse la existencia de ninguna de estas dos formas mencionadas se habrá de continuar considerando privado el documento tras su incorporación a un expediente público. Ello sin perjuicio de que si, a raíz de su incorporación, el funcionario competente emite un documento oficial en el que se instrumentalice una falsedad típica causada directamente por la presentación de aquel documento, el particular que lo incorporó pueda responder de autoría mediata de falsedad documental. Ésta, sin embargo, es una cuestión que ya no pertenece al tema aquí debatido, sino al tratamiento de la autoría y participación en el delito de falsedad documental.

No obstante, no terminan con la admisión del documento oficial por destino los supuestos en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hipertrofiado la figura. En ocasiones ha considerado oficiales documentos por el mero hecho de que un ente administrativo o un funcionario intervenga en su confección, pero no en ejercicio específico de sus competencias, sino como podría hacerlo un particular⁷²³.

Por otro lado, puede observarse también una indesable extensión del concepto en los supuestos en que la cualidad de oficial le viene conferida al documento no porque haya sido emitido por un funcionario o ente administrativo en el ejercicio de sus funciones, sino porque es sellado, diligenciado, ordenado o controlado por la Administración o porque la misma tiene algún tipo posterior de participación en él sin que en ningún caso quepa admitir que lo ha emitido⁷²⁴. Son

⁷²²Sobre el concepto de documento complejo vid. supra cap. I, apartado 2.1.2. Acerca de los problemas que la admisión de esta figura puede plantear en orden a la configuración de determinados tipos de falsedades vid. infra capítulo II, apartado 2.1.1.

⁷²³Por poner algunos ejemplos, la STS 1 julio 1987 (RJ 5147) califica de documento oficial el contrato de viviendas de protección oficial celebrado entre el ente administrativo respectivo y el particular, aun reconociendo que no son contratos administrativos, son contratos "privados" otorgados por la Administración en favor de adjudicatarios que cumplen ciertos requisitos; STS 2 marzo 1995 (RJ 1787) en que parece referirse a cheques expedidos por la Universidad de Zaragoza como documentos oficiales. A este respecto, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 790, afirma que es necesario, para la existencia de documento oficial, que la elaboración del documento responda al desempeño de las funciones o fines definidores del respectivo organismo, aclarando que no puede tener la consideración de tal un contrato de arrendamiento firmado por una entidad pública conforme a normas privadas.

⁷²⁴Criticando dicha extensión CÓRDOBA RODA, o. u. c., p. 791, quien cuestiona resoluciones jurisprudenciales en que se califican de documentos oficiales algunos no emanados por sujetos de Derecho público si la legislación administrativa prescribe su intervención, aun cuando en el caso concreto puede incluso no haber tenido lugar, o si los intereses que la intervención de los entes públicos tratan de salvaguardar ostentan una notable significación social; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Las falsedades en documentos oficiales*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 119, en que afirma que la hipertrofia del documento oficial se da en todos aquellos casos en que se admiten como documentos oficiales algunos no emanados por sujetos de Derecho público, sino tan sólo porque la Administración ejerce una actividad de inspección o intervención; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, op. cit., p. 129; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1734, según quien es completamente contraria a la seguridad y taxatividad

incontables los supuestos en que la jurisprudencia ha empleado esta vía para ensanchar la categoría de este tipo de documentos, así en relación con las libretas de inscripción marítima⁷²⁵, o con las hojas de examen para la obtención del permiso de conducir⁷²⁶, o los documentos -partes- de alta o baja a la seguridad social⁷²⁷, e incluso los impresos oficiales del contrato de trabajo⁷²⁸, los boletos de quinielas⁷²⁹, los calendarios interiores de las empresas⁷³⁰, los libros matrícula llevados por las mismas⁷³¹, o los boletines de cotización de los empresarios a la Seguridad Social⁷³², entre otros muchos. Es tal la profusión de documentos que el Tribunal Supremo considera oficiales, unas veces con base en la intervención administrativa de cualquier tipo después de su emisión y otras aludiendo a la doctrina del documento oficial por destino, que los contornos de los dos argumentos de inclusión se superponen, y se utilizan indistintamente en función de los concretos fallos jurisprudenciales.

Sin embargo, el supuesto más claro en que se ha acudido al control administrativo para calificar a un documento privado de oficial es el relativo a las recetas médicas, en que es ingente la cantidad de sentencias que han recaído en los últimos años. En relación con este específico documento la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido tradicionalmente que las emitidas por facultativos de la Seguridad Social o de otro ente público son documentos oficiales, por el hecho de ser extendidas en un modelo oficial⁷³³, así como por razón de que son emitidas por una entidad pública o funcionario público en ejercicio de sus funciones⁷³⁴. En contraposición con ellas, existen otro tipo de recetas expedidas por

el que se consideren documentos oficiales los inspeccionados, diligenciados, sellados o incluso ordenados por la Administración, aun cuando los creen o redacten particulares.

⁷²⁵Cfr. STS 20 diciembre 1982 (RJ 7477), en que se utiliza el argumento de que es controlado por la comandancia de marina.

⁷²⁶STS 18 septiembre 1986 (RJ 4679) con base en que se realizan en presencia de funcionarios y en impresos facilitados por éstos. En igual sentido STS de 28 abril 1989 (RJ 3559).

⁷²⁷Vid. SsTS 8 julio 1988 (RJ 6526). En el mismo sentido, incluyendo también al contrato de trabajo, STS 21 noviembre 1991 (RJ 9147).

⁷²⁸STS 27 mayo 1992 (RJ 4951).

⁷²⁹Cfr. STS 9 febrero 1989 (RJ 1529).

⁷³⁰Vid. STS 28 febrero 1990 (RJ 2103).

⁷³¹STS 2 julio 1993 (5690).

⁷³²SsTS 29 mayo 1991 (RJ 5023); 5 marzo 1992 (RJ 1736); 2 julio 1992 (RJ 5926); 26 enero 1994 (RJ 47); 9 octubre 1997 (RJ 7483).

⁷³³En tal sentido, DELGADO LÓPEZ, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1982 sobre falsificación de recetas médicas ordinarias*, en ADPCP, 1982, fascículo III, p. 751. Contra esta interpretación jurisprudencial, QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 511, quien considera que no tiene justificación esta doctrina en la emisión de una receta de la seguridad Social o de un organismo público por la mera proveniencia del impreso de una entidad de Derecho público, aun cuando sí admite la condición de documento oficial de aquellas recetas cuya expendición se efectúa previa autorización de las autoridades sanitarias, lo que se llaman recetas de extradosis.

⁷³⁴Vid. SsTS 27 febrero 1982 (RJ 680); 12 julio 1982 (RJ 4519) considera que las recetas expedidas por Sanitas en relación con miembros de la ONCE son documentos oficiales porque emanan de una entidad de beneficiencia general bajo el protectorado del Ministerio de Sanidad; 2 febrero 1984 (RJ 702) en relación con las recetas de beneficiencia municipal; 15 febrero 1984 (RJ 1135) en relación con recetas del INSALUD; 11 julio 1984 (RJ 3889) relativas a recetas de MUFACE; 6 noviembre 1986 (RJ 6810) en que califica de documentos oficiales las recetas extendidas en modelos oficiales del Ministerio de Sanidad y de la Seguridad Social; 21 marzo 1988 (RJ 2055); 20 abril 1990 (RJ 3282) relativa a recetas de la Seguridad Social; 22 abril 1991 (RJ 2848) en recetas expedidas por una corporación municipal; 26 diciembre 1991 (RJ 9640) para recetas de la Seguridad Social; 13 marzo 1992 (RJ 2089), recetas del servicio provincial de sanidad de la Diputación; 5 mayo

profesionales liberales de la medicina que carecen, por tanto, de la condición de funcionario o que no actúan en ejercicio de sus funciones al emitirlos y que pueden también considerarse documentos oficiales según el Tribunal Supremo. Dicha conceptualización trae causa de la aprobación del Convenio de Viena de 1971 -para que los países firmantes establecieran en sus legislaciones internas requisitos estrictos en la dispensación de ciertos medicamentos- y de una Orden del Ministerio de Gobernación de 11 de abril de 1977 -aprobada para desarrollar este instrumento internacional en España- en que se fijan específicos mecanismos de control para la dispensa de ciertos medicamentos cuya venta requiere la presentación de receta, según un listado contenido en un anexo de la misma, entre los cuales se encuentran los estupefacientes⁷³⁵, además de los contenidos en un Decreto sobre la misma cuestión de fecha 10 de octubre de 1977. A partir de la aprobación de estas normas, el Tribunal Supremo ha venido considerando que las recetas relativas a medicamentos para cuya dispensación es preceptiva la receta son siempre documentos oficiales, con independencia de que vengan expedidas por un facultativo particular, sobre la base del control que la Administración ejerce en la dispensa de este tipo de medicamentos⁷³⁶. Esto no constituye más que una muestra de la exacerbación del concepto de documento oficial a que nos tiene acostumbrados nuestra jurisprudencia⁷³⁷.

Además de los casos en que el Tribunal Supremo ha propiciado determinadas interpretaciones en relación con la figura del documento oficial que han desbordado el concepto inicial que del mismo se hubiera mantenido, y que son, según se ha visto, innumerables, tampoco en aquellos otros supuestos en que el

1992 (RJ 3708) las provenientes de la Seguridad Social; 3 diciembre 1992 (RJ 9914); 10 marzo 1994 (RJ 2118) en que se afirma que son documentos oficiales las expedidas por facultativos en el ejercicio de su función sanitaria en organismos como la Seguridad Social, beneficencia, corporación municipal o mutualidades, tanto por su origen como por su destino.

⁷³⁵Más detalladamente sobre este punto vid. DELGADO LÓPEZ, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1982 sobre la falsificación de recetas médicas ordinarias*, op. cit., pp. 752-754, en que advierte que, a partir de este momento, el Tribunal Supremo habrá de considerar oficiales documentos que antes consideraba privados.

⁷³⁶Vid. SsTS 27 de febrero 1982 (RJ 680), que dentro de las recetas dispensadas por médicos particulares dice que las de dispensación corriente son documentos privados y las de sustancias psicotrópicas son documento oficial, ya que han de escriturarse en receta oficial sometida al control de restricción de estupefacientes; 1 junio 1982 (RJ 3520) que entiende que las relativas a los medicamentos incluidos en el anexo de la mencionada orden han de considerarse documento oficial en cuanto viene normativamente regulada toda su trayectoria desde el momento de su expedición hasta el de su último destino; 13 julio 1983 (RJ 4167); 24 mayo 1990 (RJ 4434); 30 noviembre 1991 (RJ 8716); 22 marzo 1993 (RJ 2430) que se fundamenta en el control administrativo para la dispensa de determinados tipos de medicamentos aun cuando la receta la emita una mutualidad privada; 4 julio 1997 (RJ 5585). En sentido contrario, STS 23 septiembre 1982 (RJ 4957) en un supuesto en que una entidad privada emite una receta para la dispensación de un medicamento que necesita de ella se condena por falsedad en documento privado; también la STS 18 abril 1989 (RJ 3412), en que además de discutirse si una fundación puede emitir un documento oficial, concluyendo el Tribunal que, a pesar de estar sometida al control administrativo, es una institución privada, mantiene que la receta es documento privado aun cuando los medicamentos recetados eran del tipo de los que sólo pueden dispensarse con receta del facultativo; 19 diciembre 1996 (RJ 9496).

⁷³⁷En sentido contrario, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 170-171, quien considera que las recetas de expendición de estupefacientes son sin lugar a dudas documentos oficiales, dado que en casos como este "la sociedad de forma indirecta ve afectados sus intereses en la medida en que se quebranta la función de vigilancia o de control de la que es depositario el Estado en materia de salud pública".

documento en cuestión es emitido por un funcionario público se cuestiona el Tribunal si su emisión forma parte de las competencias atribuidas a dicho funcionario o si se han cumplido las necesarias solemnidades para su confección. Lo esencial es que no se plantea tampoco que tal documento se emita sólo a efectos de funcionamiento interno de la Administración, sin merecer la cualificación de documento oficial equiparado al público entonces, o si su fuerza probatoria es en algún modo privilegiada⁷³⁸. Esto es, no da explicación que justifique la inclusión de

⁷³⁸ Así en SsTS 10 febrero 1982 (RJ 645) entiende que son documento oficial las nóminas acreditativas de haber cobrado una pensión; 27 diciembre 1982 (RJ 7868) considera documento oficial el certificado médico necesario para poder celebrar una corrida de toros; 26 abril 1983 (RJ 2307) en relación con una guía de ganado; 24 mayo 1983 (RJ 2770) respecto de un mandamiento de libertad; 28 mayo 1983 (RJ 2796) en relación con un certificado del Ministerio de Industria y Energía respecto de un ciclomotor; 13 diciembre 1985 (RJ 6258) en un certificado de defunción emitido por un funcionario público; 9 junio 1987 (RJ 4698) que califica de oficiales tanto las actillas o actas provisionales de las notas de selectividad como las actas definitivas; 24 marzo 1988 (RJ 2090) en relación con la licencia de importación de un producto; 22 noviembre 1990 (RJ 9140) en relación con las actas de aprehensión de productos de contrabando efectuadas por los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; 2 octubre 1990 (RJ 7628) certificado de estudios; 10 noviembre 1990 (RJ 8873) certificado de antecedentes penales; 17 mayo 1991 (RJ 3687) para el justificante de pago de la tasa sobre el juego; 27 mayo 1991 (RJ 3868) para las matrices de viajeros que guardan los funcionarios de aduanas, que dan los talones de tales matrices a los viajeros que la cruzan; 31 mayo 1991 (RJ 4016) registro de buques; 14 noviembre 1991 (RJ 9131) en relación con los documentos llamados “partes de traslado y hospitalización”; 11 marzo 1993 (RJ 2150) cartilla de la Seguridad Social; 9 diciembre 1993 (RJ 9269) licencia de transporte; 28 enero 1994 (RJ 289) guías de máquinas de juego; 25 abril 1994 (RJ 3437) en relación con los cuadernos TIR utilizados por los servicios de control de aduanas para reflejar el despacho de mercancías de lícito comercio a su entrada y salida del territorio español y con el fin de comprobar esas entradas y salidas; 14 septiembre 1994 (RJ 7215) tarjetas de inspección de la ITV y certificados de características de los vehículos; 18 noviembre 1994 (RJ 9021) documentos de aduanas y libros registro de aduanas; 2 diciembre 1994 (RJ 10005) impresos de justificantes de ingresos a Hacienda, modelo de impreso 110; 28 septiembre 1995 (RJ 6757) mandamientos de pago de un Juzgado; 24 enero 1995 (RJ 160) notificación oficial con sello y membrete del Ayuntamiento que la efectúa; 2 marzo 1995 (RJ 1790) para el libro de conocimiento de un Juzgado, que es una de las únicas ocasiones en que el Tribunal se refiere a algún tipo de normativa extrapenal -concretamente al art. 83.15 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia- para incluir a un documento dentro de la categoría de los oficiales; 10 marzo 1995 (RJ 1825) para los impresos oficiales acreditativos del resultado de exámenes para la obtención del permiso de conducir; 13 junio 1995 (RJ 4566) documentos en que se acredita la realización de peonadas del Plan de Empleo Rural; 21 noviembre 1995 (RJ 8317) documento de un Ayuntamiento de petición de subvenciones a otros entes públicos; 1 diciembre 1995 (RJ 9031) licencia de armas, guías de pertenencia y tarjeta de identificación fiscal; 19 diciembre 1995 (RJ 9340) recibos de anticipo de dietas confeccionados en formularios oficiales y que integran un expediente de cargos, que son documentos destinados a la gestión de un sector de la Administración pública; 13 mayo 1996 (RJ 4537) relativa a los impresos-declaración de incompatibilidades para obtener un cargo público; 10 enero 1997 (RJ 819) orden de pago emitida por la Administración para pagar a una empresa de limpieza; 14 febrero 1997 (RJ 1284) ficha técnica de realización de la prueba teórica para obtener un permiso de conducir. Independientemente de los problemas de encuadre que puedan generar, en el nuevo Código penal, algunos de los certificados que hasta ahora la jurisprudencia del Tribunal había venido incluyendo entre los documentos oficiales, cuestión a la que se hizo referencia en el apartado anterior, conviene efectuar una breve mención a la jurisprudencia vertida últimamente relativa a los documentos de denuncia confeccionados por miembros de la Policía Nacional o de la Guardia Civil, sobre todo por la justificación que el Tribunal Supremo hace de su inclusión dentro del concepto del documento oficial. Abstracción hecha de la consideración del pliego de descargo de una denuncia como documento oficial sobre la base de que es un documento particular que cuando ingresa en el expediente administrativo para el que ha

un determinado documento emitido por un funcionario entre los oficiales, considerando que cualquiera que un funcionario público realice tiene esta condición.

Ha sido, por tanto, la amplia concepción jurisprudencial del documento oficial, que prácticamente carece de límite atendiendo a la doctrina vertida por el Tribunal Supremo, la que ha propiciado que cierto sector doctrinal propugne la necesaria desaparición de tal concepto en un futuro Código penal⁷³⁹. La ocasión que brindaba a este fin la aprobación del Código penal de 1995 ha sido lamentablemente desaprovechada. No obstante, la continuidad en el mantenimiento del documento oficial no puede permitir interpretaciones jurisprudenciales que excedan de cualquier consecuencia lógica atendiendo a las regulaciones extrapenales sobre la materia, que no diferencian al documento oficial del público, por lo que tal ha de ser la naturaleza del primero. Si el documento oficial se convierte en una clase del público con *nomen iuris* propio no puede sostenerse que determinados documentos privados, atendiendo a la finalidad con que son emitidos, se conviertan en públicos, o que aquellos documentos en los que la Administración interviene como cualquier otro particular alcancen por ello también la condición de públicos, y lo mismo en relación con aquellos otros creados por particulares que un

sido confeccionado se convierte en oficial- cfr. STS 19 mayo 1995 (RJ 3584), lo mismo que argumenta la STS 3 julio 1989 (RJ 6016) para el impreso de denuncia-, pues esto no es más que otra manifestación de la consideración de oficial por el destino, existen otras resoluciones jurisprudenciales que incluyen entre este tipo de documentos los boletines de denuncia de miembros de la Guardia Civil de tráfico -SsTS 20 mayo 1994 (RJ 9344) o 14 junio 1995 (RJ 4518)- o los atestados policiales -SsTS 5 junio 1995 (RJ 4519) o 22 abril 1996 (RJ 2893)-. Parten para ello de la consideración de que los redactan funcionarios en ejercicio de su cargo y tienen cierta eficacia probatoria, aunque sólo sea de carácter provisional, ya que, aun cuando no tengan valor como medio de prueba para el juicio oral, investigaciones sumariales e incluso para adoptar medidas cautelares reales y personales, tienen una concreta y efectiva relevancia jurídica, además de servir para iniciar un procedimiento. Ampliamente sobre los concretos documentos que la jurisprudencia ha considerado oficiales, ordenados por materias, vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Las falsedades en documentos oficiales*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., pp. 103-114.

⁷³⁹Mantienen esta postura, entre otros, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, o.u.c., p. 120, según quien no tiene sentido perpetuar errores cometidos por anteriores Códigos penales que copiaron el texto francés sin tener en cuenta que con ello se rompía la dicotomía documentos públicos-privados, única que conocen el resto de ramas del Ordenamiento jurídico en nuestro país, además de afirmar que el concepto de documento público en la vigente legalidad española cubre sobradamente la especie "oficial" y que la dualidad público y oficial o público u oficial sólo conduce a confusiones; contrariamente a este afán limitador, sin embargo, sugiere que la futura reforma penal debería concretar o precisar cuándo un documento originariamente privado puede trastocarse en público a efectos punitivos, lo que tan sólo ha de ocurrir, en su opinión, cuando no tenga otro destino que formar parte de un expediente; en sentido mucho más restrictivo, ECHANO BASALDÚA, *Aproximación histórica al concepto de documento oficial (artículos 302 y 303 del Código penal)*, op. cit., pp. 761-762, para quien la mencionada dualidad depende de la clasificación de documentos vigente con anterioridad a la LEC de 1855, careciendo de sentido tras ella, pues a partir de la misma los documentos oficiales son una clase de los públicos, lo que ha de propiciar la desaparición de la dualidad, de manera que afirma que ambas clases de documentos tienen la virtualidad de hacer fe, habiendo de calificarse de privados todos aquellos que carezcan de tal cualidad; de parecida opinión, CONDE-PUMPIDO FERREIRO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3609; se lamenta por el mantenimiento de esta categoría en el Código penal de 1995, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial. II (2) Delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 775; LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1064; CÓRDOBA RODA, *Documento oficial por destino y fotocopias de documentos en los delitos de falsedad*, op. cit., p. 1.

ente administrativo diligencia, ordena, controla o sella, sin convertirse por tal razón en emisor del documento. La inclusión de estos supuestos en el Código penal como documentos diferenciados de los privados, que es lo que en puridad son, sólo se justificaría con la creación de un tipo *ad hoc* de gravedad punitiva intermedia entre la falsedad de documentos públicos u oficiales y la de los privados, que por fortuna no ha introducido el Código penal de 1995⁷⁴⁰.

C) Consideraciones conclusivas en torno al concepto de documento oficial

En conclusión, parece claro que sólo han de incluirse en el concepto de documento oficial los emitidos por funcionarios públicos, que además cumplan las demás condiciones que en el apartado precedente se establecieron tanto para éstos como para los públicos. Esto es, que se emitan por el funcionario competente, aquél al que se le reconoce la función de emitir el concreto documento, y que se cumplan en su confección las solemnidades previstas, siempre y cuando se trate de documentos que la Administración emita *ad extra*, y no meramente a efectos de funcionamiento interno del servicio. Por lo que a la fe pública se refiere, y derivada de ella a la especial fuerza probatoria que a los documentos investidos de la misma se reconoce en el art. 1218 CC, ha de advertirse que tan sólo muy concretos funcionarios están investidos de ella, y que el mencionado precepto del Código civil, como ya se dijo, está pensando en un específico tipo de documento notarial, por lo que no será necesario que gocen de tal fe para considerarse documentos públicos. A este respecto ha tenerse en cuenta que el concepto de documento público recogido en el Código civil, ideado para los documentos notariales, es obsoleto y no coincide con el establecido en el art. 596.3º LEC o el art. 46.4 de la Ley 30/92, que amplían el espectro, pues recogen un amplio concepto del documento público que incluye todos los válidamente emanados por la Administración⁷⁴¹. No se nos escapa que la concepción amplia del documento público que aquí se mantiene, al ir más allá de los que gozan de fe pública, puede diluir en cierto modo los contornos del concepto, aun cuando se entiende que lo contrario podría suponer el anclaje del término documento público en una visión decimonónica que obviara los avances producidos en el campo de la documentación administrativa. Ello no obstante, falta en nuestro país la formulación de una teoría del documento público administrativo equiparable a la confeccionada por la doctrina civil en relación con el documento público fehaciente. La definición del documento público administrativo no es tarea del jurista penal, quien sólo puede operar con los elementos definidores del documento público fehaciente adaptándolos a todos los emitidos por la Administración para evitar el desbordamiento del concepto. Han de ser la normativa y la doctrina administrativista las que fijen qué tipos de estos documentos gozan de una eficacia

⁷⁴⁰De la misma opinión, ECHANO BASALDÚA, *Aproximación histórica al concepto de documento oficial (artículos 302 y 303 del Código penal)*, op. cit., p. 792, aunque en referencia a los documentos oficiales que carecen de fe pública, cuya diferencia de los privados sólo se justificaría con un tratamiento penal diferenciado de la falsificación de documentos oficiales, entendidos éstos como aquellos que provengan de instancias públicas que no gocen de fe pública. Para este autor la creación de un tipo *ad hoc* presentaría graves dificultades, tanto por lo que se refiere a su concepto, pues no podría basarse en su específica fuerza probatoria, como por el peligro de acabar en un “nebuloso fragmentarismo” al tener que decidir su inclusión en esta categoría caso por caso, en atención a las peculiaridades de los distintos tipos de documentos.

⁷⁴¹No obstante, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 311, pone de relieve cómo la doctrina administrativista duda acerca de si el concepto del documento público administrativo que establece la Ley 30/92 coincide con el incluido en la LEC, pues parece que en el primero el legislador haya operado con un concepto expansivo de documento público; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, op. cit., p. 782, en que reitera esta idea.

probatoria privilegiada. Mientras ello no ocurra, con la solución aquí apuntada puede correrse el peligro de equiparar a los documentos públicos fehacientes algunos que no gocen de fe pública, sin que ello signifique que su consideración de públicos haya de implicar automáticamente la aplicación de ciertos modos comisivos de falsedad específicamente pensados para el documento público con fuerza probatoria privilegiada.

Por último, antes de finalizar con este apartado, debe efectuarse tan sólo una breve consideración respecto del tratamiento en el Código penal de 1995 de los llamados documentos de identidad. A causa de la regulación diferenciada que el Código penal de 1973 establecía entre la falsedad en documentos oficiales y en documentos de identidad⁷⁴², el Tribunal Supremo había establecido una tajante separación entre éstos y el permiso de conducir o las autorizaciones temporales para conducir. En este sentido, el alto Tribunal había reconocido la doble naturaleza del permiso de conducir, que además de ser un documento para la identificación de la persona en relación con la cual se había emitido, tenía la finalidad esencial de acreditar y habilitar a su poseedor para conducir vehículos a motor. En consecuencia, estas consideraciones, junto a la de que los emiten las Jefaturas Provinciales de Tráfico, conllevaba su tratamiento como documentos oficiales⁷⁴³. En contraposición, los Documentos Nacionales de Identidad o pasaportes, aun cuando fueran emitidos igualmente por funcionarios competentes, habían de considerarse documentos de identidad por la tipificación separada de su falsedad establecida por el anterior Código penal⁷⁴⁴. Esta doctrina diferenciadora del Tribunal Supremo, que

⁷⁴²Sobre esta cuestión y la actual regulación vid. infra cap. II, apartado 1.2.

⁷⁴³Cfr. SsTS 25 enero 1984 (RJ 407); 16 julio 1984 (RJ 4056); 7 marzo 1985 (RJ 1596); 23 diciembre 1985 (RJ 6460) en relación con la autorización temporal para conducir vehículos de motor; 7 noviembre 1987 (RJ 8417); 29 febrero 1988 (RJ 1362); 4 julio 1988 (RJ 6476); 8 febrero 1989 (RJ 1509); 8 mayo 1989 (RJ 4149) en relación con un permiso de conducir alemán, que el Tribunal considera documento oficial por destino al incluirlo en un expediente administrativo para cangearlo por uno español; 9 junio 1989 (RJ 5073) en que clarifica que no puede degradarse a la categoría de documento de identidad; 6 julio 1990 (RJ 6254) en relación con los permisos de conducir y las autorizaciones temporales para conducir vehícular de motor; 8 febrero 1991 (RJ 974); 4 junio 1991 (RJ 4502); 23 octubre 1992 (RJ 8438); 11 mayo 1993 (RJ 4069); 17 marzo 1994 (RJ 2327); 19 enero 1995 (RJ 570) en relación con un permiso de conducir extranjero; 8 abril 1996 (RJ 2850); 18 julio 1996 (RJ 6069); 20 febrero 1997 (RJ 1562); 27 marzo 1998 (RJ 2814).

⁷⁴⁴Vid. SsTS 10 noviembre 1983 (RJ 5473) en que se definen como documentos de identidad “los que acreditan el hecho calificadorio de ser la persona la misma que representa, se supone o identifica por el documento respectivo, teniendo repercusión y estando destinado al tráfico jurídico en la convivencia general del país”; 10 febrero 1989 (RJ 1538) en que se expone la diferente naturaleza de los permisos de conducir y los documentos de identidad; 17 mayo 1991 (RJ 3689) considerando documento de identidad al pasaporte; 27 noviembre 1991 (RJ 8649) para la diferencia entre el permiso de conducir y los documentos de identidad; 13 mayo 1992 (RJ 4018) sobre la misma diferenciación; 26 mayo 1992 (RJ 4491) sobre la consideración de documento de identidad de un pasaporte extranjero; 29 febrero 1992 (RJ 1507) que conceptúa el pasaporte como un documento de identidad; 8 abril 1995 (RJ 2862) en que condena por falsedad en documento de identidad en la intervención falsaria de un pasaporte no sin advertir que dichos documentos son, en realidad, oficiales; 22 junio 1995 (RJ 4582) en relación con el pasaporte. En sentido contrario, STS 4 abril 1994 (RJ 2867) en que, a pesar de entender que el pasaporte es un documento de identidad, condena por falsedad en documento oficial en un supuesto en que en el pasaporte no se había falseado nada relativo a la identidad de su titular, sino la hoja *ad hoc* de éste en que se escrituran las entradas y salidas del territorio español de su titular. En relación con los Documentos Nacionales de Identidad vid., entre otras muchas, SsTS 10 noviembre 1983 (RJ 5473) en que el Tribunal entiende que ha de aplicarse el tipo específico de falsificación de documentos de identidad a pesar de considerar que el DNI es un documento oficial; 4 febrero 1985 (RJ 862); 25 marzo 1986 (RJ 1687); 4 diciembre 1987 (RJ 9531); 1 marzo 1988 (RJ 1515) en relación con cartas de identificación italianas; 3 mayo

se afanaba por separar ambos conceptos para evitar que la falsificación de permisos de conducir se subsumiera en las tipologías punitivamente más benignas relativas a los documentos de identidad, carece en la actualidad de sentido. Al desaparecer la específica falsedad de los documentos de identidad en el nuevo Código penal, nada empece ya a su inclusión en el concepto de documento oficial⁷⁴⁵, a pesar de que alguna resolución jurisprudencial ha considerado inexplicablemente atípica la falsedad en documento de identidad en el nuevo Código Penal⁷⁴⁶.

3.2- Documentos mercantiles

3.2.1- Caracterización doctrinal del documento mercantil

Por lo que se refiere a este tipo específico de documentos, cuya falsificación se equipara en el Código penal a la de los documentos públicos y oficiales, tampoco han sido pacíficas cuestiones afectantes a su conceptualización. Al igual que en el caso de los oficiales, nos encontramos ante una clase de documentos no reconocidos por ninguna otra disciplina jurídica ajena a la penal. También en relación con ellos ha sido objeto de discusión su abstracta naturaleza, que según la mayoría de autores es la de documento privado⁷⁴⁷, aun cuando, en menor medida,

1989 (RJ 4048); 13 noviembre 1990 (RJ 8895) en que el Tribunal aclara la diferencia entre los documentos oficiales y los de identidad, incluyendo dentro de estos últimos al DNI; 17 octubre 1991 (RJ 7288); 26 mayo 1992 (RJ 2276); 24 enero 1994 (RJ 274); 25 noviembre 1995 (RJ 8940) en que el Tribunal Supremo, en relación con un supuesto de falsificación de un DNI, aclara que el delito previsto en el art. 309 CP de 1973 es especial en relación con el del art. 303, dado que si no fuera así, se estaría siempre ante un supuesto de concurso ideal al falsificarse un documento de identidad que conduciría a la superfluidez del art. 309 CP de 1973.

⁷⁴⁵En tal sentido, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, *Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código penal de 1995*, op. cit., p. 71; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 167. Ya antes de la aprobación del nuevo Código penal, reivindicaron la consideración de públicos u oficiales de este tipo de documentos, QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 726; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 956; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1072 o LUZÓN CUESTA, *Las falsedades en documentos mercantiles*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., pp. 154-159. En este sentido, SsTS 4 noviembre 1996 (RJ 8204); 20 febrero 1997 (RJ 1562); 17 febrero 1997 (RJ 2207) según la que “su falsificación no está destipificada en el nuevo Código penal. Tienen la consideración de documento oficial, en cuanto expedido por un ente de carácter oficial y cuyo contenido afecta a servicios o funciones de carácter público, como sin duda lo es la identificación de la persona en todas sus actividades públicas o privadas”.

⁷⁴⁶cfr. SsTS 27 abril 1998 (RJ 3817) en que se afirma que por haber desaparecido el tipo antes previsto en el art. 309 CP de 1973, la conducta consistente en la falsificación de un documento de identidad ha quedado despenalizada en el nuevo Código Penal; 18 junio 1998 (RJ 5687).

⁷⁴⁷En tal sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 630; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 336; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 45 y ss.; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1065; si bien CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 241-242, había manifestado que la falsificación de documentos mercantiles preveía un título autónomo de delito que representaba una figura intermedia entre la de documentos públicos y privados, aun cuando con ello parece referirse más a la naturaleza del ilícito que a la del propio documento mercantil, dado que también aquí había reconocido que los documentos mercantiles representaban tipos especiales de documentos privados; RODRÍGUEZ

haya sido sostenido que representan una categoría intermedia entre aquellos y los públicos u oficiales⁷⁴⁸. Sin duda, los documentos mercantiles, en tanto que no son emitidos por un funcionario en el ejercicio de su competencia específica constituyen documentos privados, atendiendo a que ni las normas de Derecho procesal reguladoras de la prueba mediante documentos, ni las correspondientes al Código civil, ni siquiera las propiamente mercantiles se refieren a una categoría documental específica en relación con los documentos mercantiles. Se trata, por tanto, de documentos privados, pues son particulares, aun cuando puedan tener la consideración de comerciantes, quienes los emiten. A salvo, por supuesto, de aquellos documentos emitidos por los Agentes Mediadores del comercio, como las certificaciones de Corredores de Comercio o las pólizas por ellos intervenidas, respecto de las que ya se afirmó habían de merecer la consideración de documentos públicos, en virtud de lo que en relación con algunos de ellos establece el art. 596.2 LEC⁷⁴⁹.

RAMOS, *Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil*, en *Poder Judicial*, 2ª época, nº 11, 1988, p. 112; ETCHEBERRY, *El objeto material del delito de falsedad documental: documentos y sus clases*, op. cit., p. 238; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 173; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de derecho penal (parte especial) III*, op. cit., p. 517; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 231; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 512; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 120, se limita a hacer esa consideración sólo en relación con los libros de comercio, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, op. cit., pp. 340-341; LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1063. También la doctrina procesalista que se refiere a la naturaleza de estos documentos los califica de privados, cfr. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, op. cit., p. 345; GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional, t. II. Proceso civil, vol. 1º*, op. cit., p. 264, en relación con los libros de empresarios; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil. t. I*, op. cit., p. 572, en el mismo sentido.

⁷⁴⁸De tal opinión, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 793, pueden conceptuarse como una tercera clase de documentos ni públicos ni privados que enturbian la regulación del Código penal de las falsedades documentales; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., p. 290, para quienes los documentos mercantiles se encuentran a caballo entre los públicos y los privados.

⁷⁴⁹Para JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 480, se registra una notoria falta de exactitud terminológica, pues el art. 596.2 LEC califica de públicos documentos que tienen la doble condición de públicos y mercantiles, por lo que la infracción aplicable será la del art. 302 CP de 1973 si el autor es funcionario; según CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 529, algunos documentos mercantiles, como las certificaciones expedidas por los Agentes de Cambio y Bolsa y los Corredores de Comercio son documentos públicos; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 116, los documentos contemplados en el art. 596.2 LEC constituyen una especie de duplicidad del objeto de infracción penal: la de documento público u oficial y mercantil, entendiéndose que, en tal conflicto, la primera debe ser prevalente por su propia prioridad jerárquica; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 336, considera una excepción a la naturaleza privada de los documentos mercantiles el supuesto de las certificaciones mencionada en el art. 596.2 LEC; para FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 174, son éstos los únicos documentos realmente mercantiles que se erigen en públicos por razón del sujeto interviniente en su redacción y su equiparación a los Notarios; en el mismo sentido, MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., p. 518. También ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, op. cit., p. 787, y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *La falsedad ideológica*, op. cit., p. 428, consideran que existen documentos mercantiles que, por ser confeccionados por un funcionario en ejercicio de sus funciones, tienen la condición de documentos públicos u oficiales.

En puridad, no existen documentos que conceptualmente puedan tener la doble categoría de públicos y mercantiles. El documento, conforme a la regulación extrapenal, o es emitido por funcionario público en ejercicio de su específica función certificante y, por tanto, público u oficial según el caso, o es emitido por particular, lo que da lugar a un documento privado. Que un concreto documento privado merezca la consideración de mercantil atendiendo a concretas previsiones típico-penales, no debe suponer que el documento emitido por funcionario actuando en el ejercicio de sus funciones, y por ello público, haya de considerarse mercantil por razón de que dicho otorgante actúe en un ámbito comercial. Lo contrario podría conducir a afirmar que una escritura notarial de compraventa entre dos particulares, por cuanto opera en el ámbito negocial privado, constituye un documento privado. La única división en categorías documentales que reconoce nuestro Ordenamiento Jurídico es aquella que parte de la cualidad del sujeto que emite el documento; de ahí que sólo en aquellos casos en que un funcionario que emita un documento de naturaleza mercantil actuando fuera del ámbito específico de sus competencias de documentación podría hablarse de documento "mercantil" emitido por funcionario. Cuando, por el contrario, la emisión del mismo forme parte de esas funciones, el documento será oficial o público.

Hecha esta distinción, se aclara la naturaleza netamente privada de los documentos mercantiles, por lo que el problema que inmediatamente se plantea es cómo justificar qué documentos con menor virtualidad probatoria que los públicos reciben idéntica protección que ellos. Sobre esta cuestión la doctrina ha tendido a afirmar que en contraposición con los documentos privados, los mercantiles gozan de mayor protección penal por su especial trascendencia en el tráfico jurídico⁷⁵⁰. Sin embargo, esta mayor trascendencia, que ha sido instrumentalizada según distintos criterios por la doctrina científica, no puede predicarse de todos los documentos que han merecido la consideración de mercantiles. Resulta evidente que no tienen la misma operatividad y no han de gozar, por tanto, de igual protección penal, una letra de cambio con el acepto firmado que una declaración de bienes presentada ante una entidad financiera para obtener un crédito.

La cuestión fundamental que ha enturbiado el tratamiento penal del documento mercantil y que -paralelamente a como ha sucedido con el documento oficial- ha dado lugar a que la jurisprudencia mantenga una interpretación absolutamente exorbitada del mismo, ha sido la ausencia de definición del concepto en cualquier normativa extrapenal. Esto supone, según ha mantenido algún autor, que nos encontremos ante un concepto en blanco, como ya se había dicho en relación con el documento oficial⁷⁵¹. En realidad, la equiparación *in totum* a la falsedad de documentos públicos u oficiales que supone la mención genérica al documento mercantil es mucho menos explicable en este caso que en el de los

⁷⁵⁰De esta opinión, por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 630; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 240-241, en que afirma que la mayor penalidad obedece al mayor contenido de desvalor y a la mayor trascendencia y gravedad de las consecuencias que tal falsedad comporta; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., p. 517. En distinto sentido, uno de los comentaristas tradicionales del Código penal, VIADA, *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 419, en que aduce como razón de esta especial protección a la confianza como elemento esencial en el mundo del comercio, de tal modo que los documentos que facilitan las operaciones y permiten imprimirles la actividad y movimientos que les son tan esenciales exigían por parte del legislador una protección especial, por lo que se ha castigado la falsedad en este tipo de documentos con la misma pena que la falsedad que se comete en documentos públicos y oficiales.

⁷⁵¹En tal sentido, MORILLAS CUEVA, *Curso de derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 231, quien sostiene que afirmar que los documentos mercantiles son aquellos regulados o constituidos conforme al Código de Comercio o las leyes especiales en esta materia, supone una remisión en blanco poco aceptable.

documentos oficiales en relación con los públicos. No puede explicarse la parificación punitiva por el sujeto que los emite, que en el caso de los mercantiles será un particular, ni siquiera por una equivalente fuerza probatoria a los públicos por parte de algunos específicos tipos de documentos mercantiles, que tienen la misma que cualquier otro documento privado teniendo en cuenta la normativa procesal. Por tales razones, la equiparación genérica, sin hacer ningún tipo de distingo en relación con alguna específica clase de documento mercantil, ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina penal⁷⁵². Críticas que aún con mayor razón pueden esgrimirse en relación con el vigente Código penal, puesto que, si bien el art. 303 del CP de 1973 se refería a las letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, otorgando al intérprete un indicio de la amplitud que debía darse al concepto de documento mercantil⁷⁵³, la desaparición de la mención expresa a estos títulos-valores convierte en más indeterminada, si cabe, la locución “documentos mercantiles”.

Tampoco en el ámbito del documento mercantil ha sido la finalidad fundamental de la doctrina encontrar una definición; los esfuerzos se han centrado más bien en limitar el amplio concepto de este tipo de documentos mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se ha dicho que confluyen existen dos grupos fundamentales de definiciones del documento mercantil; las de carácter restrictivo, mantenidas por la doctrina científica, y las amplias, sostenidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁵⁴. Sin embargo, la separación entre uno u otro grupo de conceptualizaciones en función de su proveniencia no es tan nítida, aunque generalmente sea así, puesto que junto a sentencias que, excepcionalmente, recogen una concepción restrictiva del documento mercantil, existen algunas opiniones doctrinales que son partidarias de la definición amplia atribuida a la jurisprudencia, acercándose más a la opinión de los Tribunales que la de aquellos autores que tratan de limitar el concepto⁷⁵⁵.

⁷⁵² Así, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 114-115, afirma que la expresión “documentos mercantiles” parece, por lo total, desorbitada y fuera del más elemental espíritu de la misma, además de que la vaguedad del término no significa apenas nada, pecando por *plus*, al asimilar a la falsedad en documento público u oficial la de otros documentos que caracen de tal publicidad u oficialidad, además de pecar por *minus*, al excluir de tal concepto falsedades en otros documentos que, sin duda son mercantiles, pero que están específicamente previstas (en el Código penal de 1973). CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 795, establece, por su parte, que, aunque el documento mercantil no haya sido definido en ninguna norma jurídica, esto no justifica que se considere mercantil todo documento en que se exprese un acto o derecho de esta naturaleza, además de no resultar comprensible que todos los documentos que tengan naturaleza mercantil, siendo privados, queden sin más equiparados a los públicos u oficiales.

⁷⁵³ En tal sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil*, op. cit., p. 111, para quien la mención específica de la letra de cambio junto a otros documentos mercantiles en el art. 303 del CP de 1973 constituía un argumento más que lo lleva a defender que sólo han de merecer la consideración de mercantiles a los efectos penales los títulos-valores. Este argumento vuelve a ser utilizado por el autor en vigencia del CP de 1995, cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, *El documento mercantil como objeto material del delito de falsedad*, en *La Ley*, 1998, Diario 4541, p. 3, en que lo utiliza como argumento histórico para limitar el concepto. En parecido sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 176-177.

⁷⁵⁴ De esta opinión ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1742. A esta clasificación bipartita, RODRÍGUEZ RAMOS, *El documento mercantil como objeto material del delito de falsedad*, op. cit., p. 1, añade una clasificación tripartita que distingue una interpretación restrictiva que identifica el documento mercantil con los títulos-valores, una intermedia que se corresponde con la mayoritaria en la doctrina y una amplia referida a la concepción jurisprudencial del documento mercantil.

⁷⁵⁵ De tal parecer, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t II (parte especial)*, op. cit., p. 260, acoge literalmente la definición jurisprudencial; lo mismo que PUIG PEÑA, *Derecho*

La evolución que se observa en la doctrina al respecto es la de ir limitando paulatinamente el concepto jurisprudencial del documento mercantil. Los criterios limitadores pueden clasificarse, fundamentalmente, en tres esenciales, reconducibles a dos: los de tipo formal, los de carácter material y los derivados del bien jurídico protegido por la falsedad documental, que son una manifestación de los segundos. Por lo que respecta a los primeros, ya GROIZARD afirmó que “las condiciones características de la mayor parte de los contratos y actos de comercio han sido en la ley taxativamente detalladas”, de manera que cuando ellas no concurren “la materia mercantil falta o se extingue”⁷⁵⁶. Con ello viene a exigir que los documentos mercantiles, para merecer la consideración de tales, han de cumplir con los requisitos que para cada uno de ellos exige el Código de comercio, de lo que ha extraído posteriormente un sector doctrinal la necesidad formal de que el documento ha de encontrarse, como tal, expresamente recogido en alguna ley mercantil⁷⁵⁷. No obstante, según otra opinión doctrinal no basta con la mera

penal. t. III, Parte especial. Vol. 1º, op. cit., p. 207; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 338. Por su parte, JIMÉNEZ ASEÑO, *Falsificación de documentos*, op. cit., pp. 479-480, que rechaza la necesidad de que el documento mercantil sea aquel previsto como tal en las leyes mercantiles por considerarlo demasiado formalista, y se separa de esta definición que él llama amplia o literal, para acoger la mantenida por el Tribunal Supremo, según él llama “estricta o técnico-jurídica”, diciendo que documentos mercantiles son “aquellos en los que se hacen constar derechos u obligaciones de esta clase o sirven para demostrar unos y otros”; en parecido sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 627, para quien la jurisprudencia restringe la peligrosa laxitud del concepto total que implica la letra de la ley; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 637, entrando en cierta contradicción con opiniones manifestadas en otras obras, en que entiende que la concepción del documento mercantil ha de ser forzosamente amplia, como de la redacción del precepto se infiere; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 346, critica a aquellos autores que limitan el concepto de documento mercantil circunscribiéndolo a los que están específicamente previstos en las leyes mercantiles y que además tengan eficacia jurídica superior a los privados, advirtiendo que tal concepción no tiene apoyo legal ni hay fundamento desde la perspectiva del bien jurídico para sostenerla, dado que entiende que los documentos mercantiles tienen de por sí una mayor importancia que los demás documentos privados en el tráfico social, atendiendo a la trascendencia de que gozan las relaciones mercantiles en la sociedad moderna y la significación específica de la fe pública en este ámbito; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial. II (2) Delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 776, que los conceptúa como “todos los que reflejan una operación mercantil o de comercio, ya sean previstos en leyes mercantiles o usos sociales”; LUZÓN CUESTA, *Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 129, quien también se muestra proclive a admitir la concepción jurisprudencial.

⁷⁵⁶Cfr. GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., pp. 889-890, según quien han de llamarse sólo documentos mercantiles aquellos títulos en que semejantes actos o contratos de comercio existen, sólo han de considerarse pues documentos mercantiles los que reúnan todas las condiciones externas de los actos o contratos mercantiles, hallándonos ante un documento privado cuando una de estas condiciones no exista.

⁷⁵⁷En tal sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 795, quien introduce esta restricción refiriéndose a la doctrina de Groizard; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1735; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1742; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 630; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1064; FAUSTO MORENO, *Documento*, op. cit., p. 677, quien cifra la distinción entre documentos civiles y mercantiles en que los segundos, por lo referente a sus requisitos de forma y fondo, están sometidos a las prescripciones del Código de comercio; LLORIA GARCÍA, *El documento como objeto material de los delitos de falsedad documental: su concepto y naturaleza*, op. cit., pp. 206 y 207. Ya VIADA, *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 422, había considerado que

inclusión formal de un determinado tipo de documento en una ley mercantil para considerarlo tal, puesto que pueden existir determinados documentos contenidos en el Código de comercio u otra ley mercantil especial que sean indubitadamente privados⁷⁵⁸. Por tal razón, junto a la limitación meramente formal, algunos autores se refieren a limitaciones de carácter material o sustancial para caracterizar penalmente este tipo de documento. En tal sentido, se ha afirmado que el escrito ha de contener un acto o derecho de carácter mercantil. Pero tampoco convence esta exigencia: en primer lugar, y más importante, porque éste ha sido el elemento característico de la definición de documento mercantil sostenida por la jurisprudencia y que ha dado lugar a la amplia interpretación de tal término que ella ha mantenido⁷⁵⁹. En segundo lugar, porque puede haber documentos expresamente tipificados en leyes mercantiles y de gran trascendencia en el tráfico mercantil, como las letras de cambio, que constituyan títulos abstractos y en los que no se haya de entrar a considerar si la operación que originó la provisión de la que traen causa ha de reputarse o no acto mercantil, ni entenderse que en la misma se hagan constar derechos mercantiles⁷⁶⁰, ello a salvo de que se considere que el mismo libramiento o la aceptación de dichos títulos constituyan de por sí un acto mercantil⁷⁶¹.

En realidad los límites del concepto de carácter sustancial se formulan porque la doctrina entiende que la equiparación de la falsedad en documento mercantil con la de documento público u oficial bien merece una interpretación lo

los documentos mercantiles son sólo aquellos que con arreglo a la legislación especial en la materia -entiéndase la mercantil- tienen por objeto hacer constar derechos concretos u obligaciones definidas de tal clase, o sirven para demostrar unos y otros, sin que quepa añadir otros distintos, aunque pasen por costumbre o mútuas conveniencias entre comerciantes.

⁷⁵⁸En tal sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 628, que pone como ejemplo el caso de la correspondencia entre comerciantes. En contra de este concreto ejemplo, ha de tenerse en cuenta que el Código de Comercio, en los arts. 51 y 54, se refiere a la correspondencia entre estos sujetos a los solos efectos de celebrar contratos, esto es, se trata de un supuesto específico de perfección del contrato, no de considerar cualquier comunicación entre comerciantes en esta Ley, por lo que no está tan clara la naturaleza privada de este tipo concreto de actividad según la opinión que el autor mantiene.

⁷⁵⁹Crítico con el argumento sostenido por el Tribunal Supremo de basar el concepto de documento mercantil en lo dispuesto en el art. 2 pfo. 2º Ccom se muestra QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1735, quien afirma que la opción sostenida por la doctrina jurisprudencial que equipara al documento mercantil todo documento que incorpore un acto de comercio supone emplear analógicamente en perjuicio del reo el art. 2.2 Ccom, cuando esto constituye una aplicación prohibida en Derecho penal. Al respecto, ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1743, manifiesta que la amplitud con que se conciben los actos de comercio en el art. 2 Ccom. ha sido estrechada por la doctrina mercantilista al situar en primer plano el aspecto "subjetivo", dando preeminencia al dato de intervención de un comerciante. En virtud del art. 2 Ccom "(1) Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se registrarán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. (2) Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga".

⁷⁶⁰Establece esta objeción, dirigida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 530, en que afirma que hay documentos mercantiles que lo son aun cuando no hagan constar derechos de carácter mercantil por esencia, como las letras de cambio.

⁷⁶¹En tal sentido ya VIADA, *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 420, dijo que las letras de cambio han de considerarse verdaderos actos de comercio, sean o no comerciantes las personas que en ellas figuren y sea o no mercantil la operación por consecuencia de la cual se hayan librado o aceptado.

suficientemente restrictiva de esta clase de documentos. Ello significa, dicho de otro modo, que el desvalor de injusto de la falsificación de un tipo de documento ha de tener una gravedad aproximada al de los otros dos, por lo que la cuestión se encuentra íntimamente imbricada con la del bien jurídico, al considerar que concepto esencial para determinar la antijuricidad material de la conducta es la lesión o puesta en peligro de tal interés. Puede deducirse de ello, como ha sostenido RODRÍGUEZ RAMOS en nuestro país, que sólo aquellos documentos utilizados en el tráfico comercial que supongan un peligro para un destinatario indeterminado han de considerarse mercantiles conforme a los efectos de la falsedad documental⁷⁶²; es decir, solamente aquellos que supongan un efecto potencialmente pernicioso para el tráfico jurídico análogo al de los documentos públicos u oficiales⁷⁶³.

Sin referirse expresamente al bien jurídico protegido en la falsedad documental, argumentan otros autores que establecen asimismo límites materiales al concepto de documento mercantil con base en la equiparación punitiva de la falsedad en documento público u oficial con la que recae sobre el mercantil. Para este sector la parificación en la sanción penal supone que no basta la expresa tipificación de un documento en las leyes mercantiles para que tenga la consideración de mercantil a efectos penales⁷⁶⁴. En este sentido, se ha hecho referencia a la necesaria existencia de una eficacia jurídica superior de los documentos mercantiles respecto de los privados, que algunos han concretado en el valor ejecutivo del documento mercantil⁷⁶⁵, y otros en la exigencia de ciertas formalidades por las leyes mercantiles para su constitución⁷⁶⁶.

⁷⁶²RODRÍGUEZ RAMOS, *Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil*, op. cit., pp 109-110, en que el autor, partiendo de que las falsedades en documentos mercantiles constituye generalmente *instrumentum sceleris* de delitos contra el patrimonio, muy usualmente de estafa, siendo medio para cometerla o para encubrir este delito o una apropiación indebida, y que las falsedades merecen un castigo autónomo en cuanto de verdad atentan contra el bien jurídico protegido en el tráfico mercantil, solamente tiene sentido castigar una falsedad en documento comercial cuando los peligros que se desprenden de la misma no sólo afecten a una persona particular cuyo patrimonio ya está defendido en otros preceptos del Código penal, sino a un número indeterminado de personas que puedan verse afectados por una operación mercantil basada en un documento falsificado. Más recientemente, RODRÍGUEZ RAMOS, *El documento mercantil como objeto material del delito de falsedad*, op. cit., pp. 3 y ss., además del argumento antedicho, que denomina teleológico, utiliza otros que lo llevan a la misma conclusión, como criterios de interpretación históricos, sistemáticos (por la existencia de falsedades específicas en documentos mercantiles con otras ubicaciones en el Código Penal) y geográficos (cotejando nuestra normativa con otras de países pertenecientes a la Unión Europea).

⁷⁶³RODRÍGUEZ RAMOS, o.u.c., p. 112.

⁷⁶⁴En tal sentido QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 513, establece que no le parece descabellado sostener que los documentos mercantiles son de dos clases: los que se podrían llamar privados en sentido estricto o privados a todos los efectos penales y los mercantiles equiparados a oficiales.

⁷⁶⁵De tal opinión, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 795, quien utiliza el criterio del valor ejecutivo como una de las formas de manifestación de la mencionada mayor eficacia jurídica.

⁷⁶⁶En tal sentido, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., p. 290, para quienes la exigencia de ciertas formalidades en la emisión del documento mercantil viene a equipararse con la especial trascendencia en el tráfico mercantil, como ocurre con las letras de cambio y los libros de contabilidad; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 513, acoge los dos tipos de limitación material anteriormente tratados, por un lado la exigencia de cierta solemnidad en su otorgamiento, como ocurre con los otorgados ante Agentes de Comercio, cédulas de crédito, certificaciones de saldo en cuenta corriente y los que aun sin tales solemnidades

Junto al establecimiento concreto de límites al concepto genérico de documento mercantil preconizado por la doctrina más moderna, ha habido otros intentos menos afortunados destinados a definirlo. Así quienes atienden a distintos parámetros para la calificación de mercantil de un documento, ya sea en virtud de las personas que los emiten, por el lugar en que se otorgan o por su naturaleza⁷⁶⁷. La ausencia de concreción de tales criterios se deduce de que constituyen sólo indicios a partir de los cuales afirmar la naturaleza mercantil del documento. Del mismo modo, son poco clarificadoras aquellas definiciones casuísticas que terminan en una cláusula general abierta y que no determinan suficientemente los elementos del concepto, haciendo, por otra parte, superflua la enumeración de concretos documentos mercantiles que las antecede. Tal afirmación puede hacerse, por ejemplo, en relación con lo apuntado por PACHECO, quien considera que los documentos mercantiles “son las letras, pagarés adornados de los requisitos legales, las pólizas y cualquier otro escrito que esté formado con arreglo al Código mercantil y tenga, según él, validez y efectos”⁷⁶⁸.

3.2.2- Concepción jurisprudencial del documento mercantil

En lo tocante a la caracterización que del documento mercantil ha efectuado el Tribunal Supremo en los últimos años, puede afirmarse que no en todas sus sentencias se asume un concepto amplio del documento mercantil. Existen fallos, aun cuando sean minoritarios, que adoptan una concepción restrictiva del mismo. Por contra, la amplitud en la definición de este concepto por parte del Tribunal Supremo se evidencia en la cantidad de resoluciones condenatorias falsedad en documento mercantil en comparación con aquellas otras referidas a la falsedad en documentos públicos, oficiales o privados. Ahora bien, dicho argumento resulta en cierta manera engañoso, ya que, aunque sirva para apoyar la definición extensa de tal modalidad de documentos, también es verdad que la falsificación de documentos mercantiles es criminológicamente mucho más usual que la de otros tipos de soporte. Según la estadística criminal, suelen cometerse con mucha más frecuencia defraudaciones -en especial, estafas- que delitos de prevaricación o cohecho o falsedades que no tengan finalidad de comisión de un ulterior ilícito, y no ha olvidarse que la falsedad en documentos mercantiles constituye generalmente la antesala de un delito contra la propiedad⁷⁶⁹.

La definición documento mercantil generalmente adoptada por el Tribunal Supremo -que aquí denominamos amplia-, es aquella que toma como referente exclusivamente lo sustantivo de dichos documentos, sin atender a si se encuentran específicamente regulados en el Código de comercio o en otras leyes mercantiles.

están dotados con la nota de ejecutividad, como ocurre con las letras de cambio, los cheques o las actas de las juntas generales de una sociedad.

⁷⁶⁷De esta opinión, CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 530, según quien los documentos pueden ser mercantiles por razón de las personas (certificaciones de Corredores de Comercio, Agentes de Bolsa, Corredores intérpretes de Buques), por el lugar (contratos en Bolsa, Feria o Mercado) y por su naturaleza (letras de cambio, cheque, talón de cuenta corriente o contratos de derecho marítimo). En el mismo sentido, CALLE RODRÍGUEZ, *Teoría general sobre la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre la falsedad documental con especial referencia al documento mercantil*, op. cit., p. 720.

⁷⁶⁸Cfr. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, op. cit., p. 296. Acogen tal definición, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t. II. Parte especial*, op. cit., p. 137; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 997; CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (exposición y comentario)*, op. cit., p. 175.

⁷⁶⁹Con la finalidad de contrastar tal extremo no hay más que cotejar la gran cantidad de sentencias que condenan por falsedad en documento mercantil en las que el ilícito falsario entra en concurso con un delito contra el patrimonio.

En estas resoluciones se parte del concepto de acto de comercio o derechos y obligaciones de carácter comercial, sobre la base de lo preceptuado por el art. 2 del Ccom⁷⁷⁰. Así, se ha definido el documento mercantil como “toda representación gráfica del pensamiento, generalmente por escrito y en papel, en la que se plasman contratos, obligaciones u operaciones de naturaleza comercial, con fines de preconstitución probatoria y con destino potencial y ulterior a producir efectos en el tráfico jurídico”⁷⁷¹ o “aquél que sea expresión de una operación de comercio, sirva para cancelar obligaciones mercantiles o tienda a demostrar derechos de tal naturaleza”⁷⁷², y ello con independencia de que se hallen regulados o no en el Código de comercio o las leyes mercantiles. En puridad, lo fundamental es que “recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas”, bastando pues que sean admitidos por la costumbre o usos del tráfico mercantil⁷⁷³.

⁷⁷⁰Sobre este particular vid., por todas, SsTS 21 junio 1989 (RJ 5194) para la que documentos mercantiles son los que expresan o incorporan un acto de comercio, entendiendo por actos de comercio los comprendidos en el Código de comercio y otros de naturaleza análoga; 9 octubre 1993 (RJ 7303) que, apoyándose en la amplia concepción que del acto de comercio sostiene el Código de comercio, asume un concepto amplio de documento mercantil.

⁷⁷¹En tal sentido, SsTS 20 enero 1983 (RJ 28) o 30 mayo 1986 (RJ 2905).

⁷⁷²21 de noviembre 1984 (RJ 5940). De parecido tenor SsTS 8 marzo 1985 (RJ 1524) en que se afirma que son expresión de operaciones comerciales, que sirven para crear, desarrollar o extinguir derechos u obligaciones de tal significado; 2 enero 1986 (RJ 118) para la que el documento mercantil es el escrito expresivo o comprobante de un acto inherente o comprensible del tráfico mercantil; 10 junio 1986 (RJ 3130); 16 marzo 1987 (RJ 2166); 1 julio 1987 (RJ 5140); 18 julio 1987 (RJ 5555) en que lacónicamente se define el documento mercantil como “todo el que recoge una operación de comercio”; 15 noviembre 1988 (RJ 9166); 15 julio 1992 (RJ 6377).

⁷⁷³Cfr. SsTS 22 febrero 1985 (RJ 1524); 17 mayo 1985 (RJ 2503); 6 julio 1985 (RJ 3990); 24 octubre 1985 (RJ 5052) en que se afirma que el hecho de que el documento incluya una operación de carácter mercantil, con independencia de su específica previsión en las leyes mercantiles, es lo que fundamenta que tenga una eficacia jurídica superior a la de los documentos privados; 2 enero 1986 (RJ 118); 6 febrero 1986 (RJ 596) en relación con la costumbre o práctica del tráfico mercantil; 19 junio 1986 (RJ 3176); 17 diciembre 1986 (RJ 7939); 17 febrero 1987 (RJ 1260); 17 marzo 1987 (RJ 2181) en que se afirma que los documentos mercantiles constatan acuerdos entre particulares que adquieren la naturaleza de mercantiles por reflejar actos de comercio o actos típicos del tráfico de la empresa; 25 enero 1988 (RJ 472); 15 marzo 1988 (RJ 2025) que considera como documentos mercantiles, en primer lugar, los regulados en el Código de comercio o en leyes especiales y, en segundo lugar, los innominados destinados a plasmar la estipulación de obligaciones y contratos de naturaleza comercial y los destinados a constatar la ejecución de los referidos contratos y de las dichas obligaciones; 20 abril 1988 (RJ 2827) que hace referencia expresa a los usos comerciales; 23 diciembre 1988 (RJ 10302) en el mismo sentido que la anterior; 8 mayo 1989 (RJ 4132) según la cual son documentos mercantiles tanto los documentos en que se reflejan contratos de tal naturaleza como todos aquellos enmarcados en operaciones comerciales; 27 marzo 1990 (RJ 2634) con expresa referencia a los documentos considerados mercantiles por los usos vigentes en el comercio; 18 abril 1990 (RJ 3271) en el mismo sentido que la anterior; 8 noviembre 1990 (RJ 8857) que distingue tres clases de documentos mercantiles: los expresamente regulados en el Código de comercio y otras leyes mercantiles, los que plasman o acreditan la celebración de contratos o la asunción de funciones de naturaleza mercantil aunque carezcan de denominación conocida en derecho y los requeridos para la consumación o ejecución de contratos u operaciones mercantiles; 7 febrero 1991 (RJ 899); 16 mayo 1991 (RJ 3681); 16 junio 1991 (RJ 5397); 19 octubre 1992 (RJ 8350) en que menciona expresamente los usos comerciales; 10 diciembre 1992 (RJ 10206); 19 marzo 1994 (RJ 2371); 10 octubre 1994 (RJ 7888); 11 octubre 1995 (RJ 7226); 19 diciembre 1995 (RJ 9380); 19 octubre 1996 (RJ 7565); 31 marzo 1997 (RJ 2356); 26 abril 1997 (RJ 3374); 8 mayo 1997 (RJ 4501), en relación con todos los documentos que se confeccionan por una empresa, en que se

En contraposición con la ingente cantidad de fallos jurisprudenciales que conceptúan con una amplitud rayana en la indeterminación el término documento mercantil, las sentencias que en los mismos años tienden a limitar el concepto son escasas. Para estas segundas, la condición de mercantil de un documento, en conexión con lo dicho por la doctrina más moderna, sólo puede predicarse de aquéllos que estén específicamente previstos en el Código de comercio o en las demás leyes mercantiles o, excepcionalmente, de los que tengan una fuerza probatoria equiparable a la de los documentos públicos u oficiales⁷⁷⁴. No obstante la existencia de sentencias discordantes, son muy escasas las que llevan hasta sus últimas consecuencias esta postura restrictiva; en algunas ocasiones sólo la refieren, sin acogerla, y en otras en que formalmente la acogen, llegan a consecuencias contrapuestas con la concepción mantenida. Aunque tal circunstancia no haya supuesto un obstáculo para que cierto sector doctrinal se felicite por la interpretación supuestamente más restrictiva que el Tribunal Supremo hace en los últimos tiempos de los documentos mercantiles⁷⁷⁵.

Analizando la casuística del Tribunal Supremo relativa a este tipo de documento emitida en los últimos años, además de la gran profusión de sentencias en que un determinado documento se considera mercantil, se observan vaivenes en la consideración de mercantiles de ciertos tipos de documento que obedecen al

defiende el concepto amplio de documento mercantil frente a aquellas SsTS que han preconizado un concepto estricto; 12 junio 1997 (RJ 4891), también en relación con toda la documentación que se produce en el ámbito de una empresa; 13 junio 1997 (RJ 4895) en que se afirma la validez del concepto amplio de documento mercantil adoptado por la jurisprudencia contrastándolo con el art. 26 CP; 20 septiembre 1997 (RJ 6698) que también califica de mercantiles todos aquellos documentos relativos a actividades u operaciones producidos en el círculo propio de la empresa.

⁷⁷⁴En este sentido, SsTS 19 septiembre 1983 (RJ 4554) que menciona, aun sin acogerlo, el concepto de documento mercantil plasmado en la STS 2691/82, que los conceptúa como "los documentos definidos en las leyes mercantiles sin que quepa calificar de tales cualesquiera otros aunque pasen como mercantiles entre los comerciantes; 7 octubre 1987 (RJ 7246) que, tampoco conforme con esta definición, la recoge, pero acaba concluyendo que son documentos mercantiles los que reflejan actos de comercio o actos típicos del tráfico de una empresa; 3 febrero 1989 (RJ 1422) que afirma tajantemente que no son documentos mercantiles todos aquellos en que intervenga un comerciante, sino solamente los comprendidos en el Código de comercio y otras leyes de esa índole; 17 junio 1989 (RJ 3362) en el mismo sentido que la anterior; 21 junio 1989 (RJ 5194) en que se afirma la tendencia progresiva de la jurisprudencia a limitar el concepto de documento mercantil, negando tal carácter a los albaranes, aun cuando no requiere que el documento se encuentre expresamente tipificado la legislación mercantil; 1 abril 1991 (RJ 2543) que manifiesta sin duda que solamente ha de reputarse documento mercantil a efectos penales aquel que esté específicamente previsto en alguna ley del ramo; 31 mayo 1991 (RJ 4022) en que se afirma que sólo tienen la consideración de documento mercantil aquellos cuya fuerza probatoria sea equiparable a la de los documentos públicos u oficiales, y no cualquier documento que opere en el comercio, por lo que se niega la categoría de mercantil a un listado de cuentas; 16 septiembre 1991 (RJ 6388) que incluye como mercantiles sólo los expresamente previstos en las leyes mercantiles, aun cuando después añade que también tienen esta categoría los que afectan a actos y contratos regulados en la ley en cuanto a su cumplimiento, modificación o extinción, como ocurre con los recibos, albaranes o facturas por mor del principio de accesoriedad; 20 mayo 1996 (RJ 3838) para la que sólo pueden tener la consideración de mercantiles aquellos documentos que sean transmisibles por vía de endoso y cualquier otro que tenga un valor probatorio en el tráfico que sea superior al de un documento privado.

⁷⁷⁵De tal opinión, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 178, para quien resulta elogiable la nueva dirección marcada por el alto Tribunal en el intento de recortar el amplio uso que ha hecho del término; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de derecho penal (parte especial) III*, op. cit., p. 518.

acogimiento, en unos casos, de la concepción estricta y, en otros, de la amplia. No se entrarán a analizar aquí los innumerables supuestos en que la jurisprudencia ha calificado de mercantil un concreto documento, pero sí aquellos tipos documentales en que las condenas por falsedad han sido más numerosas.

Conviene poner de relieve, como paso previo a este sucinto análisis, que el Tribunal Supremo, como ya se apuntó, ha aplicado la doctrina del documento por incorporación o destino ideada para los documentos públicos u oficiales también a los de carácter mercantil⁷⁷⁶. De tal forma, considera mercantiles aquellos documentos inicialmente privados que, en un momento posterior a su confección, adquieren la nota de mercantilidad al ser incorporados o destinados al tráfico mercantil⁷⁷⁷. Dicha concepción se hace aun más denostable en referencia a este tipo de documentos, si cabe, que en conexión con los públicos u oficiales, dado que ya la doctrina se cuestiona el acierto de la equiparación de la falsedad del documento mercantil sin hacer distinción con la de los otros dos tipos de documento, y con mayor razón cuando el concepto ya de por sí indeterminado del documento mercantil se convierte en más nebuloso con la admisión de la mercantilidad por incorporación. Al igual que ocurrió en los documentos públicos y oficiales, la consideración de mercantil por destino de un documento tuvo un punto de inflexión en el año 1990, con las sentencias que propiciaron el fin teórico de aquella concepción tanto para los documentos públicos u oficiales como para los mercantiles⁷⁷⁸. Pero también en este ámbito existen sentencias posteriores a dicha época que se refieren al documento mercantil por incorporación⁷⁷⁹. Sin embargo, no le hubiera sido necesario en este caso al Tribunal Supremo acudir a este expediente para incriminar como falsedades en documento mercantil las inveracidades cometidas por particulares que presentan declaraciones de bienes ante entidades de crédito⁷⁸⁰, dado que el concepto de documento mercantil es de

⁷⁷⁶Distintos del documento mercantil por destino, en opinión de FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 178, son los documentos mixtos, constituídos por aquéllos que tienen naturaleza civil para una de las partes y mercantil para la otra.

⁷⁷⁷En tal sentido vid. entre otras, SsTS 7 octubre 1987 (RJ 7246); 24 abril 1989 (RJ 3509).

⁷⁷⁸Fruto de la nueva concepción es, por ejemplo, la STS 21 noviembre 1991 (RJ 8853) que niega el carácter de mercantil a la declaración de bienes presentada por un particular ante una entidad bancaria con la finalidad de obtener un crédito; en el mismo sentido STS 10 marzo 1993 (RJ 2140).

⁷⁷⁹En tal sentido, la STS 13 marzo 1991 (2130) establece que “todo documento privado que se incorpora o se destina al núcleo de aquella actividad, adquiere, dejando su inicial origen, la categoría de mercantil porque va a surtir efectos mercantiles y porque su propia naturaleza es absorbida por la trascendencia social y jurídica de ese mundo en que se ha introducido; la STS 9 julio 1992 (RJ 6560) considera, en clara contradicción con las mencionadas en la nota anterior, que la relación de bienes presentada ante una entidad mercantil, constituye un documento mercantil por incorporación; también la STS 11 octubre 1995 (RJ 7226) admite la existencia de documentos mercantiles por destino al afirmar que “documentos mercantiles lo son los que directamente o por incorporación acrediten, manifiestan y proyectan aquellas operaciones que se producen en el círculo o ámbito propio de la empresa cualquiera que sea ésta”. Ello a pesar de que algunos autores, como LUZÓN-CUESTA, *Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., pp. 148-149, hayan propugnado el fin de esta doctrina jurisprudencial.

⁷⁸⁰Otra muestra de las absolutas contradicciones de que hace gala el Tribunal Supremo en su jurisprudencia en relación con este concreto documento es la STS 23 enero 1989 (RJ 77) anterior al destierro de la doctrina del documento mercantil por incorporación, que considera tales declaraciones como documentos privados.

por sí tan amplio que los mismos podrían haberse considerado mercantiles aun sin ir al expediente conceptual del documento por incorporación⁷⁸¹.

Por cuanto se refiere a los grandes grupos de documentos que la doctrina del Tribunal Supremo ha considerado mercantiles, atendiendo a los numerosos fallos jurisprudenciales a que han dado lugar, conviene referirse a la documentación de entidades bancarias en general, a aquellos documentos cuya función es la ejecución de un contrato de carácter mercantil, a la documentación relacionada con entidades aseguradoras y a la distinta naturaleza -civil o mercantil- del contrato de compraventa.

Han sido cuantiosas las resoluciones que se han pronunciado acerca de la naturaleza de los documentos emitidos por entidades bancarias. Tanto es así que el Tribunal Supremo, en alguna de sus sentencias, ha efectuado una declaración genérica en virtud de la cual todos los documentos emanados por este tipo de entidades ganan la consideración de mercantiles. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1991 (RJ 2130) se afirma que “todo lo que afecta a las operaciones de entidades bancarias, activas y pasivas, es mercantil, y no sólo la contabilidad, sino también cuantos documentos sean necesarios para constatar y acreditar las respectivas operaciones”. En parecidos términos, la sentencia del mismo Tribunal de 10 de julio de 1992 (RJ 6660) en virtud de la cual es documento mercantil “toda la documentación de una entidad bancaria”; o la 28 de octubre de 1995 (RJ 7693), afirma que son documentos mercantiles “aquellos en virtud de los cuales se extraen cantidades de cuentas bancarias, depósitos o cartillas de ahorro y todos los escritos, notas o impresos auxiliares o complementarios de la contabilidad bancaria”. Llega incluso a decir el Tribunal Supremo que “cualquier falsedad, material o ideológica, relacionada con documentos bancarios, no puede ser sancionada como falsedad en documento privado”, esto aunque tales documentos pudieran reputarse privados⁷⁸². Partiendo de tales consideraciones han merecido la cualificación de mercantiles los avisos de adeudo de un banco⁷⁸³, las fichas-registro de las cuentas corrientes y los partes mensuales que remiten las sucursales a las oficinas centrales⁷⁸⁴, la solicitud de talonario escrita sobre un impreso de una entidad bancaria⁷⁸⁵, los recibos de reintegro que emiten tales

⁷⁸¹ Así lo demuestra la STS de 22 febrero 1991 (RJ 1354) que califica de documento mercantil la declaración de bienes presentada por un particular ante un entidad bancaria sin hacer mención al documento mercantil por incorporación; sobre esta cuestión cfr. también la STS 5 mayo 1992 (RJ 4197) en la que se califica de mercantil la declaración de bienes para obtener crédito de un banco, partiendo de su amplia interpretación del concepto de documento mercantil, y llegando a admitir la analogía, de manera que “no sólo los que sean expresión de una operación o acto mercantiles o tiendan a demostrar hechos de naturaleza mercantil” han de considerarse tales, todo ello sin mentar la figura del documento mercantil por incorporación.

⁷⁸² Cfr. STS 8 mayo 1992 (RJ 3766).

⁷⁸³ Vid. STS 23 abril 1984 (RJ 2368) por la consideración de atender al tráfico o relaciones de cuentas entre los bancos y sus clientes.

⁷⁸⁴ Cfr. STS 11 abril 1986 (RJ 2086) que entiende que tales documentos son mercantiles por razón de que los documentos bancarios en general o de las cajas de ahorros dan nota o tienen de carácter mercantil a los que proceden de los mismos o sirven para el desenvolvimiento de sus fines; 3 mayo 1989 (RJ 4948) en relación con las fichas bancarias; 19 octubre 1992 (RJ 8350) referida a las fichas-registro de firmas de una cuenta corriente; 19 octubre 1996 (RJ 7565) que incluye entre los documentos mercantiles las hojas de arqueo de las entidades bancarias; 30 junio 1998 (RJ 5605), para la que las hojas de fondo de las entidades bancarias, en tanto constituyen elemento esencial para el control de la contabilidad de tales entidades, deben considerarse documentos mercantiles.

⁷⁸⁵ Cfr. STS 24 octubre 1985 (RJ 5052); 10 diciembre 1992 (RJ 10206) que considera mercantil la solicitud de un talonario de cheques porque constituye un acto de desenvolvimiento del contrato de comisión mercantil.

entidades⁷⁸⁶, las hojas de apertura de cuentas bancarias⁷⁸⁷, los extractos de cuentas⁷⁸⁸, los recibos que acreditan cambios de moneda⁷⁸⁹, el impreso resguardo de realización de un ingreso en un banco⁷⁹⁰, los documentos de transferencia bancaria⁷⁹¹, una carta de garantía a favor de una entidad bancaria⁷⁹², las libretas de ahorro⁷⁹³ o los recibos bancarios de cualquier tipo⁷⁹⁴, entre otros.

El segundo gran grupo de documentos a los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha calificado de mercantiles viene constituido, en palabras del Tribunal Supremo, por aquéllos cuya función es instrumentalizar la ejecución de un contrato de carácter mercantil o su consumación; términos con los que se refiere a las facturas, albaranes⁷⁹⁵ y recibos⁷⁹⁶. Son cuantiosísimas las sentencias del citado Tribunal que califican a tales documentos de mercantiles⁷⁹⁷, produciendo con ello

⁷⁸⁶Vid. SsTS 17 diciembre 1986 (RJ 7939); 17 marzo 1987 (RJ 2181) en relación a las autorizaciones de reintegro para extraer dinero de las cartillas de ahorro; 13 marzo 1991 (RJ 2130) relativas a los boletines de reintegro; 20 septiembre 1994 (RJ 7074).

⁷⁸⁷SsTS 13 febrero 1987 (RJ 1250), que, junto a ellas, incluye también las fichas registro de tales cuentas; 24 enero 1994 (RJ 274) que incluye solamente las fichas de apertura de una cuenta corriente; 10 octubre 1994 (RJ 7888); 20 noviembre 1997 (RJ 8233) que considera mercantiles los contratos de depósito con entidad bancaria.

⁷⁸⁸STS 18 julio 1987 (RJ 5555); 17 diciembre 1997 (RJ 9179) en relación con los certificados de depósito emitidos por un banco.

⁷⁸⁹STS 19 abril 1989 (RJ 3417).

⁷⁹⁰STS 28 junio 1991 (RJ 4844).

⁷⁹¹STS 3 diciembre 1988 (RJ 9360).

⁷⁹²Cfr. STS 21 enero 1994 (RJ 84).

⁷⁹³3 marzo 1994 (RJ 1768), que incluye entre los documentos mercantiles también a los partes que envían periódicamente las sucursales a la central; 31 marzo 1997 (RJ 2356).

⁷⁹⁴STS 15 febrero 1995 (RJ 1044).

⁷⁹⁵Sobre los albaranes afirma MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, op. cit., p. 345, que son documentos en los cuales se hace constar la naturaleza de las mercancías, su cantidad, la fecha de entrega y el nombre del vendedor y comprador, el cual, al recibirlas, pone el conforme en dicho documento que le entrega el portador de aquéllas, con lo cual se consigue la finalidad perseguida de tener una prueba de la entrega de tales mercancías.

⁷⁹⁶En tal sentido, la STS 8 noviembre 1990 (RJ 8857) califica estas tres clases de documentos como mercantiles sobre la base de que son requeridos para la ejecución o consumación de contratos mercantiles.

⁷⁹⁷Cfr. SsTS 19 septiembre 1983 (RJ 4554) que califica de mercantiles los albaranes y recibos, advirtiendo que la palabra albarán procede de "albalá" o documento de vale o de entrega de alguna mercancía, que se devuelve firmado o sellado como justificante del portador del mismo; 14 septiembre 1985 (RJ 4461) en relación con los albaranes; 2 enero 1986 (RJ 118) que califica de mercantiles las facturas, recibos y albaranes; 14 mayo 1986 (RJ 2466) referida a las facturas; 10 junio 1986 (RJ 3130) para los recibos de pago o de abono de cantidades expedidos por los comerciantes; 17 febrero 1987 (RJ 1260) en referencia a facturas de hotel; 1 julio 1987 (RJ 5140) en relación con las facturas en general; 28 diciembre 1987 (RJ 9889) referida a facturas de compra de madera; 23 diciembre 1988 (RJ 10302) en relación con el recibo acreditativo del pago de una pulsera vendida a un joyero; 21 junio 1989 (RJ 5194) que sólo admite la naturaleza mercantil de la factura cuando la compraventa que instrumentaliza sea mercantil, no cuando se trate de compra de bienes para el propio consumo; 29 noviembre 1989 (RJ 9346) que califica de mercantil la factura emitida por un taller de reparación; 29 enero 1990 (RJ 530) que entiende que los albaranes son, en general, documentos mercantiles; 27 marzo 1990 (RJ 2634) en el mismo sentido; 16 mayo 1991 (RJ 3681) coincidente con las dos antecedentes; 3 octubre 1992 (RJ 8320) en relación con las facturas; 6 noviembre 1992 (RJ 9011) también relativa a las facturas como documentos mercantiles; 9 octubre 1993 (RJ 7303) para los albaranes; 7 febrero 1994 (RJ 712) que entiende que las facturas son documentos mercantiles; 8 marzo 1994 (RJ 1828) en el mismo sentido que la anterior; 19 marzo 1994 (RJ 2371) del mismo tenor que las dos sentencias últimamente citadas; 3 noviembre 1994 (RJ 8393) en relación con los recibos; de igual opinión en relación con las facturas: SsTS 18 octubre 1994 (RJ 8026), 29 octubre 1994 (RJ 8331), 15 noviembre 1994 (RJ 9012) que

una considerable ampliación del concepto de documento mercantil sólo contradicha en contadas resoluciones, que relegan su consideración a la de documentos privados⁷⁹⁸.

En lo tocante a la documentación relativa a entidades aseguradoras, el Tribunal Supremo ha mantenido, en consonancia con lo que ha preconizado en otros ámbitos del tráfico mercantil menos regulados, una concepción amplia del documento mercantil. No se discute la consideración de mercantil de los contratos de seguro⁷⁹⁹, así como de las hojas contables que confeccionan los agentes de seguros y otros documentos por ellos formalizados y de la contabilidad de las sucursales, que periódicamente se remiten a la central⁸⁰⁰. Sin embargo, la mayoría de resoluciones que tienen por objeto documentos de este tipo se dirigen a determinar la naturaleza mercantil de los denominados partes de accidente⁸⁰¹. Constituyen éstos documentos confeccionados por los particulares asegurados por sendas entidades aseguradoras con la finalidad de fijar las causas del siniestro a efectos de individualizar las responsabilidades y el beneficio de la indemnización, si procede, bien en la negociación entre los dos aseguradores o en el marco de un procedimiento judicial.

Para finalizar con el análisis jurisprudencial relacionado con la calificación de mercantil de ciertos grupos de documentos conviene hacer una breve referencia a los contratos de compraventa, cuya doble naturaleza civil y mercantil viene

considera sólo mercantiles las facturas emitidas por empresas, 3 abril 1996 (RJ 2871), 13 julio 1997 (RJ 4895), 22 julio 1997 (RJ 5980), 7 noviembre 1997 (RJ 7844) relativa a facturas de ferretería. De especial trascendencia en este sentido es la STS de 28 octubre 1997 (RJ 7843) (caso FILESA), para la que "en el Código penal derogado o en el vigente, no puede haber duda de la naturaleza específicamente mercantil de las facturas debatidas en esta causa".

⁷⁹⁸Vid. SsTS 2 octubre 1984 (RJ 5782) que considera, en el concreto caso, que el recibo es un documento privado; 2 julio 1988 (RJ 6640) que considera documento privado una factura; 3 febrero 1989 (RJ 1422) que califica un albarán de documento privado sobre la base de que surge en el marco de una operación privada, criticando en cierto modo el concepto amplio de documento mercantil mantenido por la jurisprudencia; 23 octubre 1989 (RJ 7741) que considera la factura de un herrero como documento privado; 11 diciembre 1991 (RJ 9133) que califica de documento privado un albarán de compra; 28 diciembre 1992 (RJ 10332) que considera que la factura de un hotel ha de recibir tratamiento legal de documento privado. Sobre dicha cuestión LUZÓN-CUESTA, *Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 150, afirma que se observa una tendencia limitadora de la jurisprudencia, que admite el carácter de documento mercantil del albarán cuando se usa en el ámbito de las actividades de una empresa para justificar la salida de un producto y la recepción del mismo por quien lo firma.

⁷⁹⁹Cfr. STS 22 febrero 1985 (RJ 1524) que conceptúa como documento mercantil el contrato de seguro siempre y cuando sea comerciante el asegurador y el asegurado lo sea a prima fija; el mismo sentido STS 17 mayo 1985 (RJ 2503).

⁸⁰⁰STS 11 octubre 1995 (RJ 7226) que considera documentos mercantiles las liquidaciones de agentes de seguros y las hojas de contabilidad que las agencias de seguros remiten a las centrales. En relación con los documentos confeccionados por los agentes de seguros, cotrariamente, la STS 3 junio 1988 (RJ 4436) califica de privados los finiquitos de accidente confeccionados por dichos profesionales.

⁸⁰¹Vid. SsTS 22 febrero 1985 (RJ 1524) según la cual el parte de accidente ha de incluirse dentro de la categoría de los documentos mercantiles; 17 mayo 1985 (RJ 2503); 25 enero 1988 (RJ 472); 14 noviembre 1989 (RJ 9661) en que el Tribunal Supremo condena por falsedad en documento privado en un caso en que se falsifica un parte de accidente laboral de una compañía aseguradora para respetar el principio acusatorio, si bien entiende que este documento tiene naturaleza de mercantil; 18 abril 1990 (RJ 3271) en que se considera mercantil el parte de notificación de un accidente a la compañía aseguradora; 15 julio 1992 (RJ 6377) en que reciben la calificación de mercantiles tanto los partes de accidente de un asegurador como las declaraciones de siniestro.

instaurada en la misma regulación establecida al respecto por el Código civil⁸⁰² y el Código de comercio⁸⁰³. Sobre este concreto particular, el Tribunal Supremo ha mantenido que la compraventa no ha de calificarse de civil o mercantil en función de que intervenga o no en su perfeccionamiento un comerciante, pues el contrato es civil o mercantil siempre para las dos partes, sino en virtud de si el objeto comprado se destina al propio consumo, en cuyo caso nos hallaremos ante un contrato privado, o a la reventa, supuesto en el cual la compraventa habrá de reputarse mercantil⁸⁰⁴.

Además de otros específicos documentos a los que el Tribunal Supremo ha calificado de mercantiles en un menor número de resoluciones⁸⁰⁵, y de los títulos-valores, los libros de comerciantes o las tarjetas de crédito o débito, a los que más adelante se hará referencia, con la exposición sucinta de la casuística jurisprudencial del documento mercantil se ha pretendido tan sólo evidenciar las consecuencias a las que puede conducir el mantenimiento de un concepto tan amplio como el preconizado por el Tribunal Supremo. Quizá dicha concepción haya venido propiciada por la exigencia de elementos subjetivos típicos adicionales que el Código penal incluye en la falsedad del documento privado, ante los vacíos de punición que ello podría suponer en determinados casos en que no pueda afirmarse la comisión de una infracción patrimonial determinada. Sin embargo, la ausencia de posibilidades de incriminación en el vigente Código penal de una determinada conducta no puede conducir a la exacerbación de un concepto normativo. Si se entiende que la falsedad en documento privado es demasiado exigente en sus requisitos típicos, que no en las modalidades de comisión, será el legislador quien habrá de emprender la oportuna reforma, pero en ningún caso cabrá evitar la atipicidad de una conducta falsaria mediante la asunción de un concepto de documento mercantil carente de limitación.

3.2.3- Consideraciones conclusivas sobre el documento mercantil

⁸⁰²Al contrato de compra y venta se dedica el Título IV del Libro IV del Código civil (arts. 1445 a 1537). En concreto, sobre el concepto civil de este contrato, el art. 1445 CC establece "Por contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente".

⁸⁰³Sobre el contrato mercantil de compraventa vid. arts. 325 a 345 Ccom. En concreto, el concepto de la compraventa mercantil viene fijado en el art. 325 del mencionado cuerpo legal, en virtud del cual "será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la venta".

⁸⁰⁴En tal sentido STS 21 abril 1992 (RJ 3168) en relación con un contrato de compraventa de joyas a plazos; del mismo tenor que la anterior, la STS 16 junio 1992 (RJ 5397); Sin embargo, la STS 15 noviembre 1991 (RJ 8303) había calificado de mercantil el contrato de compraventa de bienes muebles a plazos por el mero hecho de haberlo firmado un empresario, sin interrogarse acerca de si la compra estaba o no destinada a la posterior reventa como requieren estas otras sentencias.

⁸⁰⁵Así, por ejemplo, en la STS 14 mayo 1984 (RJ 2611) se consideran mercantiles los documentos necesarios para realizar el sistema de pago denominado "cash against documents" (C.A.D.); la de 2 enero 1986 (RJ 118) considera tal una orden de encargo; 16 noviembre 1987 (RJ 8520) entiende que el diario de navegación de un buque ha de considerarse documento mercantil; 5 abril 1990 (RJ 3170) en relación con el carnet de la Corporación Metropolitana de Madrid para usar los transportes públicos gratis; 7 mayo 1990 (RJ 3861) en que el Tribunal, aun cuando finalmente acaba considerándolos privados, muestra sus recelos sobre si los partes de ventas de una gasolinera han de considerarse mercantiles; 10 febrero 1995 (RJ 1037) en que se califica de mercantil el listado de contribuyentes de un municipio efectuado por un recaudador de impuestos; o la STS de 8 mayo 1997 (RJ 4501) que califica de mercantil la correspondencia entre sociedades.

En definitiva, los documentos mercantiles, como ya se dijo, tienen la naturaleza de documentos privados, aun cuando nuestro Código penal equipara *in totum* su falsedad a la de los documentos públicos u oficiales. Por su diferente naturaleza intrínseca, se hace necesario encontrar una razón lo suficientemente justificativa de que cierto tipo de documentos mercantiles, no todos, merezcan la misma protección que aquellos a los que vienen igualados por la ley penal. Lo deseable hubiese sido, como se ha hecho en otros Códigos penales de nuestro entorno jurídico, que el legislador mismo hiciese referencia expresa en el texto punitivo a aquellos específicos documentos que han de entenderse equiparados en protección a los públicos u oficiales en el art. 392 CP, al modo en que lo hacía el Código penal de 1973, que mencionaba en el art. 303 a las letras de cambio. Puesto que no se ha adoptado tal medida, no basta con que una específica clase de documento se encuentre expresamente recogida en el Código de comercio o en otra ley mercantil para incluirla dentro del concepto de documento mercantil incorporado al art. 392 CP, dado que no existe semejanza entre todos los documentos expresamente previstos en las leyes mercantiles y los públicos u oficiales. Para que el desvalor de injusto producido por la falsedad en documento mercantil se acerque a la gravedad del mismo en los casos en que la acción falsaria se efectúa sobre un documento público no es suficiente con la mera limitación formal del concepto⁸⁰⁶, que habrá de venir determinado por algún tipo de equivalencia material. Dicha equivalencia, si bien no puede partir del sujeto que emite el documento -dado que los documentos mercantiles no son confeccionados, por definición, por funcionarios-, ha de deducirse de algún otro extremo. En este sentido, la característica de la ejecutoriedad de que gozan algunos documentos mercantiles parece el criterio que mejor sirve a la equiparación, ya que para ello sí se observan legalmente los mismos efectos de ciertos documentos mercantiles que los que puedan ser inherentes a los públicos. No basta a este fin la alusión a una específica fuerza probatoria de los documentos mercantiles, que en las leyes procesales o civiles no se distinguen, pues se les otorga la misma fuerza probatoria que a aquéllos, en ningún caso equiparable a la de los públicos.

El valor ejecutivo de ciertos documentos regulados en las leyes mercantiles se convierte en un buen criterio para determinar el alcance del concepto de documento mercantil a los efectos penales, dado que es la propia Ley de Enjuiciamiento Civil la que taxativamente enumera qué títulos pueden dar lugar a la ejecución. Junto a los títulos judiciales, en concreto a la sentencia condenatoria, que se erige en el título ejecutivo por excelencia⁸⁰⁷, y para lo que aquí interesa, el art. 1429 LEC⁸⁰⁸ enumera una serie de documentos que llevan aparejada ejecución.

⁸⁰⁶Ha de tenerse en cuenta que la limitación formal, entendida en sentido estricto, puede ya tener, por sí sola, una importante virtualidad restrictiva del concepto, pues, como afirma CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 795, en su virtud no habrían de merecer la consideración de mercantiles los documentos concernientes al tráfico jurídico mercantil suscritos al amparo del principio de libertad de forma previsto en el art. 51 Ccom, pero sí aquellos que, de conformidad con lo establecido en el art. 52.1 Ccom, requieren formas o solemnidades.

⁸⁰⁷En tal sentido, el art. 919 LEC dispone que "Luego que sea firme una sentencia se procederá a su ejecución, siempre a instancia de parte, y por el Juez o Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia". Sobre otros documentos judiciales que dan lugar a la ejecución vid., por todos, FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil III. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, 3ª edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 54-57, entre los que se mencionan el auto que aprueba la tasación de costas, el acta de lo convenido en conciliación, el acta de lo convenido en comparecencia judicial previa en el menor cuantía, la transacción judicial, la "cuenta jurada" de abogados y procuradores o el auto que impone indemnización de daños y perjuicios cuando se alza el embargo preventivo.

⁸⁰⁸Establece este precepto que "(1) La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. (2) Sólo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes:

Dentro de este elenco cerrado, destacan las letras de cambio, cheques y pagarés, los títulos al portador o nominativos que representen obligaciones vencidas, las pólizas originales de contratos mercantiles firmadas por el Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado que las intervenga -respecto de las cuales ya nos pronunciamos acerca de su naturaleza de documentos públicos- y los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables relativas a los valores representados mediante anotaciones en cuenta.

Por cuanto se refiere a las letras de cambio y, por extensión, a los otros dos específicos títulos-valores regulados en la Ley Cambiaria y de Cheque, ninguna duda se ha planteado hasta ahora acerca de su naturaleza mercantil⁸⁰⁹, lo que puede observarse con un rápido repaso de la jurisprudencia de los últimos años⁸¹⁰. Tampoco parece haberse planteado, de *lege ferenda*, ninguna objeción a su inclusión dentro de este tipo documental específico⁸¹¹, atendiendo a las garantías de que se encuentran acompañados estos títulos en su emisión según lo dispuesto en la Ley Cambiaria, y de que gozan de un procedimiento ejecutivo específico para

1.º La escritura pública con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante. 2.º Cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante el juez competente para despachar la ejecución. 3.º la confesión hecha ante Juez competente. 4.º Las letras de cambio, pagarés y cheques en los términos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque. 5.º (1) Cualesquiera títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos, y éstos, en todo caso, con los talonarios. (2) Resultando conforme la confrontación, no será obstáculo a que se despache la ejecución la protesta de falsedad del título que en el acto hiciera el director o la persona que tenga la representación del deudor, quien podrá alegar en forma la falsedad como una de las excepciones del juicio. 6.º Las pólizas originales de contratos mercantiles, firmadas por las partes y por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado que los intervengan, con tal que se acompañe certificación en la que dichos agentes acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de éstos. 7.º Los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión”.

⁸⁰⁹Tan sólo una puntualización a este respecto, puesta de manifiesto por CUELLO CALÓN, *La protección penal del cheque. Libramiento de cheques sin provisión. Retiro de provisión. Bloqueo del cheque, etc.*, 3ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, pp. 88-89, quien afirma que la STS de 5 de mayo de 1887 declaró que los talones de cuentas corrientes contra un banco, no procediendo de verdaderas operaciones de comercio, no pueden tener el carácter de documentos mercantiles, sino el de documentos privados, doctrina que él entiende explicable de acuerdo con el Código de Comercio de 1829, entonces vigente, pero no teniendo en cuenta que el art. 543 Ccom de 1885 les otorga carácter mercantil.

⁸¹⁰A modo de muestra, por la ingente cantidad de sentencias que consideran mercantiles tales documentos, vid. en relación con la letra de cambio STS 6 febrero 1992 (RJ 1089); respecto del cheque SsTS 2 enero 1991 (RJ 5); 4 julio 1991 (RJ 5529) que considera mercantiles incluso las matrices de talonarios de cheques, 13 octubre 1992 (RJ 8316) o 15 febrero 1994 (RJ 1420); declarando mercantil el pagaré STS 3 abril 1996 (RJ 2871).

⁸¹¹Antes al contrario, teniendo en cuenta, por ejemplo, las palabras de OMAR Y GELPÍ, *Letra de cambio. La maliciosa tacha de falsedad en la aceptación. Una solución para un viejo problema*, en RJCcat, 1950, vol. LXVII, pp. 523-524, según quien la importancia de la letra de cambio deriva de que no sólo es utilizada comúnmente por industriales, sino también por quienes ejercen profesiones ajenas a las actividades mercantiles, además de realizar una importante función en la vida moderna, en la que sirve como instrumento de cambio trayecticio al permitir el transporte de numerario, como instrumento de crédito y como sustitutivo de la moneda, destacando que es tal su utilidad que su supresión supondría un auténtico colapso de la vida económica.

reclamar su impago. El único problema que podría plantearse sería si la letra de cambio mantiene su condición de mercantil aun cuando se produzcan defectos de forma en su emisión⁸¹². A este respecto, ha de tenerse en cuenta lo preceptuado en el art. 2 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que establece la posibilidad de que determinados defectos formales accesorios no hagan desaparecer la condición de letra de cambio, efecto que sí se producirá cuando de elementos esenciales se trate, encontrándonos entonces ante un documento privado si la letra no vale como pagaré⁸¹³.

Por lo que hace al resto de títulos valores, tanto nominativos como al portador⁸¹⁴, también ellos reciben la consideración de documentos mercantiles a los efectos penales, así como sus cupones, según lo prescrito en la Ley de Enjuiciamiento Civil. De hecho, como en ocasiones anteriores se ha tenido oportunidad de decir, ha habido autores que habían ya preconizado la idea de que tan sólo este tipo de documentos merecían la consideración de mercantiles a los efectos penales⁸¹⁵. Es más, que el título-valor se convierte en el documento

⁸¹²En tal sentido, GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 891, manifiesta que si se falsifica una letra de cambio que no tiene todos los elementos que el Código de comercio exige para su confección, nos encontraremos ante una falsedad en documento privado. En sentido distinto, la STS 8 mayo 1989 (RJ 4138) en que el Tribunal Supremo sostiene que aunque la letra de cambio tenga un timbre inferior al necesario no deja de ser documento mercantil, ya que se la puede considerar pagaré; en parecidos términos, STS 28 septiembre 1992 (RJ 7466) que entiende que la letra de cambio que adolece de un defecto formal es considerada pagaré según la legislación mercantil; discordante con las sentencias del Tribunal Supremo citadas es la de 23 diciembre 1992 (RJ 10309) que considera que la letra de cambio en que constan las fechas de libramiento y vencimiento, pero no se ponen los datos del tenedor, no es letra de cambio, ni tampoco pagaré, porque falta la indicación del tenedor, ni siquiera admite que nos encontremos ante un documento privado.

⁸¹³El art. 2 LCCH, después de que en el art. 1 de dicha Ley se hayan establecido los requisitos formales para la emisión de la letra de cambio, establece "El documento que carezca de alguno de los requisitos que se indican en el artículo precedente no se considerará letra de cambio, salvo en los casos comprendidos en los párrafos siguientes: a) La letra de cambio cuyo vencimiento no esté expresado se considerará pagadera a la vista. b) A falta de indicación especial, el lugar designado junto al nombre del librado se considerará como el lugar del pago y al mismo tiempo, como lugar del domicilio del librado. c) La letra de cambio que no indique el lugar de su emisión se considerará librada en el lugar designado junto al nombre del librador". En relación con los defectos de forma en el pagaré vid. art. 95 LCCH, y art. 107 de la misma Ley referido al cheque. Sobre las formalidades inherentes a la letra de cambio vid. APARICIO RAMOS, *La falsedad en la letra de cambio*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, pp. 3-8.

⁸¹⁴El título nominativo o directo es aquél que designa directamente como titular del derecho en él incorporado a una persona determinada, que, por tanto, es la única facultada para exigir el cumplimiento de la obligación documentada. Por contra, el título al portador es aquél que no designa a persona alguna como titular del derecho documental, por lo que está facultado el portador del documento para ejercitar el derecho. Junto a estos dos tipos, destaca también el título a la orden, que ocupa un lugar intermedio entre las clases antes citadas, pues el titular del derecho resulta del título mismo, pero en él la obligación del título ha de cumplirse a la orden del primer tomador o, si se transmite el título, a la orden de la persona que aparezca designada en el mismo como último adquirente y tenedor legítimo. Sobre estos conceptos y sobre la teoría general de los títulos valores vid. URÍA, *Derecho mercantil*, op. cit., pp. 907-923; BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, op. cit., pp. 588-601.

⁸¹⁵En tal sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil*, op. cit., pp. 112-113, para quien sólo estos habrían de considerarse documentos mercantiles ya que, en su opinión, únicamente ellos tienen capacidad de afectar los derechos de terceros, porque incorporan el derecho al título que genera la facultad de exigir el poseedor del documento la ejecución del crédito correspondiente y la obligación del emisor de atenderlo, de manera que no sólo sirven para estafar o encubrir la

mercantil por excelencia a tener en cuenta en el art. 392 CP lo refuerza también el hecho de que el legislador haya decidido prescindir de la regulación de la falsedad en documentos de crédito extramuros de la falsedad en documento, obviando con ello antiguos problemas concursales⁸¹⁶. Las acciones falsarias efectuadas sobre tales documentos de crédito habrán de entenderse criminalizadas conforme al art. 392 CP, incluidas en el concepto de documento mercantil⁸¹⁷.

Sin embargo, no sólo a los títulos valores escriturados sobre una porción de papel les concede la Ley de Enjuiciamiento Civil la consideración de títulos ejecutivos, sino que también se observa que tienen tal categoría los certificados emitidos por las entidades encargadas de los registros en relación con los valores representados mediante anotaciones en cuenta. Esto es, se ha ido produciendo una sustitución paulatina, propiciada en el ámbito mercantil por los propios usos del tráfico, del título-valor escriturado por la anotación en cuenta informática, cuya culminación la constituye la aprobación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que regula el régimen jurídico de las acciones de las sociedades anónimas representadas por meras anotaciones contables⁸¹⁸. El art. 1429 LEC otorga la consideración de título ejecutivo a los certificados sobre tales anotaciones que emiten las entidades para ello autorizadas. Ahora bien, tal carácter mercantil, teniéndolo los certificados sobre dichas anotaciones, han de tenerlo necesariamente las mismas anotaciones contables, atendiendo a que la certificación no es más que un documento derivado del original que es la propia anotación. Piénsese que es lógico que una ley rituaría se refiera sólo al certificado y no a la anotación en sí porque está pensando en la aportación de documentos al proceso, limitación a que no ha de procederse para la consideración del carácter mercantil de un documento a efectos penales.

Hasta aquí se ha justificado que constituyen documento mercantil los títulos-valores, ya sean letras de cambio, cheques, pagarés, y todos los demás títulos al portador o nominativos, así como sus cupones, y las anotaciones en cuenta o los

apropiación indebida recaída sobre una persona concreta, sino que poseen una potencialidad *erga omnes* que es característica del tráfico mercantil; de la misma opinión, ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol II, op. cit., p. 783; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *La falsedad ideológica*, op. cit., p. 428; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 192 y 200. En parecido sentido, aun sin circunscribirlo a los títulos-valores, BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 337, según quien sólo merecen el trato de mercantiles a efectos penales los documentos transferibles por endoso o destinados a proporcionar a terceros información fehaciente sobre circunstancias determinadas de una decisión económica.

⁸¹⁶Para resolver este problema MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, op. cit., p. 545, había manifestado que la falsificación de documentos de crédito citados en el capítulo II del Título III del libro II CP se distinguía de la de documentos mercantiles a que se refería el art. 303 CP de 1973 en que en este artículo no se exigía la previa autorización legal para emitirlos que sí era elemento esencial en el otro tipo de documentos.

⁸¹⁷En este sentido, en relación con el Código penal de 1973, ya QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 115, había manifestado que no existía razón alguna para separar en distintos preceptos la protección penal de los títulos-valores; también, BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 337, manifestaba que entre los documentos mercantiles habían de incluirse también los títulos nominativos y los al portador y sus cupones relacionados en los arts. 291 a 295 CP de 1973, cuya falsificación se penaba agravadamente cuando su emisión estaba autorizada por ley, constituyendo delitos especiales en relación con el art. 303 CP de 1973. De la misma opinión, en referencia al Código penal de 1995, CONDE PUMPIDO-FERREIRO/BURHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, op. cit., p. 3705.

⁸¹⁸Sobre este proceso de sustitución, vid. BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, op. cit., pp. 600-601.

certificados emitidos relativos a tales anotaciones representativas de títulos-valores. Resta ahora por analizar la consideración, en relación exclusiva con el Derecho penal, de los cheques de viaje, las tarjetas de crédito o débito u otros títulos valores impropios. Los *traveller's checks* y las tarjetas de crédito o débito quedan fuera del concepto de documento mercantil, aun cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo hubiese condenado por falsedad en documento mercantil en casos de manipulaciones falsarias producidas en relación con ellos⁸¹⁹, por la sencilla razón de que el nuevo Código penal los incluye expresamente dentro del concepto normativo de moneda fijado en el art. 387 CP⁸²⁰. Sin embargo, se suele admitir que los cheques de viaje constituyen títulos-valores no expresamente regulados en la Ley Cambiaria y del Cheque⁸²¹; lo mismo que las tarjetas de crédito y débito, que se consideran títulos-valores impropios al no ser creadas para circular ni para ser transmitidas, no incorporar el derecho al documento y a falta de literalidad⁸²², lo que puede dificultar su inclusión en el concepto de documento mercantil a efectos penales. Junto a éstas, otro tipo de títulos-valores llamados impropios, no incluidos dentro del concepto normativo de moneda, son las cartas-órdenes de crédito, que consisten en un documento nominativo emitido por un comerciante a otro, o para atender una operación mercantil, por el que el dador ordena al destinatario-pagador el abono de una cantidad determinada o la que solicite el portador, hasta un límite que el documento menciona o, en defecto, dentro de seis meses⁸²³. También éstas plantear problemas en orden a su consideración como mercantiles. Difícilmente admite discusión el carácter mercantil a efectos penales de los cheques de viaje, dado que, aun cuando no estén expresamente regulados, no son más que formas específicas del cheque. En relación con las tarjetas de crédito o débito, la dificultad de considerarlas mercantiles, además de por su discutida naturaleza de título-valor, viene determinada por la ausencia de su regulación específica. A pesar de ello, la importancia que su uso está alcanzando en el tráfico jurídico y comercial hacen prever que no pasará mucho tiempo antes de que tal tarea normativa se acometa, por lo que habrán desaparecido gran parte de las objeciones, cuanto menos las de carácter formal, para que alcancen la consideración de documentos mercantiles. Si a ello se añade que parte de la doctrina mercantil les concede la naturaleza de título-valor, al igual que ocurre con las cartas órdenes de crédito -que sí están expresamente reguladas en la legislación mercantil-, no hay obstáculo para su

⁸¹⁹Vid. SsTS 19 junio 1986 (RJ 3176) en que se consideran mercantiles no sólo las tarjetas de compra de grandes almacenes, sino también los recibos de compra de dichas tarjetas; 16 julio 1987 (RJ 5541) en relación con las tarjetas de crédito como documento mercantil; 10 junio 1991 (RJ 4556) en que se considera documento mercantil el talón de venta hecha con una tarjeta de crédito; 10 septiembre 1992 (RJ 7109) en que se proclama la naturaleza mercantil de los cheques de viaje; 9 abril 1996 (RJ 2899) que califica de mercantiles los eurocheques.

⁸²⁰En virtud de este precepto "a los efectos del artículo anterior se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal. A los mismos efectos se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y los cheques de viaje. Igualmente, se equipararán a la moneda nacional, la de la Unión Europea y las extranjeras".

⁸²¹Sobre el concepto y características del cheque de viaje vid. ampliamente DE ARRILLAGA, *El cheque turístico*, en *Anuario de Derecho civil*, 1961, fasc. I, pp. 59 y ss; GALÁN CORONA, *Cheques especiales*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, pp. 1888 y ss; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Tarjeta de garantía de cheques*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, pp. 6472 y ss; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 674.

⁸²²Acerca del concepto, funcionamiento y diferencias entre tarjetas de crédito y débito vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Tarjeta de crédito*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, pp. 6469 y ss.; RECALDE CASTELLS, *Tarjeta de cajero automático (tarjeta de débito)*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, pp. 6465 y ss.; URÍA, *Derecho Mercantil*, op. cit. p. 914; BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, op. cit., p. 595.

⁸²³Vid. BROSETA PONT, o.u.c., p. 595; cfr. arts. 567 a 572 Ccom en que se regulan este tipo de títulos.

inclusión en el concepto de documento mercantil. En realidad, la disertación acerca de la naturaleza de mercantiles de los cheques de viaje y de las tarjetas de crédito y débito, que pudiera parecer superflua atendiendo a su inserción en el concepto jurídico-penal de moneda, obedece al intento de dotar de algún tipo de protección penal a las conductas de alteración de tales tipos de documento, que resultan difícilmente incriminables en el art. 386.1º CP⁸²⁴.

Además del criterio de la ejecutoriedad para la equiparación material de los documentos mercantiles a los públicos u oficiales, un segundo y último criterio de igualación podría ir referido a aquellos documentos emitidos en cumplimiento de específicas obligaciones de documentación a que vienen normativamente obligados determinados sujetos en el ámbito mercantil. Sin embargo, ha de efectuarse aquí una clara distinción, puesto que no basta con la mera configuración legal de la obligación, sino que será necesario que aquellos documentos gocen de una específica eficacia jurídica que los diferencie del grueso de los documentos mercantiles. Esto ocurre con las actas confeccionadas en las reuniones de las juntas de accionistas o de otros órganos colegiados de distintos tipos de sociedades, de las que se emiten certificaciones y que gozan de acceso directo al Registro mercantil⁸²⁵, porque se entiende que los documentos originales -las actas- están dotadas con la fe que para ese concreto cometido se le otorga al Secretario del órgano, contando además con el visto bueno del Presidente⁸²⁶. En este concreto supuesto los secretarios funcionan como una suerte de fedatarios privados normativamente cualificados que tienen la obligación específica de documentar fielmente lo que otras personas manifiestan en su presencia. Pueden emitir certificaciones de aquellas actas incorporadas al libro correspondiente al efecto de probar los extremos en ellas contenidos⁸²⁷, con lo que funcionalmente su

⁸²⁴Sobre esta cuestión vid. VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 1709 y 1719-1720, en que se pone de manifiesto que la modalidad comisiva de fabricación de moneda falsa alude a la "creación" de moneda inauténtica, pero no a la alteración de la ya confeccionada.

⁸²⁵En relación con el contenido que ha de tener la certificación para ser inscribible en el Registro Mercantil, el art. 112.2 del Reglamento del Registro Mercantil establece que "si los acuerdos hubiesen de inscribirse en el Registro Mercantil, se consignarán en la certificación todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la regularidad y validez de los acuerdos adoptados" siendo que tales certificaciones, según dice el pfo. 1º del mencionado artículo pueden ser de transcripción literal o por extracto, salvo que se trate de acuerdos relativos a la modificación de la escritura o de los estatutos sociales, en cuyo caso será preceptiva la transcripción literal del acuerdo, debiendo de constar siempre en ellas la fecha y el sistema de aprobación del acta correspondiente o de los acuerdos que figuren en el acta notarial cuando así lo sean.

⁸²⁶Sobre esta cuestión el art. 98 del Reglamento del Registro Mercantil establece que la lista de asistentes a las Juntas o Asambleas de las sociedades las confeccionará el Secretario, y deberá firmarlas éste, con el Visto Bueno del Presidente. Asimismo, el art. 99.2 del mismo cuerpo legal prescribe que, una vez aprobada el Acta, esta será firmada por el Secretario del órgano o de la sesión, con el Visto Bueno de quien haya actuado en ellas como Presidente. Sobre las actas de Juntas de Accionistas en las Sociedades Anónimas vid. arts. 113 y 114 (acta notarial) de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁸²⁷En este sentido, el art. 26 Ccom establece "1. Las sociedades mercantiles llevarán también un libro o libros de actas, en las que constará, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones. 2. Cualquier socio y las personas que, en su caso, hubiesen asistido a la Junta general en representación de los socios no asistentes, podrán obtener en cualquier momento certificación de los acuerdos y de las actas de las juntas generales. 3. Los administradores deberán presentar en el Registro Mercantil, dentro de los ocho días siguientes a la aprobación del acta, testimonio notarial de los acuerdos inscribibles". Sobre tales extremos,

actividad se asemeja a la de cualquier fedatario público. Habrán de considerarse, pues, documentos mercantiles a efectos penales las actas de juntas y asambleas sociales y de otros órganos societarios colegiados y las certificaciones emitidas en relación con las mismas, tanto por razones formales como materiales⁸²⁸.

Existen otro tipo de documentos mercantiles, los libros de comercio, a cuya confección vienen legalmente obligados los empresarios, aunque en su escrituración no funcionan éstos como fedatarios privados, ni su documentación tiene una eficacia jurídica en algo equiparable a la del documento público. Por sus especiales características, estos documentos han gozado tradicionalmente de la consideración de mercantiles a los efectos penales. Ciertamente, el art 25 Ccom obliga a los comerciantes a la llevanza de tales libros contables⁸²⁹, pero su valor probatorio no es superior al de cualquier otro documento privado, tal como se deduce del art. 31 Ccom⁸³⁰, y ello a pesar de que el art. 605 LEC establezca una suerte de obligación de presentarlos al proceso a quienes no lo hayan hecho voluntariamente⁸³¹. Se trata de documentos privados cuya falsedad⁸³², más que

además, el art. 109.1.a) del Reglamento del Registro Mercantil establece que la facultad de certificar actas y acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles corresponde “al Secretario y, en su caso, al Vicepresidente del órgano colegiado de administración, sea o no administrador. Las certificaciones se emitirán siempre con el Visto Bueno del Presidente o, en su caso, del Vicepresidente”.

⁸²⁸En este sentido se había ya pronunciado el Tribunal Supremo: cfr. SsTS 28 enero 1986 (RJ 193) referida al acta de una reunión de un consejo de administración de una sociedad anónima y la certificación de dicha acta expedida por el Presidente del Consejo de Administración; 10 junio 1991 (RJ 4549) en relación con el acta de una Junta general de accionistas de una sociedad anónima; 11 mayo 1994 (RJ 4401) que considera documento mercantil la certificación emitida sobre el acta de una Junta general de accionistas; 19 diciembre 1995 (RJ 8729) referida al acta de la Junta de una sociedad mercantil.

⁸²⁹En virtud de este precepto “(1) Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de los establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario”. (2) La contabilidad será llevada directamente por los empresarios o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquellos. Se presumirá concedida la autorización, salvo prueba en contrario”.

⁸³⁰El artículo establece que “El valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho”.

⁸³¹Según el art. 605 LEC “Cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de comerciantes, se practicará los que ordenan los artículos 51 y 52 del Código de Comercio, verificándose la exhibición en el despacho o escritorio donde se hallen los libros”. Sobre el valor probatorio de los libros de comerciantes y su ausencia de valor probatorio tasado, estando sometidos, como los demás privados, a la libertad en la apreciación de la prueba del Juez vid. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil. VII I. Parte General*, op. cit., p. 264; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil. t. I*, op. cit., pp. 572-574; CORTÉS DOMÍNGUEZ/ GIMENO SENDRA/ MORENO CATENA, *Derecho procesal. Proceso civil*, op. cit., p. 202; DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil II*, op. cit., p. 312.

⁸³²En tal sentido ya se pronunció QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 118-120, en que manifiesta que resulta del todo inadecuada la asimilación de la falsedad de los libros de comercio a la de los documentos más solemnes y auténticos; en el mismo sentido, CALLE RODRÍGUEZ, *Teoría general de la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre la falsedad documental con especial referencia al documento mercantil*, op. cit., pp. 708-709. En sentido contrario, defendiendo, por tanto, expresamente la naturaleza mercantil de los libros de comercio en orden a la subsunción en los delitos de falsedad documental VIADA, *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 419; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., p. 290; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p.

entre los delitos relativos a la falsedad documental, goza de previsión específica, según los casos, entre los delitos contra la Hacienda pública o en el grupo de los delitos societarios cuando sean expedidos por sociedades mercantiles, razón a la que se ha aludido para reforzar la consideración de privados de tales documentos a los efectos de la falsedad documental⁸³³.

En conclusión, tan sólo gozan de la categoría de documentos mercantiles, a los efectos penales, aquellos documentos que, además de estar expresamente previstos en una norma de carácter mercantil -limitación formal-, sean materialmente equiparables a los públicos, por gozar de una mayor eficacia jurídica, bien sea por otorgárseles legalmente el carácter de títulos con valor ejecutivo -como ocurre con los títulos-valores-, bien sea porque obedezcan al cumplimiento de una obligación normativa de documentación que funcionalmente los acerque a los documentos emitidos por ciertos funcionarios públicos documentadores -como ocurre con las actas y certificaciones de las actas de reuniones de los órganos sociales colegiados-. Fuera de éstos, por carecer de similitud alguna con los documentos públicos, y, en consecuencia, por el menor contenido de injusto que su falsificación supone en relación con la de aquellos, han de considerarse privados documentos como los bancarios, los contratos mercantiles, las facturas⁸³⁴, recibos o albaranes o la documentación relacionada con las entidades aseguradoras, o los libros de comerciantes además de otros muchos tipos de documentos que la jurisprudencia del tribunal Supremo ha venido calificando tradicionalmente de mercantiles.

3.3- El documento informático

Cuando se habla del documento informático, más que de una específica clase de documento equiparable a los documentos públicos, oficiales, mercantiles o privados, nos encontramos ante una especial forma de materialización de una declaración de pensamiento o información. Sin embargo, la masiva introducción de este tipo de soporte en la actualidad así como las adaptaciones que al mismo han de hacerse de las funciones tradicionales del documento exigen el tratamiento separado de este tipo de soportes. De todos es conocida la irrupción en cualquier aspecto de la vida de la informática en las últimas décadas, tanto es así que la utilización de aparatos procesadores de datos se ha generalizado en la actividad comercial entre empresarios o incluso particulares, pero ha alcanzado también a la misma actividad de la Administración. Con ello se hace posible que determinadas declaraciones de los ciudadanos dirigidas a un órgano administrativo se presenten

513; también la jurisprudencia del Tribunal Supremo los ha considerado documentos mercantiles: cfr. SsTS 7 febrero 1991 (RJ 899) y 16 septiembre 1991 (RJ 6388).

⁸³³En tal sentido, y aun cuando no sea en relación con la existencia de otros ilícitos, pues en aquel momento no existían éstos, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 119, para quien la consideración de privados de tales documentos tiene otro argumento de apoyo en las sanciones de diverso tipo, defraudatorio y fiscal, existentes en otros ordenamientos jurídicos extrapenales y en la regulación mercantil de la quiebra. También LUZÓN-CUESTA, *Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 152, según quien las falsedades en tales libros quedarán absorbidas por otros tipos delictivos, destacando la quiebra fraudulenta y el delito fiscal.

⁸³⁴En relación específica con las facturas emitidas por servicios inexistentes, CÓRDOBA RODA, *Fraude fiscal y falsedad documental*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XI, 1995, *Falsedad y defraudaciones*, p. 203, viene a reconocer su naturaleza de documentos privados a efectos penales con base en la doble limitación del concepto de documento mercantil -formal y material- que propone.

en formato informático, y viceversa, esto es, que documentos administrativos se expidan en este tipo de formato.

La generalización del uso de ordenadores, que ofrece ventajas tales en el ámbito de la documentación como la mayor rapidez, la mayor eficacia o la pulcritud en la presentación, plantea también peligros, al suponer la aparición de nuevas vías para cometer ilícitos penales. De ahí que para describir todo el cúmulo de acciones con relevancia penal que pueden originarse con el uso de un ordenador se haya acuñado la expresión “delincuencia informática”⁸³⁵, como especialidad del llamado “Derecho informático”, que se distingue de la “informática jurídica” (disciplina orientada al estudio del juego de interrelaciones entre la informática y el Derecho)⁸³⁶. No obstante, los peligros que entraña la delincuencia informática, vistos al cabo de los años, no son tantos ni tan graves como allá por los años sesenta se vaticinaron⁸³⁷. Ciertamente la generalización en el uso de los ordenadores supone un terreno abonado para la comisión, sobre todo, de ilícitos patrimoniales, habida cuenta de las grandes cantidades que pueden sustraerse o apropiarse con el uso de argucias informáticas, así como por la dificultad en el descubrimiento del autor del ilícito⁸³⁸ o del ilícito mismo, o por la posibilidad de repetición del hecho con la introducción de determinadas rutinas en los programas. A ello se une la elevada cifra oscura en este tipo de delincuencia, en que las

⁸³⁵Dicha acepción procede de las expresiones “*crime by computer*” o “*Computerkriminalität*” manejadas en el ámbito anglosajón o europeo respectivamente. En este sentido vid. MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ed. Destino, Colección Nuevo Derecho, Barcelona, 1984, p. 325; GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa (aptitud del tipo de estafa en el Derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 51 y ss., quien prefiere esta denominación a la de “delito informático”; de parecida opinión, PÉREZ LUÑO, *Manual de informática y derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, pp. 69-70; DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 285 y ss..

⁸³⁶Ampliamente sobre los conceptos de Derecho informático e Informática jurídica, PÉREZ LUÑO, o.u.c., pp. 18 y ss., para quien el Derecho informático o Derecho de la informática “es una materia jurídica; conformada por el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos integrado por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir, la informática y la telemática”. Frente a éste, la Informática jurídica tiene por objeto la aplicación de las tecnologías de la información al Derecho, y se divide en Informática jurídica documental, decisional y de gestión. No distingue ambos conceptos RIVERO CORNELIO, *Informática y Derecho: la informática jurídica en España*, en RFDUC, monográfico nº 12, *Informática y Derecho*, 1986, pp. 204 y ss, quien incluye como parcelas de la Informática jurídica: el Derecho a la intimidad y el Derecho a la información, los soportes informáticos como medio de prueba, el delito informático, concluyendo que la informática jurídica es la informática como sujeto del Derecho, como instrumento puesto al servicio de la ciencia jurídica, que consta de tres aspectos fundamentales, que son: la gestión, la documentación y la toma de decisiones. Acerca de las ventajas de la documentación informática sobre la tradicional, en especial relación con las bases de datos, vid. ELHAZAR MOLINA, *La informática y la documentación jurídica*, en RFDUC, monográfico nº 12, 1986, pp. 267 y ss. y GARCÍA GUTIÉRREZ, *Documento, thesaurus y ordenador*, en RFDUC, monográfico nº 12, 1986, pp. 289 y ss.

⁸³⁷De esta opinión, MÖRENSCHLAGER, *El nuevo Derecho penal informático en Alemania*, trad. Silva Sánchez, en *Delincuencia informática*, Ed. PPU, Barcelona, 1992, p. 101, quien atribuye la importancia desmesurada que en su momento se dio a este tipo de criminalidad a las informaciones periodísticas; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Stragesetzbuch*, op. cit., § 269, nm. 6.

⁸³⁸Sobre las características del autor en los delitos informáticos y su relación con el crimen organizado vid. PAGLIARO, *Informatica e crimine organizzato*, en *L'Indice Penale*, nº 2, 1990, pp. 411 y ss; LANZI, *Sviluppo e prospettive della disciplina dei “Computer crimes”*, en *L'Indice Penale*, nº 3, pp. 527 y ss.

empresas que son víctima de alguna de estas acciones acostumbran a no denunciar los hechos ante el reconocimiento implícito que ello supondría de la inexistencia de medidas de seguridad que permitan evitar ser objeto de estos ataques⁸³⁹.

La existencia de conocidos casos de fraude informático alrededor de los años setenta, como el acaecido en la American Equity Funding Corporation en Estados Unidos⁸⁴⁰, hicieron surgir la necesidad del establecimiento de normativas en los distintos países criminalizadoras de conductas relacionadas con el uso de ordenadores, bien cuando el ordenador fuese medio para cometer delitos tradicionales, como falsedades o fraudes, bien cuando fuese el mismo aparato procesador de datos el objeto de la conducta delictiva, como ocurre con supuestos de espionaje o sabotaje informático. Ante tales actividades ilícitas, fue la misma OCDE, en 1985, quien recomendó a los países integrantes la adopción de medidas penales en relación con una determinada lista de comportamientos incriminables⁸⁴¹, ello aun a pesar de que la doctrina mayoritaria considera más eficaz en este campo el establecimiento de medidas de prevención por parte de las empresas o Administraciones usuarias de tales técnicas que el establecimiento de tipologías penales⁸⁴².

Abstracción hecha de las recomendaciones de organismos internacionales en este sentido, son distintos los ámbitos a los que puede afectar la criminalidad cometida en el ámbito conexo con los aparatos procesadores de datos, si bien los ilícitos más usuales son la estafa, la falsedad, los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, el hurto, la apropiación indebida y el espionaje político o

⁸³⁹Sobre los elementos caracterizadores de este tipo de ilícitos vid. SIEBER, *Criminalidad informática: peligro y prevención*, traducc. Farré Trepát, en *Delincuencia informática*, op. cit., pp. 29-33; ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del Derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información*, Ed. Fundesco, Madrid, 1987, p. 36; SNEYERS, *El fraude y otros delitos informáticos*, Ed. Tecnologías de Gerencia y Producción, S.A., Barcelona, 1990, p. 42; DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho informático*, op. cit., pp. 298 y ss.

⁸⁴⁰Sobre este caso y otros supuestos conocidos de fraudes informáticos millonarios vid., SIEBER, *Documentación para una aproximación al delito informático*, traducc. Joshi Ubert, en *Delincuencia Informática*, op. cit., pp. 79 y ss; ampliamente sobre este y otros casos de fraude informático, SNEYERS, *El fraude y otros delitos informáticos*, op. cit., pp. 46 y ss.

⁸⁴¹Sobre la recomendación de la OCDE en 1985 y la posterior adaptación de la misma por parte del Comité de Expertos en Delitos Informáticos del Consejo de Europa vid. SIEBER, *Documentación para una aproximación al delito informático*, op. cit., pp. 90 y ss. Entre los comportamientos objeto de sanción penal que incluía la recomendación de la mencionada organización se encuentran: 1. La introducción, alteración, borrado y/o supresión de datos informáticos y/o programas de ordenador realizadas a propósito, con la intención de cometer transferencias antijurídicas de fondos o de otras cosas de valor. 2. La introducción, alteración, borrado y/o supresión de datos informáticos y/o de programas de ordenador realizadas a propósito, con la intención de cometer falsificaciones. 3. La introducción, alteración, borrado y/o supresión de datos informáticos y/o de programas de ordenador realizadas a propósito, con la intención de entorpecer el funcionamiento de un sistema informático y/o de un sistema de telecomunicaciones. 4. La infracción del derecho exclusivo del propietario de un programa de ordenador protegido con la intención de explotar comercialmente el programa y ponerlo en el mercado. 5. El acceso a, o la interceptación de, un sistema informático y/o un sistema de telecomunicaciones hechos a propósito y sin la autorización de la persona responsable del sistema, tanto si se realizan infringiendo los sistemas de seguridad como si se cometen con otras intenciones deshonestas y dañosas.

⁸⁴²En tal sentido vid., por todos, SIEBER, *Documentación para una aproximación al delito informático*, op. cit., pp. 83 y ss, MÖHRENSCHLAGER, *El nuevo Derecho penal informático en Alemania*, op. cit., p. 100; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op. cit., pp. 346 y ss.

militar⁸⁴³, así como delitos contra la intimidad o daños. No han sido, sin embargo, uniformes las legislaciones a la hora de incorporar en los textos punitivos aquellas conductas relacionadas con la informática que tengan relevancia penal. En tal sentido pueden diferenciarse dos sistemáticas contrapuestas, que parten, asimismo, de dos visiones confrontadas de la delincuencia informática. Por un lado, la que sostiene que los ilícitos relacionados con la informática, sean del tipo que fueren, forman un todo unitario, con un objeto único de protección, de ahí que estos ilícitos se encuentren agrupados en un mismo capítulo o título dentro del Código penal. Este ha sido el sistema adoptado en Francia, en que la Ley num. 88-19, de 5 de enero de 1988, introdujo en el anterior Código Penal francés un capítulo *ad hoc* rubricado “*De certains infractions en matière informatique*”⁸⁴⁴. Por otro lado, la opinión mayoritaria, que lleva a una metodología distinta a la antes apuntada, sostiene que las posibles conductas que se realicen mediante o sobre aparatos procesadores de datos que han de ser objeto de tipificación no forman un grupo compacto, sino que afectan a distintos bienes jurídicos en función del tipo de conducta, Por consiguiente, estas conductas no requieren siquiera la creación de un tipo específico, sino la adaptación a la informática de las redacciones legislativas en relación con delitos tradicionales, como pueden ser la estafa o la falsedad documental⁸⁴⁵. De ahí que en los países donde se ha mantenido esta última

⁸⁴³En tal sentido, MORALES PRATS, o.u.c., p. 325. Según GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Delincuencia económica e informática en el nuevo Código penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XI, 1996, *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, p. 252, las parcelas más directamente afectadas por la delincuencia informática las constituyen los atentados contra la intimidad, los atentados contra intereses de contenido económico y las falsedades documentales. Para GONZÁLEZ RUS, *Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, en RFDUC, monográfico nº 12, pp. 107-108, los comportamientos ilícitos relacionados con ordenadores se polarizan en relación con los siguientes temas: 1) atentados y peligros contra la intimidad derivados de la formación y explotación de bancos de datos personales; 2) uso abusivo de equipos e instalaciones informáticas y el llamado hurto de tiempo; 3) introducción de datos y registros fraudulentos; 4) alteración o destrucción de informaciones y ficheros; 5) sustracción o divulgación de informaciones, ideas, proyectos, etc; 6) tutela del software; 7) transferencias fraudulentas de dinero; 8) repercusión penal de la falsificación o alteración de los datos contenidos en el ordenador o de los informes generados por el mismo, especialmente en lo relativo a su consideración como documento y su validez probatoria; 9) violación por encargados del proceso electrónico de datos de la obligación específica del secreto informático.

⁸⁴⁴En dicho Capítulo III del Título II (*Crimes et délits contre les particuliers*), que comprende los arts. 462-2 a 462-9, se incluyen conductas tan heterogéneas como la introducción fraudulenta de datos en un aparato procesador, la manipulación de uno de estos sistemas, la supresión o adición fraudulenta de datos, la falsificación de documentos informatizados o el uso de tales documentos. Ampliamente sobre los elementos típicos de tales infracciones, en la doctrina italiana, FONDAROLI, *I problemi della c.d. criminalità informatica e la legge francese N. 88-19 del 5 gennaio 1988*, en *L'Indice Penale*, nº3, 1990, pp. 779 y ss. No obstante, en el CP francés actualmente vigente, las falsedades en documentos informáticos se prevén en el capítulo dedicado a la falsedad documental; vid. infra cap. II, apartado 1.3.3.

⁸⁴⁵En este sentido, MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op. cit., p. 326, afirma que, desde una perspectiva comparada, la informática no ha determinado la creación de delitos propiamente informáticos contra el patrimonio, sino tan sólo una versión informática de las tipicidades tradicionalmente descritas en los Códigos penales. De tal opinión, ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, op. cit, pp. 22-23 y 41, según quien no es adecuada la acepción “delito informático”, ya que es muy dudosa en un gran número de casos la especificidad que pretende encontrarse en algunas conductas relacionadas con la informática, así como que, en todo caso, no podría hablarse de un sólo delito informático, sino de una pluralidad de ellos, en los que la única nota común es su vinculación con los ordenadores, pero ni el bien jurídico agredido es

concepción en relación con la criminalidad informática los ilícitos relacionados con ella no se han reunido bajo un sólo epígrafe, sino que han sido ubicados en distintos títulos o capítulos preexistentes del Código penal en función del bien jurídico al que afectaban. Tal sistemática es la observada en Derecho alemán, en que, por mor de la reforma operada por la Segunda Ley de Represión de la Criminalidad Económica de 1 de agosto de 1986 -2.WiKG (2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität)- se introdujeron al articulado del texto punitivo nuevos tipos, en algunos casos adaptaciones de los anteriores, en los que se describen actividades ilícitas en relación con este tipo de proceso de la información. Así, entre los delitos contra la intimidad, en el capítulo décimoquinto, se incluye el § 202a StGB, criminalizador del espionaje de datos de carácter privado, o junto al delito de estafa, en el § 263a StGB se incluye la estafa informática, o entre los delitos de falsedad documental, se introducen los §§ 269 y 270 StGB relativos a la falsificación de datos relevantes para la prueba, o dentro del capítulo dedicado a los daños, en los §§ 303a y 303b StGB respectivamente, se incluyen las modificaciones de datos y el sabotaje informático.

Parecida solución a la adoptada en Alemania se acoge en Italia⁸⁴⁶ o España. En nuestro país, el Código penal de 1995, además de tipificar por primera vez ilícitos que tienen que ver con la actividad informática, solventando así problemas de aplicación de los tradicionales tipos penales a estos nuevos modos de operar,

siempre de la misma naturaleza ni la forma de comisión del hecho presenta siempre características semejantes; GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Delincuencia económica e informática en el nuevo Código penal*, op. cit., p. 251, para quien resulta inaceptable hablar de delito informático, habida cuenta de que para el legislador no existe un delito informático, sino una realidad criminal compleja vinculada a las nuevas tecnologías de la información imposible de reconducir a un único tipo legal. De parecida opinión en Alemania, MÖHRENSCHLAGER, *Tendencias de política jurídica en la lucha contra la delincuencia relacionada con la informática (las recomendaciones de la OCDE, las deliberaciones del Consejo de Europa y el nuevo Derecho alemán)*, traducc. Baldó Lavilla/Mir Puig, en *Delincuencia informática*, op. cit., p. 48, en que afirma que algunos delitos informáticos no son más que *modus operandi* específicos, sin plantear problemas para la aplicación de tipos como la estafa o las falsedades; en el mismo sentido, MÖHRENSCHLAGER, *El nuevo Derecho penal informático en Alemania*, op. cit., pp. 104-105 y 107, quien repite la idea de que el uso de aparatos procesadores de datos en ocasiones no constituye más que un *modus operandi* que no plantea problemas en orden a la aplicación de determinados tipos tradicionales, reconociendo que en determinados casos necesita de la actualización de los tipos, tal como ocurre en la falsedad documental, y a veces propician la aparición de lesiones nuevas a bienes jurídicos, y afirma que en el proceso de reforma del Derecho alemán dos especialistas en el tema como Haft y Sieber consideraban innecesaria la creación de un nuevo tipo de fraude informático, bastando una adaptación del tipo tradicional, aun cuando Haft sostenía la misma postura en relación con la falsedad documental, si bien Sieber sostenía ahí la necesaria creación de un tipo *ad hoc*. En parecido sentido TIEDEMANN, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*, en JZ, 19, 1986, p. 868, quien no muestra disconformidad en que la delincuencia informática, a nivel patrimonial, se articule a través de la versión tradicional del Derecho patrimonial anterior a la reforma introductora de las modificaciones, aunque en el ámbito de los intereses públicos y aquellos que les son jurídicamente equiparables existen nuevos tipos contenedores de específica criminalidad informática, sin que el hacking sea relevante por sí solo, salvo cuando se convierta en sabotaje o espionaje.

⁸⁴⁶En el Código penal italiano, la reforma operada por Ley de 23 de diciembre de 1993 (núm. 547) introduce varios preceptos relacionados con la criminalidad informática. Dentro de los delitos de falsedad documental, el art. 491 bis establece una cláusula de equiparación de la falsedad en documentos informáticos y telemáticos públicos o privados con las que operan sobre documentos cartáceos. Asimismo, en el título dedicado a los delitos contra el patrimonio se incluyen -en el art. 635 bis CP italiano- un delito de daños específico afectante a sistemas informáticos y telemáticos, y -en el art. 640 ter CP italiano- la estafa informática.

otorga distinta ubicación sistemática a los diferentes tipos de acciones en función del bien jurídico al que afectan. Con tal finalidad se introduce dentro del capítulo dedicado a la protección de la intimidad, concretamente en el art. 197 CP -dedicado al delito de descubrimiento y revelación de secretos relativos a la intimidad-, un párrafo segundo al respecto⁸⁴⁷, o se incluyen dentro del concepto de llave falsa en el delito de robo con fuerza en las cosas, en el art. 239 i.f. CP, las tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura a distancia. Asimismo, se regula junto al delito de estafa tradicional la estafa informática⁸⁴⁸, se redactan los preceptos incluidos entre las defraudaciones de fluido eléctrico para que entre ellas quepa el hurto de tiempo de equipo procesador de datos⁸⁴⁹, si bien exigiendo la causación de un determinado perjuicio, o se incluyen entre los delitos de daños los casos de sabotaje informático⁸⁵⁰, entre otros preceptos⁸⁵¹.

En dicho contexto de dispersión de los ilícitos relacionados con el uso de aparatos procesadores de datos se sitúa la protección que el Código penal otorga a la falsificación de documentos informáticos, pues, si bien a nivel de descripción típica de la falsedad documental no ha incluido el Código penal de 1995 un tipo específico, la definición de documento contenida en el art. 26 CP es lo

⁸⁴⁷El art. 197.2 establece “las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”. El mismo precepto establece, en su pfo. 4 que “si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior”. Además de ello, los medios de los que puede captarse ilícitamente información son tan ampliamente enumerados en el primer párrafo del citado precepto que bien podían incluir los datos contenidos en soportes informáticos, ya que habla expresamente de mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o la interceptación de cualquier señal de comunicación.

⁸⁴⁸El párrafo segundo del art. 248 CP, cuyo primer epígrafe se dedica a la definición del delito de estafa en parecidos términos a como lo hacía el Código penal de 1973, establece “También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”.

⁸⁴⁹Así, el art. 255 CP, a diferencia del art. 536 CP de 1973, junto a la defraudación de energía eléctrica, incluye la de gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, empleando cualquier medio clandestino, además de valerse de mecanismos instalados para realizar tal defraudación o alterar maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores”. Asimismo, el art. 256 CP criminaliza al que “hiciera uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a este un perjuicio superior a cincuenta mil pesetas”.

⁸⁵⁰En tal sentido, el art. 264.2 CP establece “la misma pena se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere o inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos”.

⁸⁵¹Pueden también citarse, a título de ejemplo, el art. 270 CP, que describe el tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual, que incluye “(...)obra científica o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio(...)”, concepto en que cabe incluir los programas de ordenador, o el art. 278 CP, que se refiere al descubrimiento y revelación de secretos de empresa aun cuando se incluya entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores, que admite el apoderamiento de “datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo o emplee algunos de los medios señalados en el apartado 1 del artículo 197”.

suficientemente amplia como para acoger en su seno aquellos documentos confeccionados mediante ordenadores. Dichos soportes recibirán aquí la denominación de “documentos informáticos”, y no electromagnéticos, atendiendo a que con la última denominación se incluyen solamente aquellas formas de materialización producidas mediante ondas electromagnéticas, mientras la primera acepción, más amplia, permite también acoger los mecanismos de fijación y descodificación de carácter óptico, utilizados en los CD-ROM⁸⁵².

Ciertamente, la técnica tipificadora de la falsedad en documentos informáticos en el Derecho punitivo español no coincide en este concreto supuesto con el modelo alemán, que ha servido de fuente en la criminalización de otras infracciones penales relacionadas con la informática. A diferencia del StGB, que establece el tipo específico del § 269 StGB, fuera de la estricta falsedad documental, aunque en el mismo capítulo que ésta, las conductas falsarias operadas sobre datos informáticos habrán de reconducirse en nuestro sistema penal a la falsedad documental. Sin embargo, la técnica adoptada por nuestro legislador, en orden a incluir dentro del concepto de documento también a las declaraciones de pensamiento informatizadas, ha sido la adoptada en otros Ordenamientos jurídicos que, consecuentemente, reconducen las acciones falsarias sobre este tipo de soportes a las tradicionales falsedades documentales, cual ocurre en Derecho penal portugués⁸⁵³.

Que el concepto de documento positivizado en el art. 26 CP es lo suficientemente flexible en su redacción como para permitir la inclusión de los documentos informáticos no plantea dudas, no ya sólo por la misma redacción del precepto que se refiere a “todo soporte material”, sino por la observancia de las enmiendas en este sentido presentadas por algún grupo en la tramitación parlamentaria del PrCP de 1994 y la suerte que las mismas corrieron. Interesante a este respecto es concretamente la enmienda núm. 1.157 del Grupo Parlamentario Convergencia i Unió, que pretendía adicionar un precepto dentro del capítulo dedicado a las falsedades documentales -el art. 376 bis- con la justificación de definir con mayor precisión el concepto de documento incluyendo expresamente el llamado documento electrónico⁸⁵⁴. Si bien la enmienda fue aprobada en el informe

⁸⁵² Sobre la diferencia entre el concepto de documento informático y electromagnético, vid. GIANNANTONIO, *Manuale di Diritto dell'informatica*, Ed. Cedam, seconda edizione, Padova, 1997, p. 365, en especial nota 3.

⁸⁵³ El art. 255 letra a) del CP portugués vigente incluye dentro del concepto de documento la declaración materializada por escrito o registrada en disco. Justamente para comprender dentro del concepto penal de documento al informático, se incluyó, ya en la definición de documento que contenía el art. 229 del Código penal portugués anteriormente vigente, un párrafo segundo que equiparaba a la declaración materializada en un escrito la registrada en un disco, cinta grabada o cualquier otro medio técnico. Sin embargo, el CP portugués también pretende la incriminación del fraude informático a través de la falsificación en registros técnicos; de esta opinión, GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, op. cit., pp. 181 y ss., en relación con el anterior CP portugués; MAIA GONÇALVES, *Código penal português. Anotado e comentado e legislação complementar*, 10ª edição, Coimbra, 1996, p. 755 y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Los delitos de falsedad y los documentos generados electrónicamente. Concepto procesal y material de documento: nuevas tecnologías*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, *La nueva delincuencia II*, p. 93, en relación con el nuevo Código penal portugués.

⁸⁵⁴ El redactado del art. 376 bis que proponía el grupo rezaba “1. A los efectos de lo dispuesto en este capítulo se considera documento todo papel o soporte material, incluido el informático, que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones de inmediata o potencial relevancia jurídica o eficacia probatoria. 2. Se incluyen especialmente en el concepto de documento, sin perjuicio de otros: 1.º Los documentos privados, creados o utilizados por los particulares o personas jurídicas en sus relaciones directas, indirectas, postales, telegráficas o electrónicas, no comprendidos en el número anterior. 2.º Los

de la Ponencia del Congreso de los Diputados, sin apenas ser debatida en la Comisión de Justicia e Interior, fue rechazada en el Pleno. La razón de tal mutismo hay quizá que buscarla en la amplitud de redacción del art. 26 CP, habida cuenta de que el legislador tuvo en cuenta la existencia de soportes informáticos al efectuar tal definición, lo que, además de plasmarse en la confección de nuevos ilícitos, tiene traducción específica dentro de las falsedades, específicamente en la Disposición General incluida en el art. 400 CP, que incluye expresamente la fabricación o tenencia de programas de ordenador preordenados a la falsificación.

El establecimiento dentro del Código penal de un concepto de documento que comprenda los documentos informáticos obedece a las mismas peticiones doctrinales en este sentido, que han de conectarse con aquellas que postulaban la necesidad de adoptar una concepción amplia del documento, independiente del soporte sobre el que se fijase la declaración de pensamiento⁸⁵⁵. Sin embargo, con

documentos electrónicos, constituídos por cualquier soporte electromagnético, óptico o de otra naturaleza, que incorpore datos originarios por un proceso informático”.

⁸⁵⁵Vid. sobre esta cuestión supra concepto de documento. En relación con los documentos informáticos en el nuevo Código penal, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 63, se felicita porque la fórmula empleada por el legislador en el nuevo Código penal permite incluir dentro del documento a los informáticos, si bien critica que la tipicidad falsaria no se haya adaptado a los nuevos tiempos, lo que podría suponer que conductas usuales en la actualidad como manipulaciones de bases de datos, alteraciones de programas o el acceso mediante la red de correo electrónico a sistemas de información que pueden ser alterados podrían verse huérfanas de protección penal conforme a la falsedad documental. En relación con la tipificación de las falsedades en el anterior Código penal, ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, op. cit., p. 86, concluía que era difícil incluir entre las falsedades documentales los supuestos de alteración de datos informáticos, sobre todo partiendo de que el concepto de documento se identifica con escrito, lo que limitaría la relevancia típica de las conductas a aquellos supuestos en que el *output* obtenido con el ordenador fuera impreso. También GONZÁLEZ RUS, *Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, en *Poder Judicial*, nº especial IX, *Nuevas formas de delincuencia*, p. 50, entendía que no era posible concebir la falsedad documental sobre un soporte informático, porque el documento, generalmente entendido como escrito, “necesita de un soporte material, corpóreo, que si bien es posible apreciar en los ficheros en impresos en papel, no se corresponde bien con los impulsos electromagnéticos recogidos en una cinta o disco de almacenamiento, puesto que no es directamente legible ni visualizable ni tiene materialidad”. En sentido discordante, admitían que conforme al anterior Código penal cabía incluir entre las falsedades tales conductas, aun cuando el documento no fuera escrito, CORCOY/JOSHI, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, en *RJCat*, 1988, núm. 3, pp. 684-685 y 699, quienes admiten que manejando un concepto de documento material, como “algo idóneo para la representación de un hecho”, por lo que se haría innecesaria la creación de nuevas tipologías, bastando la falsedad documental tradicional para incluir tales conductas; RÚZ VADILLO, *Falsedad y defraudaciones por abuso informático*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. IX, *Falsedad y defraudaciones*, 1995, p. 187, según quien ya antes de entrar en vigor en nuevo Código penal, por documento a efectos penales había de entenderse cualquier entidad capaz de contener datos y exteriorizarlos, sea de la misma manera que los capta, o bien llevando a cabo determinados procesos de selección como sucede con determinados programas de ordenador; ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Los delitos de falsedad y los documentos generados electrónicamente*, op. cit., pp. 92 y ss; ÁLVAREZ CIENFUEGOS, *Informàtica i Dret Penal. Els delictes relatius a la informàtica*, en *Studia Juridica*, nº 13, *El Codi penal de 1995: Part especial*, pp. 191 y ss; GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, op. cit., pp. 594 y ss. En el mismo sentido, en la doctrina italiana, NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 41, concluye que no puede negarse la condición de documento a aquellos que consten sobre soportes magnéticos, dado que, aun cuando la lectura del documento sea posible sólo mediante su inserción en un ordenador, con tal mecanismo se da su traducción inmediata en escritura alfabética. En puridad, los esfuerzos doctrinales en nuestro país para incluir el documento informático en la prueba

la adopción de tal medida legislativa no puede llegarse a la conclusión de que todo dato que contenga un aparato procesador haya de considerarse documento a efectos penales, pues habrá de cumplir necesariamente las tres funciones propias de todo documento, aun cuando sea adaptándolas a las características propias de este tipo de soporte.

Antes de pasar a analizar las limitaciones que la traducción de tales funciones a los datos contenidos en soportes informáticos pueden suponer, conviene hacer una distinción previa, que discrimina los documentos informáticos de los documentos confeccionados con ayuda de un ordenador. Cuando se habla de documento informático, aquel que excede de las limitaciones del tradicional documento escrito, se está pensando en las declaraciones de pensamiento asumidas por un determinado autor expresadas en lenguaje máquina, esto es, contenidas en soportes cuya percepción visual no es posible sino con el uso de un aparato procesador de datos o un lector óptico. No se incluyen en este concepto aquellos textos confeccionados con la ayuda de uno de estos aparatos cuando el *output* así obtenido ha sido ya plasmado sobre el papel, impreso, como cuando se utiliza el ordenador como mera máquina de escribir aplicando un programa de tratamiento de textos⁸⁵⁶. Ciertamente, puede adoptarse un concepto de documento informático lo suficientemente amplio que abarque ambas acepciones, como ha sostenido cierto sector doctrinal⁸⁵⁷, aun cuando no plantea problema alguno de

documental procesal utilizan los mismos argumentos que aquellos referidos a las cintas de vídeo o grabaciones magnetofónicas; cfr., por todos, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Los delitos de falsedad y los documentos generados electrónicamente*, op. cit., pp. 79 y ss; MARONDA FRUTOS/TENA FRANCO, *La Informática jurídica y el Derecho de la informática*, en *Revista General de Derecho*, nº 630, 1997, pp. 1756 y ss; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El valor probatorio del documento signado en forma digital (y II)*, en *La LLei*, 1998, Diario 217, pp. 1 y 2; DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho informático*, op. cit., pp. 349 y ss.

⁸⁵⁶En tal sentido, DE PRADA GUAITA, *El documento informático y la seguridad social*, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. extraordinario 1992, *XX Congreso Internacional del Notariado Latino*, pp. 173-174, diferencia los documentos en soporte papel preparados mediante ordenador, confeccionados con programas de tratamiento de textos, que presentan las mismas características físicas y legales que los documentos también incorporados al papel pero preparados en máquinas de escribir, de los documentos transmitidos de ordenador a ordenador y los almacenamientos de datos en la memoria de los ordenadores. La diferenciación arriba efectuada es en cierto modo equivalente a la contenida en el anterior Código penal francés entre "*documents informatisés*" y "*documents informatiques*", en la interpretación que otorga a tales conceptos FONDAROLI, *I problemi della c.d. criminalità informatica e la legge francese...*, op. cit., p. 795, quien considera que la noción documento informático es genérica y omnicomprensiva, referida al complejo del sistema de elaboración de datos, mientras que la expresión documentos informatizados se tiene como más idónea para describir la situación en la cual la información ha sido "codificada" o traducida en el lenguaje máquina o memorizada, concluyendo que es distinto el supuesto en que la falsedad venga perpetrada sobre el soporte cartáceo, realizándose en tal caso una forma clásica del delito de falsedad documental. En la doctrina alemana DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1389, nm. 1, sostiene que las impresiones de ordenador son auténticos documentos protegidos por la falsedad documental en tanto en cuanto una persona o Administración los autorice como propia declaración. En semejantes términos, GIANNANTONIO, *Manuale di Diritto dell'informatica*, op. cit., p. 367, diferencia los documentos electrónicos en sentido amplio de los denominados documentos electrónicos en sentido estricto, que constituyen almacenamientos en cualquier tipo de memoria.

⁸⁵⁷implícitamente, GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, op. cit., p. 596, quien, al plantearse la posible aplicación del delito de falsedad documental a los fraudes informáticos, admite que resulta más fácil la subsunción en este delito cuando se trata de documentos ya impresos, y que resulta más discutible en las manipulaciones de datos registradas en lenguaje máquina; GIANNANTONIO, *Manuale di Diritto dell'informatica*, op. cit., p. 502.

inclusión en el concepto tradicional de documento la segunda de las formas mencionadas, por lo que tampoco es necesario en relación con ella hacer distinciones respecto de un escrito confeccionado con una máquina de escribir o redactado a mano.

Una vez circunscrito el concepto de documento informático a aquel todavía traducido al lenguaje máquina o en escritura no alfabética, se plantea el problema de si un dato o conjunto de datos registrados en un aparato procesador de ellos cumple las tres funciones del documento y cómo éstas han de adaptarse a esa forma específica de documento. Dijimos al tratar el concepto de documento en general que el mismo debe cumplir una triple función para tener la consideración de tal, a saber: la función de perpetuación, la función de garantía y la probatoria, que ha de satisfacer necesariamente el documento informático si se lo equipara al tradicional cartáceo⁸⁵⁸.

Por cuanto se refiere a la función de perpetuación, que implica que el documento ha de materializar una declaración del pensamiento con cierta perdurabilidad sobre algún tipo de soporte, los problemas fundamentales con que topamos en el documento informático son esencialmente dos. El primero relativo a si puede sostenerse que un dato o conjunto de datos confeccionados por una máquina pueden tener la consideración de declaraciones de pensamiento humanas y, el segundo, en lo tocante a cuándo puede afirmarse que tales datos se encuentran fijados con suficiente perdurabilidad. En puridad el resultado de un proceso de datos, que consiste en la consecución de un *output* previa introducción de un determinado *input* al que se aplican las reglas contenidas en un programa informático, no constituye un contenido completamente determinado por la mente humana. Sin embargo, es el hombre el que elige los datos que introduce en el aparato como *inputs*, codeterminando así el resultado u *output*⁸⁵⁹; en consecuencia, lo fundamental no es tanto que sea un humano quien materialmente determine el

⁸⁵⁸Sobre tal cuestión, la práctica unanimidad de la doctrina alemana sostiene la necesidad de que los datos relevantes para la prueba a los que se refiere el § 269 StGB deben cumplir con las tres funciones asignadas al documento, atendiendo a la comparación hipotética que el precepto establece con el supuesto en que el dato se hiciese visualmente perceptible (“...daß bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde...”), con la única salvedad de que no es necesaria la legibilidad o la percepción visual del mismo. Cfr., por todos, KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 315, nm. 733a; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 186; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 196, nm. 519; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1155, nm. 2; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nms. 1 a 8; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 366; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 155, nms. 87 y 88; TIEDEMANN, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*, op. cit., pp. 869-870; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 3 Teil. Sonstige Urkundenstraftaten*, en JuS, 1994, p. 210. En la doctrina suiza, que opta, a diferencia de la alemana, por la interpretación amplia del concepto de documento renunciando a la necesidad de percepción visual, de conformidad con la definición de documento recogida en el § 110. Ziff 5. Abs. 1 de Proyecto de Código penal presentado al parlamento el 24 de abril de 1991, se considera que los documentos informáticos cumplen todas las funciones del documento con la excepción de la reconocibilidad visual en la función de perpetuación, en este sentido SCHMID, *Schweizerisches Computerstrafrecht. Anmerkung zum Regierungsentwurf*, en *Computer un Recht*, 1991, pp. 420-421.

⁸⁵⁹Justamente basándose en la ausencia de elección humana de los *input* es por lo que SAMSON, *Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nms. 10 y 11, considera que en tanto los datos registrados no hayan sido antes percibidos por un humano y no hayan sido traducidos en signos no hay declaración de pensamiento, de ahí que no puedan incluirse en el concepto de dato relevante para la prueba del § 269 StGB los datos que provienen de procesos de medida o peso automáticos o los que se introducen en el aparato por medio de sensores automáticos. En parecido sentido en nuestro país, GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, op. cit., p. 165.

concreto contenido de la declaración, sino que aquello realmente trascendente es que asuma como propia esa declaración independientemente de cómo haya sido confeccionada⁸⁶⁰. Pueden diferenciarse distintos grados de automaticidad en la conformación de las declaraciones surgidas de aparatos procesadores de datos, en el sentido de que, por aplicación de distintos programas, las diferencias entre *input* y *output* pueden ser mayores, lo que en ningún caso ha de ser óbice para considerar la declaración como humana; piénsese, por ejemplo, en la confección de un documento informático mediante un programa de tratamiento de textos, en que el *input* y el *output* prácticamente coinciden⁸⁶¹, frente a lo que ocurre con la aplicación de un programa de contabilidad o de animación, en que los datos de entrada y salida son distintos. En definitiva, siempre que un determinado autor, sea persona física o jurídica, asuma como propia la información resultado de un proceso de datos, podemos decir que nos hallamos ante una declaración de pensamiento.

Dentro también del ámbito propio de la función de perpetuación se exige que el documento fije una declaración de pensamiento con cierta perdurabilidad, lo que no supone que haya de perpetuar la información, pero sí que sea capaz de conservarla por cierto tiempo. Tal perdurabilidad se cumple cuando los datos son registrados en la memoria fija del ordenador, en el llamado disco duro, o en cualquier tipo de memoria auxiliar⁸⁶², en cualquier tipo de soporte electromagnético u óptico que permita la materialización de la información. Lo mismo cabe afirmar de los mensajes enviados por correo electrónico, dado que aun cuando no están

⁸⁶⁰En este sentido, SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., pp. 275 y ss, critica la doctrina mayoritaria en Alemania en virtud de la cual sólo podría hablarse de existencia de una declaración de pensamiento en un EDV (*Elektronische Datenverarbeitung*) cuando *input* y *output* fuesen idénticos, esto es, cuando el aparato funcionase como mera máquina de escribir, concluyendo que, dado que el bien jurídico protegido por la falsedad documental no es la seguridad de la declaración determinada por un humano, sino la seguridad de una declaración imputable a una persona y relevante jurídicamente, es igual que el contenido de la declaración lo haya determinado el librador o la máquina, pues para la declaración no es importante el momento de su nacimiento, sino el de su imputación, de ahí que los *outputs* de EDV pueden ser también declaraciones humanas; PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 136, afirma que en el caso de los documentos producidos con medios técnicos, si la persona que usa el aparato determina la selección de signos, como en el caso de uso de una máquina de escribir o con la introducción de datos en un EDV, existe una declaración de pensamiento humana fijada con ayuda de un medio técnico, que puede ser una declaración documental cuando se introduce en el tráfico por voluntad del declarante. De parecida opinión, ZIELINSKI, *Urkundenfälschung durch Computer*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 608-610, según quien no es importante en el concepto de documento la forma de causación de la información, sino sólo la voluntad del librador de comunicar los signos como propios. Siguiendo tales opiniones, en España, ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, op. cit., p. 81, afirma que aun cuando los datos sean consecuencia de una actividad maquina, constituyen declaraciones de alguien que los asume; ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Los delitos de falsedad y los documentos generados electrónicamente*, op. cit., p. 70, considera que incluso en aquellos supuestos en que se celebran negocios jurídicos entre dos ordenadores, esto es, en que los propios aparatos procesadores “deciden” en base a un programa, puede hablarse de negocio jurídico en sentido estricto.

⁸⁶¹SCHMID, *Zu den Begriffen der Daten, der Datenverarbeitung und der Datenverarbeitungsanlage im neuen Vermögens- und Urkundenstrafrecht*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, p. 327, duda de que el sistema de procesamiento de textos electrónico pueda considerarse un aparato procesador de datos, al limitarse al almacenamiento, procesamiento y expresión o impresión de textos.

⁸⁶²GONZÁLEZ RUS, *Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, op. cit., p. 134, incluye como formas de memoria auxiliar los disquetes, cintas, cartuchos, discos rígidos, etc.

almacenados en la memoria fija del aparato procesador del receptor, sí se conservan en un buzón existente en el sistema interno al que se incorpora el ordenador, pudiendo ser consultados en cualquier momento desde cualquier aparato conectado a dicho sistema. Sin embargo, no puede admitirse la cualidad de documento por faltar la función de perpetuación en aquellos casos en que el dato o conjunto de datos en cuestión se hacen visibles en la pantalla del ordenador sin estar registrados en la memoria fija del mismo, sino sólo en la memoria de trabajo. En este último caso cualquier alteración en la fuerza eléctrica, el apagado del aparato o la propia finalización del proceso de datos impiden conservar la información⁸⁶³. Incluso con las limitaciones aquí establecidas es cierto que los documentos informáticos suponen una mayor flexibilización en las exigencias de la función de perpetuación, dado que pueden alterarse con mayor facilidad que los cartáceos, si bien cabe adoptar cautelas que impidan su ulterior modificación; así protegiendo contra escritura un disquete en el que se hayan registrado datos o, más seguro aun, con el uso de soportes que sólo permitan grabar información una sola vez, como ocurre con los CD-ROM⁸⁶⁴.

En cuanto al soporte sobre el que la información se incorpore, atendiendo a que el art. 26 CP no establece limitación alguna, puede ser cualquiera que no haga inmediatamente perceptible el contenido de la información, necesitando para su decodificación el uso de algún aparato procesador. Cabe que el registro se sitúe en la memoria interna del ordenador, o en la externa, así en un disquete, en una banda magnética o en una grabación óptica (CD-Rom, sistema COM -*computer output on microfilm*, o sistema CIM -*computer input from microfilm*)⁸⁶⁵.

También en el documento informático, tal como ocurría en el resto de documentos, cabe la posibilidad de aparición de lo que dentro del apartado dedicado al estudio del concepto de documento en general se llamaron formas especiales de representación de la declaración, esto es, lo que se ha denominado documentos compuestos y complejos. Nos encontramos ante un documento informático compuesto cuando los datos registrados en un determinado archivo

⁸⁶³En tal sentido, SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., p. 2/41; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nms. 18-19; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1157, nm. 7, quien excluye del concepto de dato con relevancia probatoria a los datos intermedios, que surgen en el proceso de datos, pero que no son registrados; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nm. 21.

⁸⁶⁴Sobre esta cuestión, VON SPONECK, *Beweiswert von Computerausdrucken*, en *Computer und Recht*, 5, 1991, p. 273, a efectos probatorios, afirma que una forma adicional de asegurar la prueba en tales tipos de documento sería el almacenamiento de datos en un disco que sólo pudiera ser escrito una vez y que de forma parecida a los discos de tacógrafo registrara todas las entradas. En parecido sentido, DE PRADA GUAITA, *El documento informático y la seguridad social*, op. cit., pp. 175 y 179, reconoce que de las cuatro características de que goza el documento cartáceo, a saber: perdurabilidad, difícil alteración, posibilidad de firma y transportabilidad, las tres primeras son ajenas al documento informático, afirmando que uno de los inconvenientes fundamentales en este tipo de documento es la fácil alterabilidad, por lo menos en el medio de registro electromagnético, que es el más usado, considerando más adecuados los soportes ópticos, como el CD-ROM.

⁸⁶⁵De esta opinión SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., p. 2/41, MÖHRENSCHLAGER, *El nuevo Derecho penal informático en Alemania*, op. cit., p. 119; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 156, nm. 89; SCHIMD, *Zu den Begriffen der Daten, der Datenverarbeitung und der Datenverarbeitungsanlage...*, op. cit., p. 318. En sentido parcialmente discordante, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nm. 20, considera que los datos registrados sobre soportes ópticos no han de considerarse informáticos, lo mismo que los efectuados en microfilmes o microfichas, aun cuando sí incluye los holográficos u ópticos de códigos leíbles maquinamente, como el CD-ROM; ACHENBACH, *Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, en NJW, 1986, p. 1837.

toman como referencia los contenidos en otro, de manera que la declaración incluida en el primero no sería comprensible sin el uso del segundo. Por contra, se tratará de un documento complejo el supuesto en que varios datos formen una unidad de prueba, siempre y cuando se cumplan las mismas condiciones que para aquellos tipos de documento se fijaron al tratar ambos conceptos⁸⁶⁶.

En relación con la función de garantía que el documento desempeña en el tráfico jurídico existen asimismo una serie de especificidades en el documento informático. Ya se comentó que en virtud de tal función el documento debía hacer reconocible al autor de la declaración, siendo la firma el signo de identificación por antonomasia, aun cuando se admitieran otros menos tradicionales. No obstante, es obvio que en el documento informático, junto a los datos registrados en un soporte electromagnético u óptico, no suele aparecer la firma del autor de la declaración con rúbrica incluida, por lo que deberán ser otros datos los que se tomen como referencia para darlo a conocer. Ésta constituye la razón por la que la doctrina mayoritaria española y comparada ha manifestado que en relación con este tipo de documento se relajan también las exigencias en orden a la identificación del autor⁸⁶⁷. Se considera generalmente suficiente, por ejemplo, con que tal reconocibilidad se posibilite por las mismas circunstancias, externas, en ocasiones, al propio documento. Así, basta con que el equipo procesador en que el mismo se elabora requiera de algún tipo de control para acceder al sistema, como

⁸⁶⁶ Admiten la posibilidad de construcción de documentos complejos y compuestos en la doctrina alemana, entre otros, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1156, nm. 5; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 366, para quien es irrelevante que el contenido declarativo proceda de un solo dato o de un conjunto de los mismos o de una conexión con otros datos; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nms. 22 a 26, admite la existencia de documentos informáticos compuestos cuando varios ficheros que tienen algo que ver entre sí se dividen en diferentes archivos para ahorrar espacio, de manera que se presupone la reunión de ellos para alcanzar el significado total, supuesto que no se da cuando varios archivos que no tiene nada que ver están grabados en el mismo disquete. Puntualiza que constituyen declaraciones divididas en dos archivos aquellas formularizadas en que el archivo de datos hace referencia al archivo formato, en que se guarda el formulario, mientras en el archivo de datos se almacena la información para rellenar ese formulario, modificándose la declaración al romper la relación entre ambos archivos. Coherentemente con lo mantenido para el documento en general, sin embargo, la autora, no admite, en § 269, nm. 18, la teoría de los documentos complejos y la falsa documentación efectuada por el mismo autor del documento. En sentido parcialmente discordante, ZIELINSKI, *Urkundenfälschung durch Computer*, op. cit., pp. 622-624, considera que no puede hablarse de documento compuesto en aquellos casos, la mayoría, en que la información se registra en tres tipos de portadores de datos distintos, esto es, en un disquete con el contenido del *input*, en otro con los datos de formato y en un tercero con el programa, de forma que sólo con el disco de programa puedan interpretarse los datos de *input* e interconectarse con los de formulario, al igual que ocurre en el proceso de textos, puesto que entiende que más que de documentos compuestos ha de hablarse de una parte que sirve para interpretar la otra, siendo que la parte que da las claves para interpretar la declaración sólo es documento cuando tiene valor de declaración independientemente de la información que ha de tomarse como referencia. Sobre el proceso del documento informático en distintos tipos de archivos o partes y no como un todo vid. también SCHIMD, *Streitgegenstand "Computerurkunde" -einige Betrachtungen zur gegenwärtigen Diskussion im Rahmen der pendenten Revision des schweizerischen Vermögens- und Urkundefreirechts*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, pp. 98 y ss.

⁸⁶⁷ En tal sentido, SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nm. 26; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 3. Teil*, op. cit., p. 210; WELP, *Urkunde und ihr Duplikat*, op. cit., pp. 515-516, pone de manifiesto, a propósito de los documentos confeccionados con aparatos procesadores, que es necesaria la reconocibilidad del autor, pero no que tal identificación haya de hacerse con la firma de propia mano o una señal equivalente.

el uso de una clave o *password*⁸⁶⁸, o que el papel que se use para la impresión del *output* refleje el nombre del autor, o bien que tal identidad se refleje con órdenes del programa o por medio de alguna otra circunstancia concomitante⁸⁶⁹. A pesar de tal flexibilización, existen nuevas técnicas dentro del ámbito informático que permiten otorgar al documento confeccionado mediante aparatos procesadores de datos de un grado de autenticidad y de reconocibilidad del autor equiparable al de los documentos en sentido estricto, hasta el punto de que se ha generalizado la denominación de “firma informática” en relación con ellos. Se trata de los sistemas de doble clave o procesos de codificación asimétricos, en que el emisor de un texto electrónico cuenta con una clave secreta distinta de aquella propia del receptor; de tal modo, al recibir el texto aún ilegible, el receptor ha de introducir su clave para poder descodificarlo y sólo en caso de que las dos claves -la del emisor y la del receptor- hayan sido correctamente introducidas el texto podrá leerse, sin que se pueda visualizar el documento si el emisor no estaba en posesión de la clave correcta o se ha modificado un *bit*⁸⁷⁰. Dicho sistema genera una gran seguridad, lo que ha propiciado que en el ámbito de la Unión Europea exista un Proyecto de Directiva que pretende fijar un marco europeo para la firma digital⁸⁷¹.

⁸⁶⁸DE PRADA GUAITA, *El documento informático y la seguridad social*, op. cit., pp. 177-178, enumera una serie de técnicas para identificar al usuario del ordenador: las bandas magnéticas o la llave mecánica -aun reconociendo que el problema que entrañan estos métodos es que son al portador-, el del código numérico o *password* -que son mecanismos equivalentes que entrañan la debilidad de que pueden ser usados por cualquiera que los conozca-, el reconocimiento del timbre de voz, de las huellas digitales o de la firma.

⁸⁶⁹En tal sentido, MÖRENSCHLAGER, *El nuevo Derecho penal informático en Alemania*, op. cit., p. 120; MÖHRENSCHLAGER, *Tendencias de política jurídica en la lucha contra la delincuencia relacionada con la informática*, op. cit., p. 58, admite que la reconocibilidad del autor puede resultar de una marca distintiva externa del soporte de datos, como sucede con la tarjeta eurocheque; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1157, nm. 6; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Stragesetzbuch*, op. cit., § 269, nms 26-31, quien, sin embargo, contrariamente a MÖHRENSCHLAGER, que no basta para identificar al autor con que su nombre aparezca en el papel usado en la impresión, sino que es necesario que se haga reconocible por las circunstancias que están corporalmente unidas a los datos, por el contexto de los mismos datos o por las circunstancias que aparezcan en el mismo portador de los datos; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 366; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 156, nm. 91.

⁸⁷⁰Sobre tal sistema VON SPONECK, *Beweiswert von Computerausdrucken*, op. cit., pp. 271-273, quien considera que el mismo garantiza absolutamente la conexión entre la firma electrónica y la integridad de los datos, pudiendo aplicarse, además de en la transmisión de mensajes entre ordenadores, también en los documentos internos de un mismo aparato procesador de datos, solventándose así muchos de los problemas generados por la falta de identificación del autor en el documento informático. Un interesante estudio en España sobre los criptosistemas de claves asimétricas es el realizado por ALCOVER GARAU, *La firma electrónica como medio de prueba (valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas)*, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 13, 1994, pp. 18 y ss. Sobre el particular, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Los delitos de falsedad y los documentos generados electrónicamente*, op. cit., p. 88, afirma que “la criptografía, las claves de confidencialidad y de identificación de usuarios pueden proporcionar material de reflexión suficiente para que los juristas admitamos el valor probatorio de los ficheros informáticos cuando éstos ofrezcan garantías de autenticidad y control”. Actualmente, la doctrina considera que este es el sistema que otorga mayor seguridad, cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El valor probatorio del documento signado de forma digital (I)*, en *La LLei*, 1998, Diario 216, pp. 1 y ss.; GIANNANTONIO, *Manuale di Diritto dell'informatica*, op. cit., pp. 398 y ss.; DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho informático*, op. cit., p. 366.

⁸⁷¹Sobre los contenidos del Proyecto de Directiva europea vid., MARTÍNEZ NADAL, *Aproximación al borrador de propuesta de Directiva para un marco común en materia de*

No obstante, no se solventan todos los problemas generados en relación con la función de garantía con el establecimiento de unos signos mínimos a través de los cuales identificar al autor del documento. Al igual que ocurre en cualquier tipo de documento, se precisa la formulación de criterios en virtud de los cuales imputar una determinada declaración contenida en soporte informático a su autor. Ya dijimos que existían fundamentalmente tres teorías al respecto: la de la corporalidad -inaplicable por definición a este tipo de documentos-, la de la espiritualidad y la de la imputación jurídica, desarrollo ulterior de la segunda, y que en su momento se acogió. Las dificultades que plantea el documento informático en relación con los clásicos en esta concreta cuestión estriban en que en su confección suelen intervenir varias personas; por un lado, el operador o persona que introduce datos de partida en el aparato, por otro, el programador -dado que no puede operarse ningún proceso de datos sin un programa- y, por último, el propietario o responsable del aparato, que en ocasiones puede coincidir con el operador (como suele suceder con los ordenadores personales), pero que en el ámbito del tráfico jurídico empresarial e incluso administrativo, en el que se ha multiplicado el uso de documentos informáticos, acostumbran a ser personas distintas. Tomando la teoría de la espiritualidad, que considera que autor del documento es aquel de quien intelectualmente procede, habrá de entenderse que es el propietario del aparato procesador el autor de todo *output* confeccionado por el equipo⁸⁷². No muy distinta aparece la solución de la cuestión utilizando la teoría de la imputación jurídica⁸⁷³, pues resulta lógico que de conformidad con las normas jurídicas externas al Derecho penal de las que haya de partirse para fijar al autor del documento el mismo lo será el ente administrativo o la empresa en nombre de la cual el registro de datos se confeccione. Sin embargo, no podemos olvidar la embrionaria situación en que se encuentra nuestro Ordenamiento jurídico acerca de la regulación de la documentación informática, atendiendo a los preceptos del Código Civil o de la LEC reguladores de la prueba, por lo que los vacíos regulativos existentes en algunos ámbitos habrán de cubrirse necesariamente acudiendo a la teoría de la espiritualidad -origen de esta última tendencia-, por lo menos en tanto

firma electrónica y proveedores en servicios relacionados, en *Actualidad Informática Aranzadi*, 1998, nº 29, pp. 1 y ss.; DÍAZ FRAILE, *Estudio de la regulación de la firma electrónica en la Directiva europea de 13 de mayo de 1998 (I)*, en *La Ley*, 1998, Diario nº 4677, pp. 1 y ss.; DÍAZ FRAILE, *Estudio de la regulación de la firma electrónica en la Directiva europea de 13 de mayo de 1998 (II)*, en *La ley*, 1998, Diario 4678, pp. 1 y ss.

⁸⁷²En tal sentido, MÖHRENSCHLAGER, *El nuevo Derecho penal informático en Alemania*, op. cit., p. 121; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., pp. 2040-2041, nms. 11-13, según quien autor del documento es el encargado del aparato, generalmente también su propietario, sin ser decisiva la voluntad del programador o de las personas que manejan el ordenador introduciendo datos a través de la consola; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 197, nm. 521; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., pp. 1156-1157, nm. 6; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1391, nm. 5.

⁸⁷³Los escasos autores que en Alemania han tenido en cuenta esta teoría en referencia al documento informático no aportan demasida claridad. Así, OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 367, se limita a decir que partiendo de las reglas de la teoría de la espiritualidad normativamente modificada es autor de este tipo de documento aquél a quien pueden imputarse los datos según normas externas al Derecho penal. En distinto sentido, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 156, nm. 91, en el registro de datos, según la teoría que toma como referencia las normas del Derecho civil, el autor del documento no sería el productor, sino más bien el programador. En España, aun sin hacer referencia a tales teorías, VILLAR PALASÍ, *Informática y Derecho*, en RFDUC, monográfico nº 12, 1986, p. 215, considera que el responsable del *output* obtenido con un aparato procesador, dada la ausencia de identificación del autor, habrá de considerarse que es quien ha programado el soporte lógico al que mecánicamente obedece el ordenador.

no se actualice la antigua normativa a las nuevas formas de documentación, sobre todo en aquellos ámbitos en que no existe legislación sectorial sobre la materia.

Por cuanto se refiere a la función probatoria del documento informático, lo mismo que en el documento en general, supone que éste ha de ser apto para la prueba o bien gozar de algún otro tipo de relevancia jurídica, aun cuando no tenga aptitud probatoria procesal. Esto es, ha de tener aptitud, en función de su contenido, para probar algún hecho con trascendencia jurídica dentro o fuera de un proceso. Cuestión fundamental atinente a esta función es la relativa al contenido del mismo documento y a la trascendencia probatoria que éste pueda tener y que conviene destacar en esta sede en especial por cuanto se refiere a los programas de ordenador, en tanto se discute si los mismos pueden acceder o no a la consideración del documento informático por carecer de una declaración o porque la misma no goce de relevancia jurídica⁸⁷⁴. Ciertamente, un programa, que no es más que un conjunto de reglas lógicas que determinan el proceso de trabajo del equipo informático, puede cumplir la función de garantía inherente al documento en tanto que su autor sea reconocible, y llenar asimismo las exigencias de la función de perpetuación siempre y cuando esté registrado en un soporte duradero. Sin embargo, no realizará la función probatoria al carecer de relevancia jurídica el conjunto de órdenes que contiene, que no constituyen declaraciones de voluntad ni de conocimiento⁸⁷⁵, sino creaciones científicas cuya eventual modificación no ha de hallar protección penal como delito de falsedad documental, encontrando mejor acomodo en el específico delito de daños previsto en el art. 264.2 CP, tipificador del sabotaje informático, o incluso entre los delitos contra la propiedad intelectual.

También relacionado con la función probatoria del documento informático se halla el supuesto de los mencionados datos intermedios, esto es, aquellos que aún no constituyen el *output* definitivo del proceso, pero que se registran para continuar operando sobre ellos, de forma que constituyan *input* de un nuevo proceso. En dichos supuestos se afirma que no existe documento porque falta la determinación para la prueba de los datos⁸⁷⁶. No obstante, ya dijimos cuan discutible era la exigencia de una específica voluntad del autor de la declaración por la consiguiente

⁸⁷⁴Sobre los autores que en Alemania niegan a los programas la consideración de datos relevantes para la prueba sin incluirlos en el § 269, vid. infra nota 876. En sentido contrario, esto es, incluyendo a los programas dentro del concepto de documento informático cfr. MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 156, nm. 89; ZIELINSKI, *Urkundenfälschung durch Computer*, op. cit., pp. 625-626 y 628, según quien los programas no son sólo órdenes, sino declaraciones de voluntad acerca de cómo ha de procesarse el *input*, lo que conduce a la conclusión de que su manipulación es incluíble en el § 269 StGB; SCHMID, *Schweizerisches Computerstrafrecht*, op. cit., p. 420, en la doctrina suiza; SCHMID, *Zu den Begriffen der Daten, der Datenverarbeitung und der Datenverarbeitungsanlage...*, op. cit., p. 322.

⁸⁷⁵En parecido sentido, SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nms. 13 y 14, considera que los programas no son datos con relevancia jurídica incluíbles en el § 269 StGB atendiendo a que son piezas de construcción del mismo ordenador. No son documentos declarativos, al no suponer el reflejo de un determinado estado de cosas, ni dispositivos, pues no contienen una declaración de voluntad sobre la producción de algún efecto. Con semejante opinión, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nm.14, quien niega también esta consideración a los programas sobre la base de que tanto los que son internos de la empresa como los comercializados en el mercado son rendimientos, pero no declaraciones del empresario o del autor del software. Sigue a la doctrina alemana en este extremo, ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, op. cit., p. 79.

⁸⁷⁶De esta opinión, MÖHRENSCHLAGER, *El nuevo Derecho penal informático en Alemania*, op. cit., p. 120, para quien datos probatorios son aquellos que están destinados a ser utilizados como prueba de hechos con relevancia jurídica, son datos que por ley, uso o acuerdo de los interesados están determinados para constituir expresión de la declaración de pensamiento del autor, sin que tengan tal función los datos intermedios.

subjetivización que suponía del concepto de documento. En realidad, los supuestos en que los datos procesados no están, según el declarante, preparados para acceder al tráfico jurídico no constituyen más que proyectos de documento, en los que, más que de falta de voluntad de declarar, el grado de la cual no ha sido suficientemente fijado por la doctrina civilista, puede hablarse de ausencia misma de materialización de la declaración, que no se halla aun perfeccionada por la ausencia de emisión⁸⁷⁷. Tampoco con base en la ausencia de destino del documento al tráfico jurídico puede negarse la condición de documento electrónico, como se ha apuntado⁸⁷⁸, a aquellos meramente internos de la empresa o Administración que los confecciona, dado que, admitiéndose la categoría del documento ocasional junto al intencional, también en este tipo de documentos cabe que en un momento posterior a su confección se decida, por el propio autor o por un tercero, introducirlos en el tráfico jurídico. Cuestión distinta es si tales datos internos podrán alcanzar la consideración de documentos públicos u oficiales, entre los que conceptualmente resulta inaceptable la admisión de la ocasionalidad.

En estrecha conexión con esta cuestión se encuentra también la relativa a la introducción del documento en el tráfico jurídico. Ya se apuntó en los epígrafes dedicados al estudio del documento en general que se partía de una concepción objetivizada del documento, independiente de la voluntad de introducción del mismo en el tráfico, razón por la cual la valoración sobre la existencia de tal voluntad y de su realización objetiva se entendía que correspondía al estudio de la parte objetiva y subjetiva del tipo de la falsedad documental más que al término documento. A pesar de ello, merece destacarse una particularidad del documento informático en relación al cartáceo por lo que hace a su incorporación en el tráfico, que no sólo acontecerá cuando materialmente se haga entrega del soporte que contenga la declaración a alguien distinto a su emisor, sino también cuando los datos se transmitan de una máquina a otra utilizando, por ejemplo, un sistema de intercambio electrónico de datos o EDI (*Electronic Data Interchange*)⁸⁷⁹. La generalización del uso de mecanismos de transmisión de la información ya no materiales, sino energéticos o lógicos, ha de conducir necesariamente a adaptar el concepto de introducción al tráfico a estos nuevos mecanismos, evitando el absurdo de que, modernizando el concepto de documento, se niegue tal actualización al de la introducción, pues nadie duda de que el envío de un fax o un telegrama supone hacer accesible la información al receptor, sin que la transmisión de un *e-mail* haya de recibir distinta consideración.

Analizadas sucintamente las especificidades de las funciones desarrolladas por el documento en relación con el informático, queda otra cuestión, no menos importante a efectos de tipicidad de la falsedad relativa a este tipo de soportes contenedores de declaraciones de pensamiento, que no es otra que la posibilidad de incardinar esta categoría con las distintas clases de documentos a que se refieren los arts. 390 y ss CP. Es decir, atendiendo al concepto normativo-penal del documento fijado en el art. 26 no cabe duda de que los datos incorporados en

⁸⁷⁷Sobre la perfección de la declaración vid. supra cap. I, apartado 2.1.1.

⁸⁷⁸De esta opinión SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nm. 21; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nm. 23.

⁸⁷⁹En sentido contrario, PICOTTI, *Problemi penalistici in tema di falsificazione di dati informatici*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze...*, op. cit., pp. 100-101, para quien la tutela penal de la falsedad documental interviene demasiado tardíamente, sólo cuando la información procesada es legible, por lo que aquellos resultados de elaboraciones no destinados a traducirse en una escritura dirigida al exterior, sino a ser transmitida a otra máquina, no puede entenderse que se introduzcan en el tráfico jurídico. Sin embargo, tal limitación puede entenderse teniendo en cuenta la regulación que de la falsedad documental efectúa el Código penal italiano, que presupone que el documento ha de ser escrito.

soportes informáticos pueden alcanzar la consideración de documentos a los efectos penales, tal como ya lo había reconocido nuestra jurisprudencia aun antes de la entrada en vigor del actual Código penal⁸⁸⁰. No obstante, más problemas plantea la cuestión de si tales documentos habrán de considerarse necesariamente privados o bien podrán alcanzar la consideración de públicos, oficiales o mercantiles.

Ciertamente, la adopción de un concepto de documento de carácter amplio, que incluya toda expresión del pensamiento materializada sobre cualquier soporte que haga reconocible a su autor, implica el acogimiento del documento informático en el seno del mismo, pero ello no es bastante para poder predicar de tal documento su carácter de público, oficial o mercantil. No corresponde al Derecho penal la definición de estas tres categorías documentales, que habrán de concretarse con base en la normativa extrapenal reguladora de cada una de ellas. No cabe duda de que la categoría documental que más difícilmente puede integrar el informático es la de documento público, aquél investido de fe pública, por las mismas formalidades inherentes a su confección. Si se toma como modelo el documento notarial, uno de los públicos por antonomasia, se observa como en las prescripciones tanto de la Ley del Notariado como del Reglamento Notarial se está pensando en el tradicional documento cartáceo, autorizado por el Notario, sin que quepa resquicio para la libertad de forma en el otorgamiento y autorización y, por tanto, sin que quepa por el momento el documento informático notarial⁸⁸¹, aunque ello no signifique que no puedan admitirse escrituras notariales cartáceas pero confeccionadas mediante ordenador y posteriormente impresas⁸⁸², o que junto al

⁸⁸⁰En este sentido vid. STS 19 abril 1991 (RJ 2813) en que se acoge un concepto amplio de documento que incluye las cintas magnéticas o discos duros de los ordenadores o STS 10 julio 1996 (RJ 5955) que conceptúa el documento informático contable de un funcionario encargado de la contabilidad del Registro de la Propiedad como documento privado, asumiendo una concepción del documento amplia o material, y homologando los más adelantados y funcionales medios con los sistemas más tradicionales imperantes hasta ahora, teniendo ya en cuenta lo preceptuado por el art. 26 CP de 1995, y definiendo el documento como “cualquier soporte de los hoy conocidos o que en el futuro pueden concebirse, con tal de que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”, de lo que deduce que lo decisivo para la noción de documento es la trascendencia jurídica que pueda derivar de la información proyectada en el soporte u objeto material. Tras la aprobación del CP de 1995, el Tribunal Supremo admite que el concepto de documento del art. 26 CP incluye los documentos informáticos; cfr. SsTS 3 febrero 1996 (RJ 689), 28 octubre 1997 (RJ 7843) (Caso FILESA); 30 junio 1998 (RJ 5605).

⁸⁸¹En tal sentido DE PRADA GUAITA, *El documento informático y la seguridad social*, op. cit., pp. 191 y ss, admite tan sólo la existencia de documentos informáticos puros privados, pero no públicos, dado que en ellos no se cumpliría el requisito establecido en el art. 1216 CC de autorización por Notario o fedatario público competente con las formalidades exigidas por la ley, acudiendo al art. 154 RN, que no admite otro soporte que no sea el papel, o aludiendo a la necesidad de que el Notario firme y rubrique el documento (arts. 17 LN, 193 y 196 RN) además de la necesaria presencia del Notario, añadiendo a esto que las escrituras suelen extenderse en papel timbrado, aunque no lo diga la legislación vigente, y que se deduce de los arts. 154 y 155 RN que el papel o pliego ha de escribirse por ambas caras.

⁸⁸²DE PRADA GUAITA, o.u.c., pp. 200-201, acogiéndose a la redacción dada al art. 152 RN tras el Decreto 2310/67, que advierte que “los instrumentos públicos podrán otorgarse a mano, a máquina o por cualquier otro medio de reproducción”, admite la confección mediante impresora. Advierte, sin embargo, que cualquier medio de impresión ha de reunir las siguientes características: no hay exigencia en cuanto al color de impresión, los materiales para imprimir no han de dañar el papel, ha de ser legible, los caracteres fijados en el papel han de ser indelebles, ha de asegurarse la conservación del texto, que ha de tener carácter duradero y resistente al paso del tiempo.

protocolo tradicional se conserven las escrituras en formato electrónico⁸⁸³, admitiendo incluso el carácter público de la aprobación simultánea de un documento informático plasmada en las dos copias autorizadas que del mismo se extraigan⁸⁸⁴.

No es de extrañar, por la misma antigüedad de la normativa notarial, que no se admita el documento informático o que la regulación se haya establecido tomando como referencia el documento cartáceo. Sin embargo, existen otros ámbitos de la actividad documentadora pública en que sí se ha introducido con fuerza el documento informático y, en consecuencia, se establece su admisión en las específicas normas reguladoras de la correspondiente actividad⁸⁸⁵. Culminación de tal proceso de informatización en la documentación administrativa lo constituye el art. 45 de la Ley 30/92, referido al impulso de la introducción de este tipo de procesos de tratamiento de la información en el ámbito administrativo. El apartado 5 del mencionado precepto establece que “los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones públicas, o los que éstas emitan como copia de los originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia del documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad, y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras leyes”. En virtud

⁸⁸³ Admite tal posibilidad DE PRADA GUAITA, o.u.c., p. 205, si bien solamente cuando la escritura en formato electromagnético funcione como copia de seguridad que conviva con el protocolo tradicional, sin que pueda hablarse aún de protocolo informático, que sólo cabría en caso de que el Notario guardase las escrituras en soporte informático, lo que es hoy incompatible con la legalidad vigente.

⁸⁸⁴ DE PRADA GUAITA, o.u.c., p. 193, se refiere con ello a los supuestos de documentos otorgados por personas distantes entre sí, manejando cada una su propia terminal de ordenador, confeccionando cada uno de ellos un documento que es autorizado por un Notario, que considera que más que dos documentos informáticos son dos escrituras públicas cuya peculiaridad reside en la no presencia simultánea de ambos otorgantes ante el mismo Notario. Alude a un supuesto similar, a los efectos de dotar de valor probatorio a los documentos informáticos, en Derecho alemán, VON SPONECK, *Beweiswert von Computerausdrucken*, op. cit., p. 272, para quien el valor probatorio de tales documentos puede hacerse más elevado cuando en el intercambio electrónico se introdujese una instancia neutral, algo así como un Notario electrónico.

⁸⁸⁵ Así en la reforma operada en el Registro de Actos de Última Voluntad por RD 1368/92, de 13 de noviembre, o en la llevada a cabo por el RD 430/1990, de 30 de marzo, que modifica el Reglamento Hipotecario en materia de informatización, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia, incluyendo los nuevos arts. 398.a), 398.c), 398.d), 398.e), 418.a), 418.b), 418.c) y 418.d). Dicha modificación afecta también al Reglamento Notarial, puesto que se admite que los Colegios Notariales envíen información en soporte informático al Registro General. Las instrucciones necesarias para el envío de esta información se fijan en la Circular de 30 de marzo de 1993, que configura un número de identificación del fedatario o Notario. Sobre esta cuestión vid. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Los delitos de falsedad y los documentos generados electrónicamente*, op. cit., pp. 73 y ss. Aun sin referirse a documentos emanados por la Administración pública, la Ley 10/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, establece en su art. 49.1 que “se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares en originales de ediciones”. Ampliamente sobre la normativa que introduce sectorialmente el concepto de documento informático en nuestro Derecho vid. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Banca electrónica*, en *La Ley*, Diario 4318, 1997, pp. 1 y ss; MARONDA FRUTOS/TENA FRANCO, *Informática jurídica y Derecho de la informática*, op. cit., pp. 1474 y ss; CAMINO, *El documento electrónico: su admisibilidad en Derecho español*, en *La Ley*, Diario 4275, 1997, pp. 1 y ss; DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho informático*, op. cit., pp. 349 y ss..

de la regla contenida en el art. 46.4 Ley 30/92, que reconoce el carácter de documentos públicos administrativos a aquéllos que hayan sido válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas, también los documentos informáticos o telemáticos gozarán de la misma consideración. Sin embargo, el reconocimiento de este carácter a los documentos informáticos en el ámbito administrativo no se agota en estos preceptos, pues los contenidos del art. 45 Ley 30/92 tienen su desarrollo en el RD 263/96, de 16 de febrero, de Utilización del Técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración del Estado⁸⁸⁶. En dicha norma, que parte lógicamente de un concepto amplio de documento⁸⁸⁷, y para lo que aquí interesa, además de exigirse la adopción de las medidas de seguridad pertinentes en la utilización de tales soportes para asegurar la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y conservación de la información⁸⁸⁸, se establecen -en su capítulo II- una serie de requisitos en la utilización de soportes⁸⁸⁹, medios⁸⁹⁰ y aplicaciones⁸⁹¹ electrónicas, informáticas y telemáticas, relativas al modo en que han de emitirse los documentos y copias⁸⁹², a la forma de efectuar comunicaciones a través de este tipo de soportes⁸⁹³, así como a las necesidades en el almacenamiento de datos⁸⁹⁴.

⁸⁸⁶ *Leit motiv* de esta norma, entre otros, lo constituye la regulación de los problemas de emisión, copia y almacenamiento de los documentos que llama automatizados “desde una óptica que persigue -con las necesarias cautelas y garantías- otorgar a dichos documentos idéntica validez y eficacia que a los comúnmente reconocidos y aceptados: los documentos en soporte papel”, según la exposición inicial que contiene.

⁸⁸⁷ En el art. 3 letra a) se define el documento como “entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que puede ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada”.

⁸⁸⁸ A este respecto, el art. 4 RD 263/96 se dedica a las garantías generales en la utilización de soportes, medios y aplicaciones electrónicas, informáticas y telemáticas, estableciendo en su apdo. 2 que “cuando se utilicen los soportes, medios y aplicaciones referidos en el apartado anterior, se adoptarán las medidas técnicas y de organización que aseguren la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y conservación de la información” con la finalidad de garantizar, según el apdo. 3 del precepto: “a) La restricción de su utilización y del acceso a los datos e informaciones en ellos contenidos a las personas autorizadas. b) La prevención de alteraciones o pérdidas de los datos e informaciones. c) La protección de los procesos informáticos frente a manipulaciones no autorizadas”.

⁸⁸⁹ Los “soportes” los define el art. 1 letra a) del RD263/96 como “objeto sobre el cual o en el cual es posible grabar y recuperar datos”.

⁸⁹⁰ Por “medio” entiende el art. 1 letra b) del RD 263/96 “mecanismo, instalación, equipo o sistema de tratamiento de la información que permite, utilizando técnicas electrónicas, informáticas o telemáticas, producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones”.

⁸⁹¹ Se conceptúa la “aplicación” en el art. 1 letra c) RD 263/96 como “programa o conjunto de programas cuyo objeto es la resolución de un problema mediante el recurso a un sistema de tratamiento de la información”.

⁸⁹² A este respecto, el art. 6 del RD 263/96, en su apdo. 1, pfo. primero, establece que “Los documentos emitidos por los órganos y entidades del ámbito de la Administración General del Estado y por los particulares en sus relaciones con aquéllos, que hayan sido producidos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos en soportes de cualquier naturaleza serán válidos siempre que quede acreditada su integridad, conservación y la identidad del autor, así como la autenticidad de su voluntad, mediante la constancia de códigos u otros sistemas de identificación”, y en el pfo. segundo menciona que “En los producidos por los órganos de la Administración General del Estado o por sus entidades vinculadas o dependientes, dichos códigos o sistemas estarán protegidos de forma que únicamente puedan ser utilizados por las personas autorizadas por razón de sus competencias o funciones”.

⁸⁹³ En el art. 7 RD 263/96, además de admitirse en su apdo. 2 la posibilidad de efectuar comunicaciones y notificaciones a los administrados por estos medios siempre y

La inclusión del precepto genérico equiparador en el art. 45.5 -en relación con el 46.4- de la Ley 30/92 y su posterior desarrollo constituyen, en definitiva, el reconocimiento legislativo de que los documentos informáticos pueden alcanzar asimismo la categoría de públicos u oficiales y no sólo mercantiles, viniendo con ello a dar apoyo normativo a una postura ya sostenida por nuestra jurisprudencia⁸⁹⁵ y un sector de la doctrina⁸⁹⁶ aun antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995. El art. 45 Ley 30/92 no sólo es muestra de un plan de informatización, que ya se puso en marcha hace más de una década⁸⁹⁷, sino que constituye la fijación de las condiciones jurídicas de implantación de estas nuevas tecnologías y los efectos

cuando se cumplan una serie de garantías, se admite en el apdo. 1 la transmisión o recepción de comunicaciones en general utilizando estos mecanismos. A tal fin han de cumplirse estos requisitos “a) La garantía de su disponibilidad y acceso en las condiciones que en cada caso se establezcan. b) La existencia de compatibilidad entre los utilizados por el emisor y el destinatario que permita técnicamente las comunicaciones entre ambos, incluyendo la utilización de códigos y formatos o diseños de registro establecidos por la Administración General del Estado. c) La existencia de medidas de seguridad tendentes a evitar la interceptación y alteración de las comunicaciones, así como los accesos no autorizados.

⁸⁹⁴A este respecto se dedica el art. 8 RD 263/96, que establece en su apdo. 2: “Los documentos de la Administración General del Estado y de sus entidades de derecho público vinculadas o dependientes que contengan actos administrativos que afecten a derechos o intereses de los particulares y hayan sido producidos mediante técnicas electrónicas, informáticas o telemáticas podrán conservarse en soportes de esta naturaleza, en el mismo formato a partir del que se originó el documento o en otro cualquiera que asegure la identidad e integridad de la información necesaria para reproducirlo”, así como en el apdo. 4 del precepto se dice “Los medios o soportes en que se almacenen documentos deberán contar con medidas de seguridad que garanticen la integridad, autenticidad, calidad protección y conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos”.

⁸⁹⁵Cfr. SsTS 5 diciembre 1989 (RJ 9428) en que se condena por falsedad documental del núm. 6 del art. 302 CP de 1973 a un funcionario de la Seguridad Social que en el documento informático de alta de un trabajador modifica la fecha de alta que ya antes estaba consignada en el soporte informático; 12 marzo 1994 (RJ 2143) referido a los talones de cargo escriturados sobre impresos de una Delegación de Hacienda confeccionados mediante ordenador, que tienen la consideración de documento oficial. No obstante, en este supuesto, más que encontrarnos ante documentos informáticos, nos hallamos ante un documento cartáceo en que el aparato procesador se utiliza como medio de confección, sin que el soporte sobre el que se contiene la información sea informático.

⁸⁹⁶En tal sentido ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, op. cit., p. 82, para quien no existen impedimentos en que los documentos informáticos tengan la consideración de públicos, ello a pesar de las formalidades a que están sometidos los documentos públicos, ya que están siendo objeto de entrada en el tráfico jurídico por esta vía, así en las revisiones de las declaraciones de renta. RUÍZ VADILLO, *Falsedad y defraudaciones por abuso informático*, op. cit., p. 187, admite que las alteraciones, adiciones, supresiones, cambios en un disquete, en un soporte magnético o en un compact-disc son delitos de falsedad en documento público o privado si se dan los demás requisitos exigidos por el Código penal, especialmente en lo relativo al elemento subjetivo o culpabilidad; MARONDA FRUTOS/TENA FRANCO, *La Informática jurídica y el Derecho de la informática*, op. cit., p. 1759, también favorables a la admisión del documento público informático; ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Los delitos de falsedad y los documentos generados electrónicamente*, op. cit., p. 88.

⁸⁹⁷Sobre esta cuestión, vid. ASÍS ROIG, *Documento electrónico en la Administración pública*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XI, 1996, *Ámbito Jurídico de las Tecnologías de la información*, 1996, p. 149, en que apunta que la informatización de la actividad administrativa se produjo en primer lugar en el ámbito tributario, produciéndose en 1974 la organización de la recogida de datos en soporte informático relativos a la renta y al patrimonio, autorizándose a partir de 1978 la presentación de declaraciones impositivas y datos en soporte informático a la Administración.

que produzcan los actos y comunicaciones derivados de su utilización⁸⁹⁸. En puridad, con esta normativa administrativa -y concretamente con lo prevenido en el art. 46.4 Ley 30/92- se posibilita la consideración de públicos de documentos sobre soportes informáticos tal como ya se ha reconocido expresamente en algún cuerpo punitivo de nuestro entorno jurídico⁸⁹⁹.

Si en el apartado dedicado al estudio del documento público -incluido el oficial- se dijo que el mismo era aquél que venía caracterizado por su emisión por parte de un funcionario público siempre que éste fuera competente según normativa aplicable a su actividad para emitir ese concreto documento y que se cumplieran las formalidades previstas, tratándose de documentos que la Administración emite *ad extra* y no meramente a efectos de funcionamiento interno del servicio, aun cuando tal documento se encuentre recogido sobre un soporte informático, no existirá obstáculo para considerarlo público a efectos penales cuando cumpla tales requisitos. Sin embargo, ha de tenerse presente que en gran parte de documentos públicos, sobre todo en aquellos emitidos por fedatarios públicos, la formalidad suele jugar un importante papel, y en ocasiones las normativas específicas que los caracterizan no admiten la posibilidad de que se encuentren registrados en soportes informáticos. Esto es, puede admitirse conceptualmente la existencia de documentos públicos informáticos cuando, acudiendo a la legislación específica, tal posibilidad no se encuentra explícita o implícitamente vetada. La cualidad pública de un determinado documento emitido por funcionario habrá de examinarse en cada caso en concreto, pues si un documento no goza de la naturaleza de público por el hecho de estar materializado sobre un soporte informático según el Derecho civil o el administrativo, siendo entonces privado, no puede el Derecho penal otorgar más valor a aquél que el que le viene reconocido por el resto del Ordenamiento jurídico. No puede asumir el Derecho penal la tarea de creación de un concepto, el de documento público, que no le corresponde, con el consiguiente aumento de penalidad a efectos de la falsedad documental que ello podría suponer.

Junto a la posible existencia de documentos públicos informáticos, se ha de admitir también la de los mercantiles, dado que en su confección no se exigen formalidades tan estrictas como en algunos de los públicos. Así lo ha dado a entender también la jurisprudencia del Tribunal Supremo en alguna de sus

⁸⁹⁸De tal opinión, ASÍS ROIG, o. u.c., p. 156 y ss, según cuyo parecer existen cuatro grandes ámbitos sobre los que se proyecta la implantación de las técnicas informáticas a la actividad administrativa: 1-requisitos jurídicos de validez de documentos generados mediante el uso de tecnologías de la información; 2- requisitos de la comunicación con los ciudadanos por estos medios; 3-conservación de la documentación informática; 4- ejercicio a través de aplicaciones informáticas.

⁸⁹⁹Así, en el § 348 StGB, que tipifica la falsa documentación por parte de funcionario en el Código penal alemán, y en el § 271 del mismo texto punitivo, referido a la falsa documentación mediata de particulares cometida en documentos públicos, se incluyó por parte de la 2. WiKG el término "*Dateien*" (traducible por archivos o ficheros) que la mayoría de la doctrina alemana considera que han de equipararse a los documentos de naturaleza pública a todos los efectos. Cfr., por todos, MÖHRENSCHLAGER, *El nuevo Derecho penal informático en Alemania*, op. cit., pp. 123-124; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1632, nm. 1; SAMSON, *Systematischer Kommentar*, op. cit., § 271, nm. 17a; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 6; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2046, nm. 14a), quien se plantea si tales ficheros llenan las condiciones del documento público, concluyendo que tal sería el caso cuando en su percepción visual pudiesen representar un documento público, esto es, cuando el aparato procesador se encuentre bajo la tutela de un funcionario documentador según prescripción del § 415 ZPO, aunque no sea necesario que lo maneje él personalmente.

resoluciones⁹⁰⁰. Debe tenerse en cuenta que en este trabajo no se mantiene un concepto de documento mercantil tan amplio como el sostenido por la jurisprudencia del alto Tribunal; la condición de mercantil se circunscribe a aquellos documentos que, además de estar expresamente previstos en una norma de carácter mercantil, sean materialmente equiparables a los públicos, ya por otorgárseles legalmente valor ejecutivo, ya porque obedezcan al cumplimiento de una obligación normativa de documentación equiparable a la desarrollada por los funcionarios públicos documentadores. De lo dicho se deduce que la admisión del documento mercantil informático no puede servir para ampliar el ámbito del documento mercantil a efectos penales, con lo que sólo respecto de aquellos anteriormente citados puede plantearse su materialización sobre soportes informáticos. En todo caso, el soporte informático habrá de ser admitido, implícita o explícitamente, por la normativa reguladora específica⁹⁰¹, lo que habrá de llevar a la consideración de documento privado a efectos penales en caso contrario⁹⁰².

Tal consideración tiene especial importancia en relación con el documento mercantil atendiendo a las previsiones normativas existentes en este campo, uno de los más modernos del tráfico jurídico y que más tempranamente adapta sus disposiciones a las nuevas tecnologías de la comunicación espoleado por las exigencias del mercado. En el ámbito de la contratación mercantil es donde han de insertarse disposiciones específicas reconocedoras de la cualidad de documento de los informáticos. Puede destacarse la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y, en concreto, la admisión de la factura electrónica efectuada por el art. 88.2 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto Sobre el Valor Añadido⁹⁰³. Para desarrollar la previsión de esta última norma y establecer los parámetros en la emisión de este tipo de facturas es para lo que ha sido promulgada la Orden de 22 de marzo de 1996, por la que se dictan normas de aplicación del sistema de facturación telemática⁹⁰⁴. Pues bien, a pesar de la ingente normativa en este campo

⁹⁰⁰Cfr. STS 19 abril 1991 (RJ 2813) en que reconoce la naturaleza de documento mercantil a los asientos contables informáticos de una entidad bancaria. Sobre esta cuestión RUIZ VADILLO, *Falsedad y defraudaciones por abuso informático*, op. cit., p. 183, considera que en las falsedades en documento mercantil el hecho de que el documento esté ligado a la informática no hace cambiar el carácter de la infracción penal, esto es, que la condición de mercantil de los documentos no puede ponerse en duda atendida la noción jurisprudencial de los documentos mercantiles.

⁹⁰¹En tal sentido, La Ley del Mercado de Valores permite la confección de títulos de acciones de sociedades anónimas mediante anotaciones en cuenta, a las que la Ley de Enjuiciamiento criminal reconoce valor ejecutivo. Sobre esta cuestión vid. más ampliamente supra cap. I, apartado 3.2.

⁹⁰²No plantea excesivos problemas la admisión del documento informático como documento privado, atendiendo a la ausencia de requisitos formales en su emisión conforme a la normativa civil. Ni siquiera la perfección de contratos celebrados por medios informáticos encuentra obstáculos insalvables en el Código civil, que en su art. 1255 reconoce el principio de autonomía de la voluntad en la perfección de los contratos. Sin embargo, esto no ha evitado el surgimiento de tentativas para dotar de reconocimiento general al documento informático en el ámbito privado. Al respecto, vid. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Los delitos de falsedad y los documentos generados electrónicamente*, op. cit., pp. 76 y ss.

⁹⁰³Según este precepto “la repercusión del impuesto deberá efectuarse mediante factura o documento análogo, que podrá emitirse por vía telemática, en las condiciones y con los requisitos que se determinen reglamentariamente”.

⁹⁰⁴El art. 1.1 de la Orden define la factura electrónica como “un conjunto de registros lógicos, almacenados en soportes susceptibles de ser leídos por equipos electrónicos de procesamiento de datos, que documenten las operaciones empresariales o profesionales, con los requisitos exigidos en el RD 2402/1985, de 18 de diciembre”. Ampliamente sobre tal disposición y las características de las facturas emitidas en este formato vid. PERALES VISCASILLAS, *La factura electrónica*, en *Actualidad Informática Aranzadi*, nº 24, 1997, pp. 7 y ss.; ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Banca electrónica*, op. cit., pp. 3 y ss.

del Derecho y de la futura promulgación de nuevas leyes vaticinada por las más recientes reuniones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI o UNCITRAL)⁹⁰⁵, no ha de olvidarse que la equiparación que el Derecho penal establece entre la falsedad en documento mercantil y el público supone necesariamente que el concepto de documento mercantil a efectos penales ha de gozar de un mayor grado de exigibilidad que el de la mera previsión normativo-mercantil de un concreto tipo de documento, razón por la que la factura electrónica, ahora ya expresamente tipificada, no dejará de tener la consideración de documento privado en el orden penal.

En conclusión, puede decirse que no existe objeción alguna en el nuevo Código penal, atendiendo a la definición de documento que incorpora el art. 26 CP, para considerar documentos en el ámbito penal también a los informáticos, siempre y cuando cumplan con las tres funciones propias de todo documento adaptadas a las características específicas de este tipo de soporte documental. Tampoco puede negárseles a dichos documentos, a la vista de la regulación vigente, la condición de públicos en sentido amplio o mercantiles. Pero como quiera que el concepto de público o mercantil ha de detraerse de la normativa sectorial específica, debe ser ésta la que permita que un concreto documento de alguna de estas clases se escriba en lenguaje-máquina, y no sea legible sino mediante un aparato procesador. De no ser así, el soporte que contenga la información sólo podrá tener la naturaleza de documento privado.

Para terminar con el estudio del documento informático tan sólo enumerar las distintas conductas falsarias de que tales soportes pueden ser objeto. De entre las conductas ilícitas más estrechamente relacionadas con la delincuencia económica que pueden cometerse por medio o sobre los aparatos procesadores de datos⁹⁰⁶, las que pueden ser constitutivas de falsedad documental son las llamadas manipulaciones de datos, bien de datos-*input*, de los datos que están siendo procesados -con modificaciones del programa o a través de la consola- y, una vez finalizado el proceso, con manipulaciones de los datos-*output*. También en relación con las modalidades de comisión de la falsedad documental, la efectuada sobre documentos informáticos muestra ciertas especificidades en contraposición con la operada sobre documentos cartáceos, sobre todo en orden a determinar si toda manipulación de datos es constitutiva de falsedad documental y por las especiales

⁹⁰⁵Sobre las reuniones del Plenario de la UNCITRAL en su 29 período de sesiones, que versaron sobre el Proyecto de Ley Modelo sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos elaborado por el grupo de trabajo del organismo, en las que se concedió especial preeminencia a las firmas digitales y a las entidades responsables de la certificación de tales firmas vid. MADRID PARRA, *Firmas digitales y entidades de certificación a examen de la CNUDMI/UNCITRAL*, en *Actualidad Informática Aranzadí*, nº 24, 1997, pp. 1 y ss.

⁹⁰⁶SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., pp. 40 y ss, clasifica las conductas contra el patrimonio relacionadas con ordenadores en cuatro grandes grupos, las manipulaciones o modificaciones de datos -constitutivas de estafa informática o falsedad documental en Derecho español-, el sabotaje informático o destrucción de datos, el espionaje informático o la obtención o aprovechamiento de datos no autorizada, y los ataques al *hardware* del ordenador, entre los que incluye la utilización indebida del tiempo del ordenador o hurto de tiempo (*Zeitdiebstahl*) o el sabotaje a los elementos materiales del ordenador. De especial interés en la actualidad es el llamado *hacking* o pirateo informático, que puede consistir en una conducta de internamiento no autorizado en un sistema informático sin ulterior finalidad, o bien con la finalidad de obtener información o incluso de destruir o dañar el software del equipo. Sobre estas conductas, su relación con el delito de daños y las múltiples técnicas utilizadas a los efectos de sabotaje, vid. CORCOY BIDASOLO, *Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños*, en *Delincuencia informática*, op. cit., pp. 145 y ss; SNEYERS, *El fraude y otros delitos informáticos*, op. cit., pp. 65 y ss, con amplia información sobre las técnicas utilizadas por los *hackers* o piratas informáticos y los distintas tipologías de *hackers*.

cuestiones en torno a la autenticidad del documento que puede plantear la circunstancia habitual en la confección de documentos informáticos de que los mismos emanen de una empresa o ente administrativo, atendiendo a que quien materialmente confecciona el documento no coincide generalmente con su aparente autor. Dichas cuestiones, si bien tienen su importancia, por ser ajenas al concepto del documento informático, procede en buena lógica sistemática desarrollarlas al analizar el tipo objetivo de la falsedad documental

CAPÍTULO II
EI CONCEPTO JURÍDICO- PENAL DE FALSEDAD: ESTUDIO
DEL TIPO OBJETIVO DE LA FALSEDAD EN DOCUMENTO
PÚBLICO, OFICIAL Y MERCANTIL

1- CUESTIONES PRELIMINARES: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL, EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y DERECHO COMPARADO

1.1- Concepto de falsedad: definición de los conceptos de falsedad material e ideológica

Los inicios en la regulación del delito de falsedad, en la *Lex Cornelia de falsis*, promulgada por Sila el año 80 a. C., y que constaba originalmente de dos capítulos dedicados a la falsificación de testamentos y de moneda -que fueron ampliándose posteriormente mediante senadoconsultos, constituciones imperiales y la propia interpretación de los estudiosos-¹, determinan las características esenciales de regulación de las falsedades en los países que han bebido de esta fuente. El exacerbado casuismo en la tipificación de los ilícitos falsarios en estos Ordenamientos encuentra su razón de ser en la Ley romana. La propia regulación romana incluía dentro de una Ley dedicada a las falsedades un conglomerado poco heterogéneo de ilícitos cuyo denominador común era el medio falsario por el cual se cometían ciertas conductas contrarias al Ordenamiento, sin que éstas tuviesen otro lazo de unión. Tal falta de sistema llevó, en épocas posteriores, a que se sintiera la necesidad de establecer un concepto de falsedad aglutinador de las conductas que casuísticamente se regulaban bajo ese denominador común. Durante la vigencia del Imperio romano, los juristas vinieron caracterizando la falsedad como *imitatio veritatis*; es decir, si falsedad deriva del verbo latino "*fallere*", que se identifica con engañar², no podía ser más que aquello que fuera contrario a la verdad y que la imitase. No obstante, en la Edad media, los prácticos italianos otorgan otra interpretación de la acción falsaria que no consiste en la imitación de la verdad, sino en la *immutatio veritatis*, con base en que no en todos los supuestos de falsedad será necesaria la imitación de un modelo, sino que bastará con la mera alteración de la verdad³. Este entendimiento lleva a contraponer la falsedad con la misma verdad; se configura una conceptualización de la falsedad tan amplia que el único elemento que la define para los prácticos, además del dolo falsario y de la necesidad de perjuicio, es la contradicción con la verdad.

La ausencia de contornos de un concepto de falsedad identificado con la mendacidad o la ausencia de verdad no sólo caracteriza la definición que de ella

¹Vid. ampliamente sobre la *Lex Cornelia de Falsis* y su evolución legislativa posterior en el Imperio Romano, FINZI, *I reati di falso*, volume primo, 1908, op. cit., pp. 243 y ss; MOMMSEN, *Derecho penal romano*, op. cit., pp. 418 y ss; PUNZI, *Falsum*, en *La Giustizia Penale*, parte prima, 1962, pp. 289 y ss..

²Sobre la etimología del verbo "*fallere*" vid. MALINVERNI, *Teoria del Falso documentale*, op. cit., p. 325.

³MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 25, pone de relieve que se había llegado a afirmar que el cambio de la expresión, *imitatio veritatis*, que se encontraba en las fuentes romanas, por la *immutatio veritatis*, que mantienen como elemento conformador de la falsedad -junto al *dolus* y al *praejudicium alterius*- los autores medievales, se debió al error de un copista, aunque reconoce que no hay elementos históricos que fundamenten tal aseveración, manteniendo que la *immutatio veritatis* se acuñó para indicar un concepto más amplio que el de la *imitatio* romana.

formularon los prácticos. Cuando se pretende la formulación de definiciones apriorísticas de la falsedad -muy posiblemente auspiciadas por la ausencia de definición legal del concepto-, también en la doctrina⁴ y jurisprudencia⁵ actuales pueden observarse reminiscencias de aquella concepción.

Ciertamente, resulta discutible que nuestro Derecho positivo, a imagen de su modelo, el *Code Pénal* francés de 1810, no haya establecido durante muchos años una definición de qué deba entenderse por falsedad. A llenar esta supuesta laguna jurídica se dirigió el art. 377 PrCP 1992, en virtud del cual "es falsificación de documento, además de la simulación total o parcial del mismo o de la realidad jurídica que refleja, toda actuación o intervención material o intelectual que incidiendo en su contenido, sentido o integridad, intencionadamente configure una situación jurídica que no se corresponda con la realidad o altere su relevancia o eficacia, o lo atribuya a persona u órgano que no hayan intervenido en su creación, contenido o firma"⁶.

No obstante, el Código Penal de 1995 no establece una definición de falsedad como lo hacía el PrCP de 1992, sino que articula una tipificación de estos delitos a imagen del Código Penal de 1973. Enumera, de forma mucho más sintética que éste, los modos comisivos que integran el delito de falsedad documental en referencia a la falsedad cometida por funcionario (art. 390 CP) y opera con un sistema de remisiones a este precepto para determinar en qué consistan las demás acciones falsarias.

⁴MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., pp. 325-326, manifiesta "Per "falso documentale" in senso lato si può dunque intendere ogni comportamento che, operando sui documenti, produce cose non vere dalla apparenza vera". En parecido sentido, algunos de nuestros comentaristas clásicos definen la falsedad como "mudamiento de la verdad", con base en la definición que de ella daban las Partidas; así PACHECO, *El Código Penal Concordado y Comentado*, op. cit., p. 258, o GOIZARD, *El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado*, op. cit., pp. 768-769, quien reconoce que "El precepto moral que nos aconseja no faltar á la verdad, conviértese, en algunos casos, en exigencia jurídica que el Poder público impone bajo penas á los ciudadanos, obligándoles coactivamente á su cumplimiento". No resulta extraño, incluso en la doctrina más moderna, la identificación de la falsedad con mendacidad; cfr., por todos, LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1054, para quien "el rasgo que, en consecuencia, comparten los diferentes bienes jurídicos penales del Título es la veracidad de aquellas apariencias cuya autenticidad resulta imprescindible para el adecuado desenvolvimiento de la vida social y del tráfico jurídico y económico"; CARRERAS, *Los delitos de falsedades*, op. cit., p. 81, para quien la falsedad es toda alteración fraudulenta de la verdad .

⁵El Tribunal Supremo, por su parte, en STS de 20 de enero de 1983 (RJ 28) define la falsedad como "toda inveracidad, mendacidad o mutatio veritatis material o ideológica, recayente sobre puntos esenciales y no sobre extremos inocuos o inanes, perpetrada de alguno de los modos enumerados en el art. 302". En parecido sentido, entendiendo que el núcleo de la falsedad lo constituye la alteración o mudamiento de la verdad, vid. SsTS 27 junio 1983 (RJ 3591), 8 marzo 1985 (RJ 1601), 25 junio 1985 (RJ 3049), 8 julio 1986 (RJ 3900), 30 mayo 1987 (RJ 4058), 14 febrero 1991 (RJ 1063), 5 marzo 1992 (RJ 1736), 5 octubre 1992 (RJ 7950), 17 noviembre 1992 (RJ 9351), 4 febrero 1994 (RJ 706), 29 octubre 1994 (RJ 8331), 28 septiembre 1995 (RJ 6757), 31 enero 1996 (RJ 95), 25 marzo 1996 (RJ 2191), 22 julio 1997 (RJ 5768); 21 enero 1998 (RJ 28); 20 febrero 1998 (RJ 1181). En este sentido, la importante STS de 28 octubre 1997 (RJ 7843) (caso Filesa) considera que objetivamente el delito de falsedad requiere "la materialización concreta de esa inveracidad, cuando la misma sea seria, importante o trascendente", recurriendo al expediente de la *mutatio veritatis*.

⁶Conforme a la Exposición de Motivos de este texto articulado, se pretendía ofrecer una definición de falsedad que acabase con el formalismo que ha caracterizado tradicionalmente a la legislación española en materia de falsedades y que no es sino herencia de la regulación casuística que contemplaba el Códice penal de 1810, fuente de nuestro Derecho en lo que a tantos delitos se refiere, entre ellos el de falsedades.

Ahora bien, que el Código haya renunciado a establecer un concepto genérico de falsedad no ha de llevar al establecimiento de un concepto apriorístico que desoiga lo que establece nuestro Derecho positivo. La falta de una previsión específica no puede conducir a la fijación de la falsedad como lo que es contrario a la verdad y esto por varias razones. En primer lugar, porque tal intento supondría una ampliación desmesurada del ámbito de lo típico, dado que la "mentira" sería lo que caracterizaría al delito de falsedad; pero el Derecho penal no puede pretender la protección de un hipotético derecho a la verdad, que no a todos ni en toda circunstancia es exigible⁷. Con ello se volvería a la concepción de que la verdad es lo que viene a tutelarse con la tipificación de la falsedad, conclusión ésta inaceptable desde el punto de vista del bien jurídico tutelado en la falsedad documental y contraria a toda determinación de la antijuricidad propia del delito. En segundo lugar, supondría desconocer que el art. 390 CP establece un elenco de conductas que, si bien no adoptan la forma de una definición, sí caracterizan objetivamente a la falsedad documental; de tal forma, no toda *immutatio veritatis* constituye falsedad relevante jurídico-penalmente, sino solamente aquellas actividades realizadas sobre soportes documentales que pueden incluirse en alguno de los supuestos enunciados en el citado precepto⁸.

Por los motivos más arriba enunciados, ha de evitarse dar un concepto de falsedad suprapositivo o natural. La conceptualización de este término pasa necesariamente por el estudio del tipo. Sólo una correcta interpretación del ilícito descrito en el art. 390 CP, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido en este delito -las funciones que desempeña el documento en el tráfico jurídico-, podrá llevar a una conceptualización acotada de la falsedad. En definitiva, conviene acabar con el binomio falsedad-verdad, prescindiendo de definiciones metajurídicas de la falsedad que la conciben como atentado contra la verdad, para entender que la referencia del Código a la palabra "falsedad" no es más que una reminiscencia histórica utilizada como término aglutinador de un conjunto de ilícitos que se caracterizan por alterar las funciones que ciertos instrumentos, los documentos, desempeñan en el tráfico jurídico. Contra esto no vale decir que la falsedad documental se definiría solamente por el medio de ataque, puesto que ya se ha advertido que el ilícito en estos delitos lo constituye el atentado a las funciones del documento. Será justamente la consideración del bien jurídico lo que servirá para limitar la formalidad del tipo y para conformar la efectiva antijuricidad en estos delitos, sin que en ningún caso pueda prescindirse de su propia tipicidad. Puesto que nos hallamos ante un delito de medios determinados, la configuración "legal" de la falsedad -lo que en definitiva constituye falsedad penal- pasa por la observancia de las modalidades típicas de conducta. Un modo distinto de operar significaría tanto como pretender definir el delito de asesinato sin tener en cuenta las especiales circunstancias a que se refiere el art. 139 CP, de espaldas, pues, al Derecho positivo⁹.

⁷En el mismo sentido vid. CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., 1984, p. 6.

⁸Ya QUINTANO RIPOLLÉS advirtió que atender a la tipicidad de las falsedades en el Código Penal era la única forma de deslindar la falsedad penal de la civil. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 18. De la misma opinión, DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 86. Para un análisis más detenido de la relación entre falsedad civil y penal vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Ilícitud civil y penal en la falsedad de documentos*, en RJCcat, 1952, vol. LXIX, pp. 99 y ss.

⁹Ya CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 531, afirmó que no basta con faltar conscientemente a la verdad para que surja un delito de falsedad, lo falso ha de tener cierto aspecto de veracidad capaz de engañar, y tal alteración de la verdad, para ser constitutiva de delito, ha de ser realizada por alguno de los procedimientos especificados en el art. 302 CP de 1973. En parecido sentido, GARCÍA

Quizá pueda argüirse que la técnica utilizada en la tipificación de las falsedades, incluso por el legislador de 1995, no haya sido la más adecuada en orden a poder configurar un concepto de falsedad¹⁰. Sin prejuzgar en esta sede lo acertado de la regulación, la tipificación existente en el Código penal actual ha de tomarse tal cual es y es a partir de ella que debe inferirse el concepto jurídico-penal de falsedad documental. Por tal razón, la metodología que se sigue en el análisis de este concepto es el estudio de la casuística en este delito, realizando una interpretación de los tipos en consonancia con el bien jurídico protegido y tomando en consideración los principios de última ratio y de mínima intervención. Se renuncia, así, a la fijación de un concepto de falsedad en general o de falsedad documental en particular que se aparte de lo preceptuado por el Código penal.

1.1.1- Diferenciación entre falsedad y falsificación

Algunos de nuestros comentaristas clásicos han atribuido especial importancia a la cuestión de la diferenciación entre falsedad y falsificación, intentando dar una definición de ambos conceptos. Este interés se debe a que los Códigos penales españoles, tradicionalmente, incluyen ambos términos dentro del título dedicado a los delitos falsarios. Así, el Título XVIII CP de 1995 se rubrica "de las falsedades", cuyo capítulo I se titula "de la falsificación de moneda y efectos timbrados", mientras el capítulo II se refiere a las "falsedades" documentales¹¹, aunque la rúbrica de las secciones que constituyen este segundo capítulo alude a la "falsificación" de distintos tipos de documentos¹².

Para PACHECO¹³, la diferencia entre falsedad y falsificación consistía en que la falsedad, que para él no era más que la falta de verdad, era aplicable a las personas y a los sujetos, pero no a las acciones, a las que debe de aplicarse el término falsificación. En distinto sentido GROIZARD, -que admite que en el lenguaje usual ambas palabras se intercambian- para quien la falsedad es el género y la falsificación es la especie, de manera que la falsificación implica siempre falsedad, pero la falsedad no supone siempre falsificación. Según GROIZARD ha de

CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 223-225. Se refieren también a las modalidades comisivas previstas en el art. 302 CP de 1973 para definir la falsedad documental renunciando a establecer un concepto prelegislativo de falsedad las SsTS 20 enero 1983 (RJ 28), 24 junio 1988 (RJ 5345), 16 junio 1994 (RJ 4616), 19 diciembre 1994 (RJ 10595), 10 julio 1996 (RJ 5955), 21 noviembre 1996 (RJ 7996), 3 enero 1997 (RJ 689), 29 abril 1997 (RJ 3374); 8 junio 1998 (RJ 5155).

¹⁰En relación con el Código penal de 1973, QUINTERO OLIVARES, *Las falsedades documentales y la evolución del Derecho positivo español*, op. cit., p. 81, criticó el sistema casuista que aquél acogía, lo que obligaba al jurista a una interpretación exegética de la ley y postulaba la necesidad de que el Código acogiera una definición de falsedad para paliar tal deficiencia.

¹¹A diferencia del Capítulo IV, del Título III, Libro II ACP, rubricado "de la falsificación de documentos".

¹²La sección 1ª del Capítulo II, Título XVIII, Libro II CP se encabeza con la locución "De la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por los servicios de telecomunicación", la sección 2ª se rubrica "De la falsificación de documentos privados" y la sección 3ª "De la falsificación de certificados".

¹³Vid. PACHECO, *El código Penal concordado y comentado*, op. cit., p. 258. Asumen esta diferenciación JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación*, op. cit., p. 467 para quien "vulgarmente falsedad es cualidad o condición de lo falso, sea material o personal y, en cambio, falsificación es acción o efecto de falsificar, y, como estas operaciones precisan materia en donde verificarse, resulta que la falsificación no puede realmente aplicarse a la conducta de las personas, sino a la actividad o a su resultado, o sea a las cosas. Así hay falsedad o doblez, en las personas, y falsificación en las cosas que son falsas"; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 33 y ss..

acontecer la alteración de un documento u objeto verdadero previamente existentes para poder hablar de falsificación. En contraposición, la falsedad indica "la comisión de un hecho o la ejecución de un acto en el que no se expresa la verdad, sino que a sabiendas se emiten conceptos no verdaderos", de manera que para que la falsedad se cometa no es necesaria la previa existencia de un objeto¹⁴.

Según el mercantilista APARICIO RAMOS, que coincide con la opinión de GROIZARD, la falsedad es la mera imitación de la verdad, esto es, supone "la realización originaria de un acto creador con apariencias de legitimidad", e implica el "poner lo falso en el lugar que *debiera* ocupar lo verdadero", mientras la falsificación supone sustitución o "poner lo falso en el lugar *ocupado* anteriormente por lo verdadero", lo que implica necesariamente la preexistencia de un acto auténtico¹⁵. Sin embargo, tal tesis es criticada por QUINTANO RIPOLLÉS, en el sentido de que la misma es aplicable solamente en relación con los documentos para los que fue ideada, las letras de cambio, pero no para la falsedad en general¹⁶.

En la doctrina italiana, MALINVERNI asume también respecto de esta diferenciación una postura en parte coincidente con la de GROIZARD, por lo menos en lo que a la falsificación se refiere. Para este autor la falsificación tiene un sentido más restringido que la falsedad -el "falso" en el Código Penal italiano- y supone una alteración de la verdad documental con finalidad de engaño. El "falso" se presenta así como una modificación de la verdad, incluyendo la formación integral de un documento falso y también la supresión documental, pero sin que en él quepan otros comportamientos, como el uso de documentos falsos, el uso ilícito de documentos o el abuso de documentos verdaderos¹⁷.

La jurisprudencia, por su parte, se ha ocupado asimismo de establecer un criterio diferenciador entre ambos conceptos, unas veces acudiendo a la tesis de PACHECO y sosteniendo que la falsedad afecta a los sujetos y la falsificación a las

¹⁴GROIZARD, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., pp. 49 y 50, en que identifica estos conceptos con los de falsedad material e ideológica. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., pp. 607-608, para quien "la falsificación requiere siempre la previa existencia de un documento o de un objeto verdadero, que mediante ciertos procedimientos se altera o falsifica. La falsedad indica, por el contrario, la afirmación de un hecho o la ejecución de un acto, en las que no se expresa la verdad".

¹⁵APARICIO RAMOS, *La Falsedad en letra de cambio*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, p. 12.

¹⁶QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 26, quien partiendo de tal premisa considera que en los casos de falsedad que afecten a documentos distintos a la letra de cambio, en los que la autenticidad previa no es requisito necesario, la falsedad se referirá a "las actividades criminales que no supongan una realización material de sustitución, alteración o creación y la más específica de falsificación para éstas últimas", que se considerarán falsificaciones. Lo que el autor equiparaba con las expresiones alemanas de *Fälschung* y *Verfälschung*, concibiendo la primera como una falsedad ideal y la segunda como material. Si bien la doctrina alemana mayoritaria entiende que las acciones descritas en el § 267 StGB han de afectar a la autenticidad del documento, lo que impedirá conceptualizar la "*Fälschung*" como falsedad ideológica. Sobre la consideración de la "*Fälschung*" como modalidad comisiva que atenta contra la autenticidad vid, entre otros, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Stafgestzbuch*, op. cit., § 267, nms. 75-80; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1145, nm. 17; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1378, nm. 20; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2020, nm. 48; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. GroßKommentar*, op. cit., § 267, nm. 124; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 77; vid. más ampliamente sobre las modalidades comisivas de la falsedad documental en el StGB infra cap. II, apartado 1.3.2.

¹⁷MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., p. 326.

acciones¹⁸, pero preconizando mayoritariamente -de acuerdo con GROIZARD- que la falsedad consiste en poner lo falso en lo que debiera ser verdadero mientras que la falsificación es poner lo falso en lo que ya fuera verdadero¹⁹.

A pesar de la importancia que al tema se le dio por la doctrina en su momento, tal discernimiento carece de virtualidad en orden a establecer los límites de la acción falsaria. Esto es así porque el Código no acoge en la actualidad ninguna de las tesis expuestas y más bien parece concebir ambos conceptos como sinónimos, utilizándolos indiferenciadamente. Sólo así puede explicarse que el Capítulo I, del Título XVIII, del Libro II se refiera a la "falsificación" de moneda y efectos timbrados, mientras el Capítulo II del mismo Título trata de las "falsedades" documentales. Adoptando la tesis que entiende que la falsedad se predica de las personas, mientras que la falsificación toma como referencia las acciones, no podría explicarse cómo el legislador otorga más importancia a la acción falsaria que a la persona en lo que se refiere a las monedas y efectos timbrados, y hace lo contrario en las relativas a documentos, sobre todo teniendo en cuenta que las tres secciones que conforman el Capítulo II de este Título hablan de "falsificación", mientras la rúbrica del Capítulo incluye la palabra "falsedad" cuando que los arts. 390 y ss. CP no hace más que describir acciones falsarias²⁰. Del mismo modo, tampoco el criterio diferenciador entre ambos vocablos que consiste en la exigencia o no de la previa existencia de un objeto verdadero sobre el que se efectúe la conducta falsaria logra explicar por qué en la "falsificación" de moneda -que supone según esta opinión la aplicación de la conducta falsaria sobre una moneda auténtica- se prevé la conducta de fabricación o creación "ex novo" de monedas falsas, o por qué el art. 390.1. 2º CP, dentro de la sección dedicada a la "falsificación" de documentos públicos, oficiales y mercantiles, tipifica la simulación de documento, que no es sino la creación "ex novo" de un documento falso.

Las consideraciones arriba apuntadas permiten concluir, como hace la doctrina española actual, que carece de trascendencia la diferenciación entre ambos conceptos, puesto que el legislador usa uno u otro indistintamente, sin prejuzgar con ello el contenido de los tipos previstos en cada uno de los epígrafes en cuyo encabezamiento se habla de falsedad o falsificación²¹.

1.1.2- Definición de los conceptos de falsedad material e ideológica.

El establecimiento de una clasificación de los modos de comisión del delito de falsedad entre los materiales y los ideológicos obedece tanto a un intento de

¹⁸Vid., entre otras, STS 26 de noviembre de 1990 (RJ 9162).

¹⁹En este sentido, vid. sentencia anteriormente citada o STS 27 de junio de 1991 (RJ 4832).

²⁰Critica también QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 25, la concepción de PACHECO, advirtiendo que en el lenguaje actual puede tacharse una acción de falsedad, con lo que ésta no ha de ir necesariamente referida a las personas.

²¹En este sentido, vid. CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 10. GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 231-232, para quien "sólo, desde un punto de vista gramatical o de uso del lenguaje, tiene sentido realizar tal distinción; en cambio, en el plano de la descripción típica carece de cualquier utilidad. A este respecto hay que señalar que la razón que justifica que en la terminología utilizada por el legislador penal se emplee indistintamente falsedad y falsificación, hay que encontrarla dentro de los márgenes de discrecionalidad que le puede conferir el correcto uso del lenguaje"; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 305; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 211, para quien el Código emplea la doble expresión sin un criterio legal bien definido; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, op. cit., p. 234, en cuya opinión la distinción se encuentra ya superada.

sistematización que aminorase el casuismo del que hacían gala los Códigos penales que tomaban como modelo el *Code pénal* francés de 1810 en la tipificación de las falsedades -como el Código penal español-, cuanto a la definición de conceptos que algunos de ellos incluyen en el propio articulado -como ocurre con el Código penal italiano-. Tal forma de agrupación de los distintos modos comisivos de la falsedad se predica tradicionalmente de la falsedad de documentos, en que puede diferenciarse la declaración en ellos contenida del soporte que la contiene, pero no se ha operado en otros objetos sobre los que puede recaer la falsedad, como en la moneda.

Fueron los mismos juristas franceses los primeros en estudiar ambos conceptos, puesto que el citado Código francés fue el primero en positivizar la diferenciación. El criterio utilizado en un principio para operar la distinción fue el de la visibilidad de la falsedad. Se sostenía que la falsedad material comportaba una modificación del documento capaz de ser reconocida a simple vista, mientras que la intelectual²² suponía alteración del contenido del documento que no podía ser reconocida por ningún signo palpable o material²³. Era, por tanto, la reconocibilidad o no de la falsedad por los sentidos lo que determinaba si ésta había de considerarse intelectual o material. También en España hubo autores que, parafraseando a los franceses, sostuvieron, como CUELLO CALÓN, que "mientras la falsedad material es perceptible por algún signo físico exterior, la ideológica no puede ser apreciada por señales o indicios materiales"²⁴, acogiendo la visibilidad de la falsificación al menos como uno de los criterios a utilizar en la clasificación de las falsedades.

No obstante, el mero atender a la posible percepción por los sentidos de la actividad falsaria no es un criterio que merezca la consideración de completo,

²²Conviene hacer una aclaración previa respecto de la falsedad intelectual: la mayoría de la doctrina utiliza como sinónimas las expresiones de falsedad ideológica o intelectual; no obstante, existen autores que han establecido una división tripartita de los modos de comisión de la falsedad documental, y que se refieren a falsedad material, ideológica e intelectual, entendiéndolo por falsedad intelectual la que consiste en la consagración en el documento de una expresión dolosamente alterada o formada por la voluntad de las partes de las cuales el documento procede, constituyendo la falsedad ideológica la creación de un documento no verídico en su contenido intrínseco, vid. sobre esta cuestión CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 17-18. Sin embargo, para otros autores la falsedad intelectual consiste "no en la contradicción entre una idea (fenómeno psíquico) y una realidad (documento), sino la contradicción entre un hecho jurídico (obligación creada o extinguida) y el documento destinado a probar ese hecho (casación italiana). Este sería el caso del comerciante o del contador que altera sus propios asientos de contabilidad o del autor de un documento privado que le hiciera agregaciones falsas después de cerrado el documento", así lo afirma ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código Penal*, op. cit., pp. 149-150.

²³Vid. ampliamente sobre la doctrina francesa DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, op. cit., pp. 101 y ss.; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 275 y ss.; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 333 y ss.; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 11 y ss.

²⁴CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, t. II (*parte especial*), vol. 1º, op. cit., pp. 263-264, si bien este autor mantiene que en la falsedad material la alteración de la verdad se produce mediante la alteración material del documento y en la ideológica recae sobre el contenido del documento y no sobre su materialidad, con lo que, aunque acoge el criterio de la visibilidad para caracterizar la falsedad como material o ideológica, no es este el único criterio que utiliza para diferenciarlas. De parecida opinión, en Italia, RANIERI, *Manuale di Diritto penale*, op. cit., p. 651, para quien las falsedades materiales, por su especial naturaleza, son perceptibles mediante el sentido de la vista, en tanto caen sobre aquel requisito del documento que es la escritura.

puesto que hay casos de falsedad material en que resulta francamente difícil la visibilidad del falseamiento, piénsese por ejemplo en la creación *ex novo* de un documento falso²⁵, como podría ser el supuesto de quien, para cobrar una cierta cantidad de dinero, libra una letra de cambio en la que aparece como tomador simulando las firmas del librador y del acepto, o el de aquel que para conseguir heredar una determinada propiedad y sabiendo que no le ha sido otorgada por el causante en el testamento, confecciona un testamento falso posterior al auténtico, falseando la firma del testador, en el que se instituye a sí mismo heredero.

Junto a la tesis de la visibilidad, que puede considerarse la más primitiva, van apareciendo, sobre todo en Italia, ulteriores estudios que tienden a establecer criterios de clasificación más elaborados entre ambos tipos de falsedad, con la finalidad de clarificar ambos conceptos, que aparecen explícitamente recogidos en la regulación italiana de la falsedad.

A) Diferenciación en función del aspecto del documento afectado

La opinión mayoritaria en Italia en orden a la diferenciación entre la falsedad material y la ideológica ha sido el aspecto del documento que se ve afectado por la acción falsaria. La mayoría de los autores parte de que el documento tiene distintos elementos estructurales, cada uno de los cuales puede verse afectado por la falsedad²⁶. Así, se habla de falsedad material cuando se altera la materialidad o forma del documento, mientras que se habla de falsedad ideológica cuando lo que se altera es su contenido o substancia. La diferencia entre ambos tipos de falsedad radica en que la acción falsaria recaiga sobre la materialidad del documento, sobre el soporte mismo, o bien sobre las ideas que en él se encuentran plasmadas²⁷.

La dicotomía forma-substancia del documento como componentes del mismo que se ven afectados por las distintas modalidades de falsedad ha sido acogida en España por comentaristas y autores clásicos. Así, para JIMÉNEZ ASENJO, la falsedad material "consiste en la mutación o alteración parcial o total de los elementos materiales de un documento", mientras que la ideológica "afecta al fondo o contenido del documento, haciendo constar en él algo que no es verdadero"²⁸.

²⁵Tal crítica a los sostenedores de la teoría de la visibilidad la efectuaron ya, entre otros, MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 278, para quien la creación de un documento enteramente falso no es falsedad visible siendo material o MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 335, para quien sólo la falsedad material por alteración es visible, mientras no lo es la formación integral de un documento falso o el abuso de firma en blanco, de manera que este criterio de distinción es para él una mera precisión escolástica acerca de los modos mediante los cuales el delito puede producirse. En parecido sentido, vid., GUERRINI, *Aspetti problematici della falsità ideologica descritta all'art. 483 C.P.*, en *L'indice Penale*, 1985, p. 684; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 433.

²⁶En este sentido CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 10.

²⁷Para SANTANIELLO, *Manuale de Diritto penale*, op. cit., pp. 448-449, se produce la forma de la falsedad material "ogni qualvolta la immutazione del vero (che, come si è già visto, e l'essenza del reato di falso in genere) cade *materialmente* sulla scrittura", mientras existe falsedad ideológica "quando il falso cade non sulla materialità ma sul contenuto ideale dell'atto", en definitiva cuando son falsas las ideas que en el documento se quieren afirmar como verdaderas. De la misma opinión: CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 10; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 82; para una exposición de la jurisprudencia italiana que admite que la falsedad ideológica recae sobre el contenido ideal del documento, cfr. CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario Breve al Codice Penale. Complemento Giurisprudenziale*, op. cit., p. 915.

²⁸JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 485. En parecidos términos FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 335 establece que "mientras en la falsedad material el documento es falso en sí mismo, en la falsedad ideal o

No obstante, la indeterminación de los conceptos de forma o substancia del documento ha llevado a que la doctrina se haya visto en la necesidad de concretar ambos aspectos al objeto de poder delimitar más claramente la falsedad ideológica y la material. Tal investigación lleva a la conclusión de que la forma o materialidad en un documento coincide con su genuinidad o legitimidad, con lo que en la falsedad material es ésta la que se ve afectada, mientras que la sustancia o contenido ideal en el documento puede conceptuarse como veracidad, que es lo que lesiona la llamada falsedad ideológica²⁹. La estrecha relación que une, pues, a ambos intentos de dotar de un contenido específico a la falsedad documental es lo que lleva a tratarlos conjuntamente, puesto que no nos encontramos más que ante la ulterior evolución y perfeccionamiento de una misma idea.

Para los defensores de tal criterio diferenciador, pues, la falsedad material es aquella de la que resulta un documento no genuino, mientras la falsedad ideológica es la que produce la aparición de un documento no verdadero³⁰. En puridad, el documento ideológicamente falso es aquel que es genuino, porque proviene de quien aparentemente lo crea, pero no verdadero³¹. Se trata de los supuestos en que los funcionarios que tienen la función de documentar no escrituran los documentos públicos conforme a lo acontecido en su presencia, en palabras de MANZINI, "documentando genuinamente cosas jurídicamente relevantes no verdaderas u omitiendo documentar cosas verdaderas: esto es, creando documentos verdaderos en la forma, pero en todo o en parte falsos en la substancia"³². Consecuentemente, gran parte de los juristas sostienen que la

intelectual el documento es verdadero en su forma, mas, en todo o en parte, falso en su substancia. Actualmente, ORTS, *Derecho penal, parte especial*, op. cit., p. 189, sostiene que se "han de distinguir las conductas que tienen como objetivo hacer pasar por legítimo lo que no lo es y que afectan, por tanto, a la procedencia original del objeto o documento de que se trate (...) de las que atañen a la esencia o sentido del objeto alterado (...): falsedades materiales, las primeras, e ideológicas, las segundas"; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 182 y ss., para quien la alteración material del documento viene realizada por actividades "materiales", mientras en la formal no hay actuación material alguna, sino que lo falso recae sobre el contenido intelectual del documento; implícitamente QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 501, cuando afirma que la modalidad ideológica hace referencia al relato histórico que contiene el documento y la material al documento mismo.

²⁹Ha puesto de manifiesto que la necesidad de concretar los conceptos de forma y substancia del documento ha sido lo que ha llevado a la doctrina posterior a concretarlos en la autenticidad y veracidad del documento respectivamente DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 82 y ss. Prueba de ello es que algunos autores identifican la forma del documento con la genuinidad y la substancia o contenido intelectual con la legitimidad; cfr., por todos, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 183 y ss.

³⁰De esta opinión, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 829; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale* op. cit., p. 604, quien asume expresamente la tesis expuesta por MANZINI; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 144; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 84 y ss; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 259; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 10, si bien posteriormente parece cambiar de opinión, pues evita definir ambos tipos de falsedad y sostiene que los elementos de la falsedad material se deducen de las formas de conducta descritas en los varios tipos del CP italiano, mientras los elementos de la falsedad ideológica se deducen por vía de exclusión y con la aplicación de ciertos principios generales, cfr., CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, en *Digesto delle Discipline penalistiche*, op. cit., p. 188.

³¹MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 829.

³²MANZINI, *ibidem*. RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 52-53, sostiene al respecto que ni la doctrina ni la jurisprudencia han logrado establecer con precisión en qué consista la falsedad ideológica, afirmando que

falsedad ideológica sólo podrá cometerse por aquellas personas que tengan la obligación jurídica de decir la verdad, que suelen ser los funcionarios públicos, razón que justifica la no inclusión de la falsedad ideológica cuando de documentos privados se trata³³.

En contraposición, el documento falseado materialmente es el no genuino, pero procede precisar qué se entiende por no-genuidad del documento. En este sentido, ANTOLISEI afirma que para que pueda hablarse de genuidad han de darse dos condiciones: en primer lugar que el documento proceda de aquél que figura ser autor, es decir, que coincidan autor aparente y autor real, y en segundo lugar, que el documento no haya sufrido alteraciones tras su creación³⁴. Tal concepto de genuidad del documento trae cuenta de la derivación que los autores italianos hacen de la forma o exterioridad del documento, es decir, la genuidad no se concreta solamente en la mera procedencia del documento del autor que aparece como tal en el mismo, sino también en cualquier otro signo externo del soporte que contiene la declaración, de cualquier elemento de la materialidad del documento. Se configura aquí una diferencia sustancial entre el concepto de genuidad que se ha mantenido tradicionalmente por los tratadistas italianos y el de autenticidad sostenido mayoritariamente en la actualidad en Alemania, referido exclusivamente a la coincidencia entre autor aparente y real del documento³⁵.

La derivación del término genuidad directamente de todo aquello que configura la materialidad de un documento lleva a que en Italia se haya aceptado que aquello a lo que afecta la falsedad material es a los signos de identidad del documento, esto es, al autor y a las circunstancias de tiempo y de lugar³⁶. De este

sin la previa existencia de un trabajo herméutico de estudio de las posibilidades normativas de falsedad no puede llegarse a un correcto entendimiento de en qué consisten, cosa que frecuentemente ha olvidado la doctrina cuando se ha dedicado a dar opiniones sobre lo que sea falsedad material e ideológica sin tener en cuenta lo que dice la Ley penal. En el mismo sentido vid. FILIÉ, *Ancora in tema di differenze tra falso materiale e falso ideologico*, en RIDPP, 1983, pp. 1150 y ss.

³³En este sentido, vid., por todos, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 607.

³⁴ANTOLISEI, o. u. c., p. 605.

³⁵BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 338, ya pone tal circunstancia de manifiesto cuando afirma que la autenticidad del documento "puede ser considerada desde un punto de vista espiritual (que depende de su creador), o bien desde un punto de vista corporal (lo fundamental es el *acto físico de ejecución* del documento). Si bien en algunos ámbitos jurídicos, como el alemán, ha sido dominante la teoría espiritual, en el Derecho penal español la configuración de los delitos de falsedades dice relación con ambos aspectos. Aunque en relación con algunos documentos hay un mayor acento en el aspecto espiritual". Partiendo de un concepto de autenticidad entendido como correspondencia entre autor aparente y real de la declaración, existen en Alemania autores que han defendido que no ha de incluirse en el § 267 StGB la modificación posterior de documento efectuada por el mismo librador, cfr. PUPPE, *Urkundefälschung*, op. cit., p. 639; PUPPE, *Die neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten-Teil 1*, op. cit., p. 944; KAUFMANN, *Die Urkunden- und Beweismittelfälschung im Entwurf 1959*, op. cit., p. 411; LAMPE, *Die sogenannte Gesamturkunde und das Problem der Urkundenfälschung durch den Aussteller*, op. cit., p. 330; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 375; KIENAPFEL, *Zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung*, op. cit., p. 185; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., p. 34.

³⁶En este sentido, CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., p. 154 y ss., lo que lo lleva a admitir dos formas de contrafacción, la de proveniencia y la de fecha, con lo que concluye que es falso el documento en el que coinciden autor aparente y real pero que resulta ante o postdatado. Si bien la mayoría de la doctrina italiana no sostiene la posibilidad de falsedad material por contrafacción de fecha, sino tan sólo la de proveniencia, la que hace aparecer como autor aparente a quien no lo es en un documento. DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 583, afirma también que los elementos sobre los que actúa la

modo, se admite que falsedad material es tanto la contrafacción del documento, la creación de un documento totalmente falso donde aparece como autor una persona distinta de quien realmente lo ha confeccionado, como su alteración, o sea, la modificación posterior del mismo cuando éste ya ha sido creado, tanto si la realiza un tercero como el mismo autor del documento³⁷.

Parecida construcción a la de quienes diferencian entre falsedad material e ideológica en función de que se afecte a la autenticidad o genuidad del documento, es la operada por CARNELUTTI³⁸. Este autor, sin embargo, no utiliza los adjetivos de material o ideológica para la falsedad, puesto que no considera adecuada esta terminología, que prefiere sustituir por la cuatripartición de la falsedad documental en supresión, alteración, contrafacción y mentira³⁹. A pesar de ello, acoge la diferenciación entre falsedad externa e interna, que en lo esencial coinciden con la falsedad material e ideológica respectivamente, ya que lo contrapuesto a aquellas es la verdad interna y externa. Para CARNELUTTI la verdad interna se puede expresar con los adjetivos verídico o verdadero y con el sustantivo veracidad, y la externa con el adjetivo genuino y con el sustantivo genuidad⁴⁰.

La tesis mayoritaria en Italia, esto es, la que identifica la falsedad ideológica con la no veracidad y la falsedad material con la no genuidad del documento ha sido ampliamente acogida en España. La razón de la adopción de tal clasificación puede verse en un intento, por parte de la doctrina española, de reducir el exacerbado casuismo que caracterizaba la tipificación de las falsedades documentales en el anterior Código Penal⁴¹. De tal forma, los autores españoles caracterizan en su mayoría a la falsedad material por atentar a la genuidad del

falsedad material son los de proveniencia del documento -esto es, el autor, fecha y lugar de formación- puesto que son esenciales para garantizar su genuidad. En el mismo sentido, NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 69 y ss.

³⁷Vid. CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 10; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 605; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 786 y ss. En parecido sentido, FINZI, *I Reati di falso*, 1920, op. cit., pp. 436 y ss, que, aunque admite como falsedad material tanto la contrafacción como la alteración, sostiene que "con la creazione di una cosa falsa, si attenta alla genuinità, con la alterazione di una cosa genuina si atenta a la inalteratezza", considerando que la genuidad se refiere a la autenticidad de la proveniencia, esto es, a la correspondencia entre autor aparente y efectivo, mientras la inalterabilidad se refiere a la integridad del documento.

³⁸CARNELUTTI, *Teoria del falso*, op. cit., pp. 49 y ss.

³⁹CARNELUTTI, o. u. c., p. 150.

⁴⁰CARNELUTTI, o. u. c., p. 50, donde además expone que no acoge la terminología falsedad material e ideológica porque en la falsedad material no se incluyen todas las especies de falsedad externa, dejándose fuera la supresión y no estando claramente conenida la contrafacción, además de resultar aplicable solamente a la falsedad documental y no al falso testimonio, del que sí puede predicarse que sea falso externamente.

⁴¹QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 188-189, entendía que la mayor sintetización en la sistematización de las nueve modalidades falsarias que preveía el art. 302 CP de 1973 podía conseguirse agrupándolas en función de que se tratase de falsedades materiales, que afectasen, por tanto, a la genuidad de documento o falsedades ideológicas, esto es, las que atacan a la veracidad. Entre las primeras cabía incluir las previstas en los números 1, 5, 6, 8 y 9 del art. 302 CP de 1973 y entre las segundas las de los números 2 y 3 del mismo artículo, constituyendo las tipificadas en los números 4 y 7 formas mixtas que podían perpetrarse de ambas maneras. En el mismo sentido, incluso la propia jurisprudencia había reconocido que el excesivo casuismo del art. 302 CP de 1973 conducía a la superfluidad de algunas de sus figuras por su redundancia, por la equivalencia entre ellas y por su intercambiabilidad, cfr. STS 21 de abril de 1989 (RJ 3481).

documento y a la ideológica por afectar a la veracidad⁴². Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal supremo admite la bipartición de la falsedad en material e ideológica⁴³ y establece que la falsedad permite dos formas básicas de comisión⁴⁴; por un lado, la confección de un documento inauténtico, esto es, un documento en el que "la voluntad declarada no corresponde al sujeto que aparece describiéndolo" y, por otro, la alteración del contenido de la declaración de voluntad de un documento auténtico, es decir, "de un documento en el que la declaración de voluntad corresponde al que la suscribe".

A pesar de que el binomio genuidad-veracidad ha sido acogido por la generalidad de los autores para caracterizar ambas formas de perpetrar la falsedad, lo cierto es que no ha estado exento de críticas. Se ha dicho que el tenor o los datos de proveniencia del documento pueden ser falsificados mediante una alteración material del documento, pero también mediante una declaración no veraz de un documento. Partiendo pues de esta base, todas las falsedades podrían llamarse materiales porque se realizan a través de documentos, que no son más que objetos materiales, pero también podrían llamarse todas ideológicas en tanto crean, suprimen o alteran un pensamiento⁴⁵.

De otro lado, se ha objetado a esta tesis, en la doctrina italiana, que no es acorde con lo preceptuado por el Código Penal italiano. El art. 476 de este cuerpo legal califica como falsedad material la producida por un funcionario público que forma un documento en todo falso, siendo el legitimado para redactarlo, de lo que resultaría que el documento sería genuino, con lo que el encabezamiento del

⁴²De esta opinión, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, o. u. c., p. 189; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 980; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, op. cit., p. 548, 11ª edición, op. cit., p. 633; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 338; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., p. 520, quienes acogen la simplificación operada por Quintano Ripollés; DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 87, indirectamente cuando se refiere a los aspectos de genuidad y veracidad del documento. En parecido sentido, COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., p. 432, también de forma no explícita, cuando se refiere a las dos acepciones de falso como aquello que no es genuino y como aquello que no es verdadero; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 305-306. Cierta disidencia con la mayoría de la doctrina española muestra ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., p. 143, cuando afirma que la falsedad material ataca tanto a la genuidad como a la veracidad del documento, mientras la ideológica sólo ataca a la veracidad del mismo; en parecido sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 184, para quien la falsedad material consiste en la alteración o creación física, total o parcial, de un documento, quebrantando la autenticidad o genuidad así como la veracidad.

⁴³Cfr. STS 26 de abril de 1983 (RJ 2307), referida a la falsedad ideológica, que viene definida como "la constatación de una circunstancia falsa en un documento público hecha a sabiendas por un funcionario público o la simple manifestación engañosa de un particular que provoca que el funcionario, como mero instrumento, dé contenido falso a un documento ignorando tal circunstancia". Se refieren también a la alteración material o ideológica de la verdad como formas de falsedad las SsTS 30 de mayo de 1986 (RJ 2905), 15 de marzo de 1988 (RJ 2025).

⁴⁴Cfr. STS 29 de junio de 1990 (RJ 5741).

⁴⁵MALINVERNI, *Teoría del falso*, op. cit., p. 350; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 12 y ss, quien atribuye a la clasificación en base a la forma y contenido o genuidad y veracidad un mismo grado de ingenuidad o simplificación que al criterio de la visibilidad sostenido por los autores franceses.

artículo no se correspondería con lo postulado por esta teoría, ya que según ella nos encontraríamos ante un caso de falsedad ideológica⁴⁶.

Ciertamente, resulta difícil trasladar esta última crítica al Derecho positivo español, puesto que ninguno de nuestros códigos históricos se ha referido expresamente a los conceptos de falsedad material o ideológica, sino que la adopción de estas categorías por la doctrina y la jurisprudencia españolas ha obedecido más a un afán simplificador de la hipertrofia regulativa en las falsedades documentales en los sucesivos Códigos penales vigentes en nuestro país que a una necesidad impuesta por el Derecho positivo. Sin embargo, sí resulta trasladable al Derecho español la crítica que puede efectuarse al concepto de genuidad en la falsedad material. Los defensores de esta teoría sostienen que la falsedad material afecta a la genuidad del documento, y concretan las formas de falsedad material en la contrafacción, es decir, en la creación total de un documento falso, en el que el autor aparente no se corresponde con el real⁴⁷, y en la alteración, en cualquier modificación posterior de un documento una vez éste ha sido ya totalmente confeccionado, sea por un tercero o por su originario autor. Partiendo de esta base, no puede decirse simplemente que la falsedad material afecta a la genuidad sin más, puesto que el concepto de genuidad que se mantiene es distinto en el supuesto de contrafacción -donde sólo se refiere a la identidad del autor- del supuesto de alteración, donde los elementos que configuran la genuidad son, además del autor, los otros signos de identidad del documento -el tiempo y el lugar de confección-. Sólo advirtiendo esta dualidad conceptual puede explicarse que el documento alterado por el mismo autor de la declaración una vez ha salido de su ámbito de poder es no-genuino. Por otra parte, si se sostiene que la genuidad se refiere siempre a todos los signos de identificación del documento, es decir, si se mantiene tanto para la contrafacción como para la alteración un concepto amplio de genuidad⁴⁸, carece de sentido la tipificación separada de ambos modos comisivos, pues en los dos supuestos el resultado de la acción falsaria sería un documento en el que se ha alterado la relación autor-declaración, o bien se han mutado el lugar o fecha de confección.

B) La tesis monista de CARRARA

Dicho autor elaboró una tesis ciertamente innovadora referida al binomio falsedad material e ideológica, si bien no ha sido seguida por la doctrina mayoritaria en Italia, a pesar de que fuera uno de los iniciadores de la clasificación de las falsedades en materiales e ideológicas. Parte de la consideración de que sólo constituye falsedad documental la falsedad material, mientras que la ideológica tiene según él la naturaleza de fraude⁴⁹. Ahora bien, lo realmente característico de este autor es la amplitud con que concibe la falsedad material, pues considera que no han de confundirse verdad y veracidad del documento, que para él son dos

⁴⁶Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 434, lo que les sirve para criticar la superposición de esquemas dogmáticos apriorísticos a los datos legislativos.

⁴⁷Si bien algunos entienden que formación total de documento falso también lo es aquél en el que el autor aparente coincide con el real pero la fecha en el documento es distinta a la real. Cfr. supra nota 35.

⁴⁸Al hablar de genuidad en sentido amplio se pretende hacer referencia a aquella que incluye todos los signos de procedencia del documento, es decir, el autor, el lugar y el tiempo de confección, mientras que genuidad en sentido estricto o autenticidad en el sentido que le da la doctrina alemana moderna mayoritaria tiene únicamente como referente la concordancia entre autor aparente y real del documento.

⁴⁹CARRARA, *Programa de Derecho criminal. Parte especial*, op. cit., pp. 288, § 3660, y 292, § 3663.

cosas distintas⁵⁰, de manera que sólo la falta de verdad puede constituir falsedad documental⁵¹.

Fundamenta esta conclusión sobre la base de que la verdad es siempre material. Ello es así porque identifica verdad con escritura, que puede ser verdad desde un punto de vista intrínseco o subjetivo, en el sentido de que el autor del documento es quien aparenta ser -autenticidad, por tanto-, o en un sentido extrínseco u objetivo, pues "para ser verdadera -dice-, debe representar todos los hechos materiales que se efectuaron ante el notario, del modo genuino como se efectuaron", de manera que si la escritura es falsa desde cualquiera de estas dos vertientes nos encontraremos siempre ante una falsedad material⁵².

En consideración con el papel del Notario al redactar documentos públicos, entiende que el presente tiene existencia material, de manera que cuando el Notario declara falsamente sobre el presente comete siempre falsedad material. Considera el presente tanto en el tiempo como en el espacio, es decir, que el acontecimiento se esté produciendo en la actualidad y que lo perciban los sentidos del Notario⁵³; de tal manera, las partes pueden cometer falsedad ideológica pero no los Notarios que testimonian⁵⁴. Esto es, entiende que el Notario o los funcionarios que dan copias de determinados documentos cometen falsedad material y no ideológica cuando escriban algo distinto de lo que las partes manifiestan o de lo que el documento original contiene, porque el carácter material de la falsedad no ha de buscarse aquí en la escritura -que para él es siempre material- sino en el relato, que en este caso es material, y no ideal, dado que no se altera en estos casos una idea, sino "un estado del hecho del que debía ser espejo el documento público, así como las copias deben ser espejo de los originales"⁵⁵. De esto deduce que tanto los casos de falsedad caligráfica -como él llama a la material en sentido estricto-, como los de falsedad personal o los de la falsedad impropriamente llamada ideológica entran dentro de la falsedad material⁵⁶.

En puridad, para CARRARA se produce falsedad material "siempre que la materialidad del escrito resulta diferente a otra materialidad a que el escrito se refiere, y que en este debía producirse tal cual es, de acuerdo con la verdad; y hay falsedad ideológica únicamente cuando la materialidad del escrito es la que en verdad debía estar escrita, pero registra algo contrario a una verdad extraña a la materialidad representada por el documento"⁵⁷.

A pesar de la aparente originalidad de su tesis, CARRARA no ofrece una modificación fundamental en el sistema de las falsedades. La amplitud que le otorga al concepto de falsedad material le permite incluir en él a todos los supuestos que el Código Penal italiano califica como de falsedad ideológica⁵⁸. Al

⁵⁰CARRARA, o. u. c., p. 288, § 3660 nota 1, parte de tres posibilidades, el documento puede ser no verdadero y tampoco verídico, puede ser verdadero y no verídico, dice, cuando el Notario reproduce lo que las partes dicen pero ellas no son veraces, y, por último, puede ser verídico pero no verdadero, como cuando se redacta un escrito falso para probar un hecho verdadero.

⁵¹CARRARA, *ibidem*.

⁵²CARRARA, *ibidem*.

⁵³CARRARA, o. u. c., p. 289, § 3660.

⁵⁴CARRARA, o. u. c., p. 293, § 3663.

⁵⁵CARRARA, *ibidem*.

⁵⁶CARRARA, o. u. c., p. 294, § 3664.

⁵⁷CARRARA, o. u. c., p. 295, § 3664.

⁵⁸CARRARA, *ibidem*, fundamenta la afirmación que se acaba de hacer al decir que "la falsedad es siempre material", puesto que lo falso es la materialidad del escrito, al no ser como materialmente debía ser.

considerar como falsedades materiales todos los casos en que la materialidad del documento no es la que debiera ser y referir esa materialidad al presente de lo que ocurre en tiempo y lugar ante el funcionario documentador está calificando de materiales las falsedades que inciden en la veracidad del documento. El funcionario, en base a los deberes de exactitud respecto de determinados aspectos de los documentos públicos que la ley establece, ha de escriturar fielmente sobre tales extremos; de no hacerlo, comete una de las falsedades que la doctrina ha venido calificando de ideológicas⁵⁹. En definitiva, poco importa que se afirme que la falsedad ideológica no es inculpa como delito de falsedad cuando el concepto de falsedad material se extiende tanto que llega a absorber a aquella.

C) La consideración de la falsedad según el momento de su producción y la obligación jurídica violada: la tesis de MALINVERNI

Partiendo de la insuficiencia de las teorías expuestas para explicar la diferencia entre falsedades materiales e ideológicas, ha habido autores que han puesto el acento en el momento en que se efectúa la acción falsaria para deslindar ambos tipos de falsedad. Entre ellos, ha habido quien se ha basado única y exclusivamente en el tiempo de comisión de la acción como criterio que explica suficientemente la diferenciación. En tal sentido, BOSCIA⁶⁰, quien con base en la teoría de la genuidad y veracidad y, para evitar las objeciones que a la misma pueden efectuarse, establece que ésta ha de integrarse con el criterio temporal⁶¹. Por consiguiente, ha de tenerse en cuenta si la falsedad se produce en el momento de la redacción del documento o sucesivamente, y así, siempre que la falsedad se produzca en un momento posterior al de la redacción nos encontraremos ante una falsedad material, aunque quien la efectúe sea el mismo autor del documento cuando ha perdido ya la facultad de introducir modificaciones⁶². Por contra, cuando la falsedad sea coetánea a la misma redacción del documento, caben dos posibilidades; o bien nos encontraremos ante una falsedad material cuando ésta afecte a la genuidad del documento -que BOSCIA entiende en sentido amplio, esto es, tanto referida al autor como al lugar o tiempo de formación del documento-, o bien se tratará de falsedad ideológica cuando afecte al contenido narrativo o a la veracidad⁶³.

⁵⁹MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 343-344 critica en parecido sentido la amplitud que CARRARA otorga a la falsedad material, lo que lo lleva a incluir en ella a todas las falsedades punibles, también las que otros han llamado ideológicas, además de añadir que difícilmente puede admitirse la concepción de este autor en un código que como el actual Código Penal italiano distingue expresamente entre falsedad material e ideológica. Como crítica de fondo advierte además que aunque el hecho documentado no sea lejano en el tiempo, sino que sea coetáneo al acto de documentación, para poder ser escriturado se ha de transformar en la mente de quien redacta el documento en una idea, con lo que muestra su disconformidad con la opinión sostenida por CARRARA de que en estos casos no se altera una idea sino un estado de hecho de que debía ser fiel reflejo el documento público, cfr. CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, op. cit., p. 293, § 3663.

⁶⁰BOSCIA, *Della falsità in atti*, op. cit., pp. 7 y 8.

⁶¹BOSCIA, o. u. c., p. 8.

⁶²BOSCIA, *ibidem*.

⁶³BOSCIA, *ibidem*. En parecido sentido CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., pp. 259 y ss, parte también de la consideración de que la falsedad material afecta a la genuidad del documento y la ideológica a la veracidad, aunque advierte que la falsedad del documento puede producirse en el momento de su formación o posteriormente. De tal modo, la falsedad material puede darse en el momento de la redacción del documento, cuando se le

BOSCIA parte, por tanto, de un concepto lato de autenticidad o genuidad, tanto para la creación de un documento totalmente falso como para el supuesto de alteración del documento. Para evitar que las alteraciones producidas en un documento por el propio autor puedan ser calificadas de falsedades ideológicas postula que toda modificación posterior realizada en un documento -sea quien fuere el que la efectúe- se considere falsedad material. Ahora bien, trasladando esta teoría al Derecho español no tendría sentido que la alteración y la simulación de documento se previeran como dos modos falsarios diferenciados en el art. 390.1 CP, puesto que tanto una como otra suponen la creación de un documento en que el autor, la fecha o el lugar de la declaración no se corresponden con la verdad. Esto es, lo mismo será la creación de un documento falso en el que se expresa un reconocimiento de deuda falsificando la firma del deudor, que el que ese mismo deudor, cuando haya ya confeccionado un reconocimiento de deuda auténtico y el documento haya salido de su ámbito de dominio, modifique posteriormente la cantidad por la que se reconoció la deuda. En opinión de BOSCIA y de quienes sostienen un concepto lato de autenticidad, ambos documentos serían igualmente inauténticos, por lo que no sería necesario que la ley se refiriese a la alteración y a la simulación -donde puede entenderse incluida la contrafacción- como modos comisivos separados.

En definitiva, quienes, como BOSCIA o CATELANI, integran la tesis mayoritaria de diferenciación de las falsedades material e ideológica según se afecte a la genuidad o veracidad del documento con el criterio temporal no modifican sustancialmente aquella teoría, pues el recurso al criterio del tiempo les sirve únicamente para dotar de mayor fundamentación a la consideración de falsedad material cuando es el mismo librador quien posteriormente altera el documento. Al momento de comisión de la acción falsaria se refieren ya implícitamente los sostenedores de la tesis mayoritaria cuando tratan de las distintas formas de comisión de cada uno de estos tipos de falsedad, constituyendo el único mérito de estos autores hacer expresa referencia al tiempo, sin que su aportación haya sido demasiado significativa.

Otro autor que parte del momento en que se efectúa la falsedad para diferenciar las falsedades materiales de las ideológicas es MALINVERNI⁶⁴. No obstante, éste, a diferencia de BOSCIA, extrae una serie de consecuencias del criterio de partición temporal que lo llevan a defender que el tipo de falsedad depende del tipo de obligación vulnerada por el autor de la acción falsaria. En su opinión, nos hallaremos ante una falsedad ideológica cuando se produce la inobservancia del deber de testimoniar o certificar la verdad en un documento, mientras que podrá calificarse de material aquella en que se omite el deber de dejar inalterada la situación probatoria documental existente⁶⁵.

Para llegar a esta conclusión se basa en que la falsedad puede producirse en el documento por parte de quien lo redacta y en el curso de su formación o bien por un tercero, generalmente después de haberse realizado el documento⁶⁶. En el primer caso -falsedad ideológica-, para que surja un delito de falsedad es necesario que exista una obligación puesta a cargo de la persona que redacta el documento de certificar la verdad, puesto que este tipo de falsedades se perpetran en los casos de escrituración del pensamiento de otro o en la descripción de hechos producidos por el autor del documento o acontecidos en su presencia y por parte de

incluya una firma falsa, o bien sucesivamente, alterando el documento ya creado, mientras la falsedad ideológica puede cometerse sólo en el momento de la formación del documento.

⁶⁴Cfr. MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 350 y ss.

⁶⁵MALINVERNI, o. u. c., p. 356.

⁶⁶MALINVERNI, o. u. c., p. 350.

la persona encargada de materializar el documento⁶⁷. Coloca el fundamento de la punición de tal tipo de acciones falsarias en la vulneración de la obligación de decir la verdad, que puede deducirse de las normas que en el Código Penal italiano incriminan la falsedad ideológica⁶⁸. La obligación de ser veraz no puede así admitirse en sentido genérico, sino solamente respecto de aquellos sujetos y en aquellos supuestos en que la Ley penal la prevé. En el segundo caso -falsedad material-, constituido por los supuestos de falsificación sucesiva a la formación del documento, el autor de la acción falsaria es generalmente persona distinta de quien ha redactado el documento y la obligación violada será la genérica de dejar inalterada la situación probatoria documental existente⁶⁹. No obstante, también puede ocurrir que quien altere el documento sea la misma persona que aparece en él como autor en un momento en el que ya haya perdido la disponibilidad sobre su declaración porque ya había nacido el derecho de otra persona a su inmutabilidad. En tal supuesto, se vulnera la obligación de dejar inmutado el estado de cosas atinente a los documentos, que se corresponde con el derecho que ha nacido para otro de que no sea modificada la situación probatoria existente⁷⁰.

Si bien la teoría de MALINVERNI puede considerarse más evolucionada que las anteriores⁷¹, desde el momento en que se aparta de consideraciones relativas a la materialidad y contenido del documento, no explica suficientemente el fundamento de la punición de la formación *ex novo* de un documento falso. Admite que son manifestación de la genérica obligación de dejar inalterada la situación probatoria existente tanto el deber de no formar documentos que no existían precedentemente como el de no suprimir ni alterar documentos existentes⁷². No obstante, esto no casa exactamente con su punto de partida, es decir, con la afirmación de que la falsedad material se realiza por persona distinta al autor y generalmente cuando el documento ya ha sido realizado. Piensa fundamentalmente en la alteración como falsedad material típica, a la que añade la supresión y la formación *ex novo* del documento como formas más tangencialmente incluidas dentro de la falsedad material y ello es así porque la característica esencial de la falsedad por formación es justamente el efectuarse en el mismo momento en que el documento se redacta⁷³.

Además de ello, con la afirmación de que en la falsedad ideológica se vulnera la obligación de certificar la verdad no se está llegando a un nivel de

⁶⁷MALINVERNI, o. u. c., p. 351.

⁶⁸MALINVERNI, *ibidem*.

⁶⁹MALINVERNI, *ibidem*.

⁷⁰MALINVERNI, o. u. c., pp. 351-352. También sostiene MALINVERNI su tesis de la diferenciación de la falsedad ideológica y material en función del tipo de obligación vulnerada en, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 79.

⁷¹Este estudio más concienzudo de la diferencia entre ambas formas de falsedad y la concusión a la que llega es lo que ha propiciado que haya habido autores en Italia que hayan reconocido la mayor oportunidad de su teoría, aunque esto no suponga que no puedan encontrarse incongruencias en la misma. Vid, en este sentido, GUERRINI, *Aspetti problematici della falsità ideologica descritta all'art. 483 C. P.*, op. cit., pp. 686-687.

⁷²MALINVERNI, o. u. c., p. 352.

⁷³RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 14 afirma también que en contraposición con MALINVERNI que "se è vero che il dovere di non sopprimere nè alterare documenti rientra per definizione ne l'obbligo di lasciare immutato lo stato di cose attinente ai documenti, gli artt. 476, 478 e 479 C.p. ci dicono che il dovere di non formare documenti che in procedenza non esistevano, lungi dal costituire una specificazione peculiare dell'obbligo di non modificare la situazione documentale preesistente, rientra allo stesso modo nel dovere di attestare il vero nei documenti, e quindi lo si può rinvenire anche nelle ipotesi di falsità ideologica, il che vuol dire che almeno sotto questo aspetto il criterio di distinzione è tutt'altro che inequivoco".

concreción mayor en orden a la definición de este tipo de falsedades de aquel al que puede conducir identificar la falsedad ideológica con la no-veracidad⁷⁴.

D) El tipo de falsedad según la distinción entre hecho documentado y documento: la tesis de NAPPI

NAPPI parte de la consideración de que la diferencia entre falsedad ideológica y material ha de fundarse en la distinción entre hecho *-atto*⁷⁵ y documento, de manera que falsedad material será la que afecte al documento mientras que la falsedad ideológica se referirá al hecho documentado⁷⁶. A esta distinción añade otra, la que contrapone documentos que él denomina performativos y constatativos o descriptivos⁷⁷. Cuando el documento es performativo, sostiene que sólo aparece una única representación o descripción, la de la escritura del enunciado ejecutivo, mientras en los documentos constatativos o descriptivos hay dos niveles de representación o descripción; constituye el primero el del documento respecto al enunciado descriptivo y el segundo el de este enunciado respecto de otro hecho⁷⁸.

El juego de ambos grupos de conceptos lo lleva a la conclusión de que en los documentos performativos la falsedad sólo puede afectar a la representación documental, esto es, a la indicación de la existencia misma del hecho, de su autor y de la fecha, con lo que sólo cabe la falsedad material⁷⁹. Contrariamente, en los

⁷⁴En este sentido, RAMACCI, o. u. c., p. 16. Vid. también GUERRINI, *Aspetti problematici della falsità ideologica descritta all'art. 483 C. P.*, op. cit., p. 687.

⁷⁵NAPPI se refiere con el vocablo "atto" a lo que aquí se ha traducido como "hecho". Ya dijimos (supra cap. I, apartado 3.1.1) que dicha palabra es utilizada por los autores italianos en diferentes sentidos. Puede traducirse como "hecho", "manifestación", "acto", "acta" e, incluso, "documento" (sentido en que la utiliza el CP italiano en el delito de falsedad documental). En relación con esta cuestión, NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 12, considera que el documento es sólo el medio a través del cual el *atto* puede ser exteriorizado, cumpliendo una función representativa del mismo, de manera que entre ambos puede entablarse una relación de correspondencia, pero no de identidad.

⁷⁶NAPPI, o. u. c., p. 15. Parte, en parecido sentido, de la distinción entre hecho material, hecho documental y documento para determinar qué sea falsedad material e ideológica, SABATINI, *Considerazioni sulla falsità ideologica in atti*, op. cit., p. 885, para él constituye falsedad ideológica la que afecta al hecho documental, que supone que el agente ha de ser el legitimado para el ejercicio actual del poder documental, dado que en tal caso la conducta tiende a adulterar la función informativa del proceso de formación del hecho material o del proceso de formación de la documentación. Ahora bien, si el hecho que se representa no existe, es decir, fue creado por quien documenta, no concurre la legitimación al ejercicio actual del poder de documentación, con lo que el documento será materialmente falso tanto si la acción falsaria afecta al documento o al hecho material o a ambos.

⁷⁷NAPPI, o. u. c., p. 15. El concepto de documento performativo lo extrae de la palabra inglesa "performance", que hace referencia a una de las funciones del lenguaje, como cuando se hacen promesas o se imparten órdenes, que según él no pueden ser ni verdaderos ni falsos en tanto no se expresan en enunciados descriptivos o representativos de hechos a los que puedan corresponder, cfr. NAPPI, o. u. c., p. 7.

⁷⁸NAPPI, o. u. c., p. 15.

⁷⁹NAPPI, *ibidem*, de donde extrae que es falsedad material la documentación de un hecho inexistente, ya que falta la correspondencia entre el documento y un hecho producido. Concluyendo, además, con base en su tesis que la falsa indicación de la fecha o el lugar de redacción de un documento por parte del autor efectivo del hecho ha de considerarse siempre falsedad material. No obstante, esta última consideración tiene un límite, en los documentos en que existe una persona con poder de documentar que escritura las declaraciones de otro, la fecha y el lugar se indican en el documento como objeto de la actividad de documentación y no como elemento de la manifestación escrita del

documentos descriptivos, al aparecer dos niveles de representación, caben dos formas de falsedad, a saber: la falsedad de la representación documental, como ocurre en los documentos performativos y que él considera falsedad material, y la falsedad que sólo en estos documentos puede cometerse -la falsedad ideológica-, la falsedad de la representación documentada o del hecho descriptivo reproducido en el documento⁸⁰.

La tesis de NAPPI supone en cierta forma un retorno a la diferenciación entre falsedad ideológica y material en función de que se afecte a la forma o contenido del documento, puesto que cuando de documentos performativos se trata, dado que es el mismo documento el que origina el hecho, sólo caben modificaciones en su forma o materialidad, que constituyen siempre falsedad material. En contraposición, si el documento es descriptivo, puesto que describe un hecho preexistente al documento, puede darse además falsedad ideológica cuando se falsea la representación documentada, esto es, cuando la acción falsaria recae sobre el contenido del documento. A esto puede añadirse que mantiene un concepto de falsedad material no unívoco, pues para la generalidad de los casos considera que la falsa indicación de la fecha y el lugar de elaboración del documento constituyen falsedades materiales⁸¹; por contra, cuando se trate de supuestos en los que interviene un escribiente que documenta declaraciones emitidas por otro, la inclusión de un lugar o una fecha de elaboración de los documentos no correspondientes con los verdaderos no supondría la ejecución de falsedad material. La falta de coherencia en orden a definir qué constituya falsedad material trasluce que la teoría no es todo lo compacta que debiera, puesto que para este autor el deudor que confecciona un renacimiento de deuda y lo antedata, para justificar, por ejemplo, no haber podido hacer efectivo otro préstamo que tuviese pendiente, comete una falsedad material, mientras que, si acudiendo a un fedatario público para documentar en escritura pública la misma declaración, consigue que éste lo antedate, comete una falsedad ideológica.

E) Recapitulación

Se han expuesto hasta ahora los diferentes criterios en virtud de los cuales se ha operado la distinción entre las dos especies del género falsedad, esto es, la material y la ideológica. Ya se afirmó que el criterio de la visibilidad sostenido inicialmente por juristas franceses no puede ser aceptado, puesto que hay formas de falsedad material en las que el resultado de la acción falsaria no es perceptible por los sentidos, como ocurre con los casos de formación de un documento totalmente falso.

La tesis que sostiene la distinción entre ambos tipos de falsedades en función de que lo afectado sea la sustancia -contenido- o la forma -materialidad- del documento y su homóloga, esto es, la división en virtud de que se afecte a la genuinidad o veracidad del documento, tampoco está exenta de objeciones, como se apuntó. Podría afirmarse que todas las falsedades son materiales desde el momento en que todas pueden afectar a la materialidad del documento, y al mismo tiempo todas serían ideológicas al dirigirse también contra la veracidad que en el mismo se documenta. A pesar de ello, la otra crítica que puede efectuarse a esta tesis es la de la indeterminación en el concepto de genuinidad que postulan quienes

hecho, de forma que la falsa indicación de estos elementos da lugar en este tipo de documentos a una falsedad ideológica y no material.

⁸⁰NAPPI, o. u. c., p. 15.

⁸¹Adopta la tesis de CARNELUTTI en lo que a contrafacción se refiere, distinguiendo entre contrafacción de proveniencia y de fecha, además de considerar también como contrafacción la formación de un documento que documente un *atto* inexistente, NAPPI, o. u. c., pp. 65 y ss.

la mantienen. La genuidad puede entenderse en un sentido lato, que incluye todos los signos de identificación del documento -el autor y las circunstancias de lugar y tiempo- o en un sentido estricto, para el que autenticidad del documento se refiere sólo a la coincidencia entre el autor real y el aparente del documento. El concepto de autenticidad se convierte así en un término voluble cuya extensión cambia en función del tipo de falsedad material cometida, esto es, en función pues de que hable de formación *ex novo* de un documento falso -que suele considerarse materialmente falso sólo en los supuestos en que no coincidan autor real y aparente del documento- o de alteración de un documento genuino -donde la falsedad material es típica tanto si la comete un tercero como si la comete el propio autor, supuesto en el cual ha de entenderse necesariamente que la genuidad ha de ir referida a las circunstancias de tiempo y lugar de emisión del documento para poder afirmar que éste es no-genuino-. Por otra parte, para quienes mantienen un concepto unívoco de autenticidad, toda falsedad material afecta a la autenticidad del documento entendida en sentido lato, pero la adopción de tal postura obligaría a llegar a la conclusión de que carece de sentido mantener en el Código penal español una tipificación diferenciada de la simulación y alteración del documento.

Tampoco la tesis de CARRARA, innovador como siempre en sus concepciones, convence. Dota de tal amplitud a la falsedad material que, a pesar de sostener que sólo ella puede acarrear la condena por un delito de falsedad documental, no reduce el ámbito de lo que el Código penal toscano, al cual se refería, tipificaba como falsedad documental, incluyendo también en su particular visión de las falsedades materiales las tradicionalmente consideradas ideológicas.

El abandono del recurso al contenido y forma del documento como parámetros a partir de los cuales construir los conceptos de falsedad ideológica y material viene de la mano de MALINVERNI, quien basa su concepción en el conexión de dos criterios que se intercalan, de un lado el momento de comisión de la acción falsaria en relación con el acto de documentación y, de otro, el carácter de la obligación vulnerada con esa acción. Con todo, la teoría tampoco resulta convincente, a la vista de la propia tipicidad del Código Penal italiano y del tratamiento que otorga a la falsedad por formación de un documento falso, así como por no suponer un mayor nivel de concreción la referencia a la obligación de decir la verdad en las falsedades ideológicas de lo que hasta el momento había supuesto la veracidad como concepto en el que se concretaba la falsedad ideológica⁸².

Ni siquiera la teoría que parte de la distinción entre hecho documentado y documento es del todo satisfactoria, ya que supone, en cierta manera, un retroceso a la tesis diferenciadora con base en la forma y contenido del documento. Su más destacado defensor, NAPPI, sostiene asimismo dos conceptos distintos de falsedad material, en función de que se trate de documentos en que el autor de la

⁸²A solventar esta supuesta deficiencia en la definición de la falsedad ideológica se ha dirigido la obra de RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, quien intenta, a través de un exámen exegético de los tipos de falsedad ideológica previstos en el Código Penal italiano, adoptar un concepto de este tipo de falsedad que sea conforme con el Derecho positivo, lo que lo lleva a postular que la falsedad ideológica se realiza cuando se produce un "cattivo uso dei poteri documentali di cui il soggetto sia legittimato a servirsi, attraverso il quale esso produce la deviazione dell'atto dal fine cui doveva legittimamente essere indirizzato", p. 211. Sin embargo, tampoco esta tentativa de dar explicación racional a este modo de falsedad ha sido aceptada por todos, pues NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 14-15, le objeta que refiere a un indeterminado poder documental la falsedad ideológica y la material, siendo que la falsedad ideológica consiste en el mal uso o abuso del poder de realizar el hecho y no del poder de documentarlo, tratándose en definitiva de un exceso de poder del cual la falsedad es sólo una de las formas posibles.

declaración y el escribiente son la misma persona o de escrituras en las que el redactor recoge declaraciones que un tercero efectúa ante él.

Se aprecia claramente que los conceptos de falsedad ideológica y material son todo menos pacíficos en la doctrina italiana, que ha sido la que más se ha preocupado de su definición por exigencias de su Derecho positivo. Por tal razón, no debe extrañar que entre los juristas se hayan levantado voces contra la necesidad del mantenimiento de tal clasificación, como ocurre con MIRTO, para quien la distinción entre ambas formas de falsedad carece de importancia científica⁸³. Siguen también esta dirección algunos autores españoles en la actualidad⁸⁴. No obstante, gran parte de la doctrina sostiene la necesidad de su supervivencia⁸⁵, dada su diferente relevancia penal en el Código italiano, que prevé tan sólo la punición de falsedades ideológicas en relación con funcionarios públicos y empleados públicos encargados de un servicio público y, excepcionalmente, también para aquellos particulares que usan al funcionario como instrumento.

⁸³MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 278 y ss, que justifica su rotunda afirmación sobre la base de que el delito de falsedad exige un objetividad material, y toda acción falsaria que recaiga sobre un documento público o privado es falsedad material, puesto que todo documento es falso en el contenido, en la sustancia o en la materia, cualquiera que sea la modalidad de la acción falsaria. Para él todo contenido no verdadero expresado en un determinado documento convierte en falso al documento mismo, de manera que la concepción de falsedad ideológica carece de carácter científico, ya que cualquier modo de consumir la falsedad incide sobre el contenido del documento, además aunque la distinción falsedad material-ideológica fuese teóricamente exacta, no lo es la distinción legislativa, que denomina falsedades materiales a hechos que pueden calificarse de falsedad ideológica. FIANDACA/ MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, op. cit., p. 435, lejos de infravalorar la distinción entre ambos tipos de falsedad, reconocen que la obra del intérprete no puede consistir en definir categorías prejurídicas en las que pueda encuadrarse la conducta falsaria, sino ver si ésta presenta todos los elementos de los tipos específicamente definidos en el Código penal, ya que lo contrario puede llegar a ser peligroso y desviante, además de inútil.

⁸⁴CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 24 y 430, reconoce que "la distinción entre falsedad material e intelectual no está en términos dogmáticos plenamente superada", a pesar de admitir que desde un punto de vista práctico se da un diferente contenido de ambas formas que afectan o bien a la genuinidad o bien a la autenticidad del documento, adhiriéndose así a la posición mayoritaria. GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 297 y ss, afirma que "la falsedad material y la ideológica representan una construcción del delito hasta cierto punto más teorizante que práctica" de ahí que "los múltiples intentos para obtener criterios claros de diferenciación de un supuesto de otro, no han pasado de ser buenas intenciones, carentes de un contenido sustancial" lo que la lleva a concluir, tomando como modelo la regulación del Código penal alemán, que deberían incluirse entre los delitos contra la Administración pública los casos de falta de verdad en la constatación del contenido de documentos realizada por funcionarios públicos, permaneciendo sólo entre las falsedades documentales los supuestos de falsedad en documentos privados en los que se lesiona la autenticidad del documento y, con limitaciones, las falsas declaraciones de particulares en documentos públicos, esto es, cuando éstos abusan de la potestad certificadora del funcionario.

⁸⁵Justifican expresamente la necesidad de delimitación entre falsedad ideológica y material, entre otros DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 582, para quien la investigación de este tema tiene un gran interés técnico, al igual que práctico, dada la diferencia de penalidad que puede aplicarse a un particular que comete falsedad en documento público según la definición que se dé a tal falsedad; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 9; GRANDE, *Falsità in atti*, op. cit., p. 60, admite la importancia de la subsistencia de la clasificación allí donde la pena para la falsedad ideológica sea inferior a la material. Para QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 666, la distinción ha de mantenerse, pues ambas formas de falsedad revelan distinta perversidad y voluntad criminal.

Ciertamente, no se cuestiona la conveniencia de operar tal reagrupamiento de las formas de la acción falsaria en consideración al Derecho positivo italiano. Sin embargo, teniendo en cuenta la regulación que de las falsedades realiza el Código penal español, en el que no se hace mención expresa alguna en su articulado a los conceptos de falsedad material o ideológica, puede perfectamente prescindirse de tal diferenciación. La razón de la adopción por parte de la doctrina de ambos conceptos fue justamente la intención de arrojar luz que permitiera reducir el gran cúmulo de supuestos típicos en virtud de los cuales se estructuraban las falsedades documentales. En el Código penal de 1995 el casuismo se ha reducido considerablemente, a pesar de que la técnica de tipificación de este delito, por lo menos en lo que a la falsedad de documentos se refiere, continúa la tónica tradicional.

Ahora bien, existe una diferencia sustancial entre el Código penal español y el italiano, que hace que para nuestro Derecho positivo no sea tan importante el deslinde de la falsedad ideológica respecto de la material cuanto el de los distintos tipos de falsedad ideológica entre sí. El nuevo Código penal español excluye, como más adelante se verá, la posible comisión por particular de una de las falsedades denominadas ideológicas tradicionalmente previstas en el art. 390.1 CP -la del núm. 4- pero no la contenida en el art. 390.1.3º CP. Dejando de lado, por el momento, la oportunidad de la tipificación de cualquier tipo de falsedad ideológica por los particulares, lo cierto es que el legislador ha optado por mantenerla en el concreto supuesto del art. 390.1.3º CP y de lo que se trata, antes de afirmar rotundamente la improcedencia de tal precepto, es de intentar encontrar, por medio de la interpretación, un ámbito aplicativo racional para esta previsión normativa, pues así lo exige el principio de conservación de las normas. No se discutirá en este momento acerca de si el legislador ha desaprovechado una valiosa oportunidad para desterrar del todo la comisión de falsedades ideológicas por parte de particulares, emparentando más nuestro sistema regulativo en la falsedad con el germánico.

Lo que ahora interesa avanzar como conclusión es que la adopción de los conceptos de falsedad ideológica y falsedad material puede perfectamente obviarse en el estudio de la falsedad documental en el Derecho positivo español. No obstante, tales términos pueden mantenerse si con su admisión se consigue una mayor claridad expositiva en el estudio del delito, si bien las discusiones doctrinales existentes al respecto evidencian la escasa claridad que hasta ahora se ha conseguido en referencia con esta cuestión.

Más importante que esto, a la hora de analizar en profundidad el delito de falsedad documental en nuestro Código, es el estudio de las modalidades falsarias que prevé el art. 390 CP de 1995. Pues, en definitiva, sólo a partir de ese análisis podrá darse un concepto de falsedad genérica válido en nuestro Derecho, si esto se considera imprescindible. Del mismo modo, la observancia de las modalidades comisivas que prevé el texto punitivo puede evidenciar -en contra de lo que ha sostenido un sector de la doctrina⁸⁶- que la acción falsaria en Derecho español no se explica sólo por el binomio veracidad-autenticidad del documento.

⁸⁶de esta opinión, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 90 y ss., en que expone que la acción falsaria afecta siempre a uno de estos dos extremos, sin plantearse la posibilidad de afección a la incolumidad del documento; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, op. cit., pp. 234 y ss., quien define la falsedad como "alteración de un documento que, incidiendo, bien en su autenticidad, bien en su veracidad, tenga relevancia jurídica para ser susceptible de provocar un comportamiento también relevante en el propio tráfico jurídico"; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 305-306; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, op. cit., pp. 789 y ss..

Es más, el tradicional estudio que se ha dado de los delitos de falsedad por parte de los juristas de países, como el nuestro, que parten de la regulación del Código penal francés de 1810, ha centrado su atención básicamente en descubrir los elementos integrantes de un supuesto concepto genérico de falsedad y de los criterios para determinar sus especies, o sea, las falsedades ideológicas y materiales. Se ha olvidado a menudo que existen otros tipos de conductas que se encuentran reguladas dentro de los capítulos que cada uno de los Códigos dedican a la falsedad de documentos, como el uso, denominadas tradicionalmente falsedades impropias, y que atentan en igual o mayor medida que las falsedades "propias" a las funciones que el documento está llamado a desempeñar en las relaciones interpersonales.

Sin embargo, la actual regulación de la falsedad no es obra de generación espontánea, sino que aparece como resultado de la evolución sufrida por regulaciones anteriores sometidas a revisiones doctrinales. Por consiguiente, conviene referirse, aunque sólo sea sucintamente, a las tipificaciones anteriormente vigentes en nuestro país, lo mismo que a las regulaciones que de este grupo de delitos prevén otros Ordenamientos jurídicos que han influenciado al nuestro. A ambas cuestiones se destinan los apartados siguientes.

1.2- Evolución de la configuración de la falsedad documental en los diferentes Códigos penales españoles

El Código penal de 1995, si bien ha seguido en lo que a las falsedades documentales se refiere una técnica de tipificación tradicional, que no se diferencia sustancialmente de la efectuada por los Códigos penales anteriores vigentes en nuestro país, ha simplificado en gran medida la regulación de los delitos de falsedad en general. La obra de depuración del casuismo arbitrada por el nuevo Código penal se hace evidente con tan sólo comparar el número de artículos que el CP de 1973 dedicaba, en el Título III del Libro II, a las falsedades con los que para la regulación de las mismas emplea, en el Título XVIII del Libro II, el Código penal de 1995 (51 artículos en el primero frente a 15 en el segundo).

La simplificación operada por el nuevo texto legal en la regulación de este ámbito de la criminalidad se ha materializado en la desaparición del Capítulo I del Título III CP de 1973, rubricado "de la falsificación de la firma o estampilla del Jefe de Estado, firma de los Ministros, sellos y marcas"⁸⁷. Lo que parece loable, a efectos de evitar la duplicidad regulativa, teniendo en cuenta que la mayoría de falsedades aquí recogidas no eran más que la antesala de falsedades documentales, sobre todo en los casos de falsificación de firmas de determinadas autoridades o de los sellos o marcas que los identifican⁸⁸. Difícilmente se estampará la firma de un Ministro sobre un determinado soporte material sin la

⁸⁷El capítulo se dividía, a su vez en dos secciones, la primera de las cuales se dedicaba a la criminalización de la falsificación de la firma o estampilla del Jefe de Estado y de los Ministros, tanto del Estado español como de estados extranjeros, mientras que la segunda se refería a la falsificación de sellos y marcas, ya fuera el sello del Estado español o de un Estado extranjero, los sellos y marcas de los fieles contrastes, los usados por cualquier autoridad, Tribunal, Corporación oficial u oficina pública, los de los utilizados en las oficinas del Estado para identificar cualquier objeto o asegurar el pago de impuestos, de la placa de matrícula o ya se tratase de sellos, marcas, billetes o contraseñas de las empresas o establecimientos industriales o de comercio. La supresión de este Capítulo I se observa también en el Derecho proyectado anterior al PrCP de 1994, así en el PrCP de 1992.

⁸⁸ En tal sentido, GONZÁLEZ RUS, *Falsificación de sellos y marcas y falsedades documentales*, op. cit., pp. 944 y ss., afirmó que el PrCP de 1994, al suprimir tales artículos, más que despenalizar, simplificaba la regulación.

finalidad de crear un documento falso, y lo mismo cabe decir de los sellos que pertenecen a determinadas personas o entidades públicas, colocados generalmente en los documentos justamente para identificar al autor de los mismos. No cabe duda, pues, de que en estos casos habrá de acudir a la falsedad documental, bien consumada, si el documento falso ha logrado completarse, o en grado de tentativa en los demás supuestos. Ya se afirmó que la supresión en el Código penal de 1995 del art. 279 bis CP de 1973, referido a la falsificación de la placa de matrícula, no necesariamente ha de suponer que las conductas aquí incluídas hayan de quedar impunes, y lo mismo cabe decir en relación a las tipicidades del art. 275 -falsificación de los sellos de los fieles contrastes- que podrán reconducirse a la falsedad documental habida cuenta del amplio concepto jurídico-penal de documento positivizado en el art. 26 CP, siempre que se entienda que materializa una declaración de pensamiento humana⁸⁹.

En relación con las conductas previstas en los arts. 281 y 282 CP de 1973⁹⁰ que, como antes se ha indicado, no se encuentran ya entre las falsedades, pueden considerarse incluídas en el grupo de delitos previstos en el Capítulo XI del Título XIII CP, relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, concretamente en los ilícitos que atentan contra la propiedad industrial⁹¹. Esto sin perjuicio de que si se falsifica alguno de aquellos signos

⁸⁹Vid., ampliamente sobre la consideración documental de la placa de matrícula, supra cap. I, apartado 2.1.1. El art. 279 bis CP de 1973 establecía "La falsificación, sustitución, alteración u omisión de la placa de matrícula legítima de un vehículo automóvil será castigada con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas". El art. 275 CP de 1973, por su parte, decía "la falsificación de las marcas y sellos de los fieles contrastes será castigada con las penas de prisión menor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas".

⁹⁰El art. 280 CP de 1973 rezaba "La falsificación de sellos, marcas, billetes o contraseñas que usen las Empresas o establecimientos industriales o de comercio, será castigada con la pena de prisión menor" y el art. 281 del mismo cuerpo legal "Será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas el que expendiere objetos de comercio sustituyendo en ellos la marca o el nombre del fabricante verdadero por la marca o el nombre de otro".

⁹¹En especial el art. 274 CP puede acoger estas conductas, pues en su virtud se castiga al que "con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas, y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique, o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado", estableciéndose la misma penalidad para quien "a sabiendas posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero". Acabándose así con la polémica relación concursal que existía entre los arts. 281 y 534 CP de 1973, referido el último a las infracciones contra la propiedad industrial. La duplicidad de regulaciones había llevado a los distintos autores a sostener que la diferenciación entre uno y otro delito se basaban, conforme había establecido la Circular de la Fiscalía del TS de 20 de mayo de 1901, en la aplicación del art. 280 CP de 1973 cuando la falsificación constituyera una reproducción exacta de la marca registrada y que procedía acudir al art. 534 cuando se tratara de una imitación o semejanza fraudulenta capaz de inducir a error o equivocación. En este sentido vid. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, parte especial*, op. cit., pp. 953-954, quienes, no obstante, en nota 14, manifiestan que dicha Circular tenía escasa relevancia puesto que era anterior a la Ley de Propiedad Industrial de 1902; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1033; ORTS, *Derecho penal, parte especial*, pp. 202-203; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., pp. 489-490. La jurisprudencia del TS

utilizados en el tráfico por las empresas para crear un documento apócrifo pueda acudir a la falsedad documental.

Una segunda evidencia de la tarea de simplificación efectuada por el Código penal de 1995, también fuera de la propia falsedad documental, la constituye la refundición en uno sólo de los anteriores capítulos II y III del Título III, relativos, el primero de ellos, a la falsificación de moneda y, el segundo, a la de documentos de crédito, papel sellado, sellos de telégrafos y correos y demás efectos timbrados cuya expedición esté reservada al Estado, que han pasado a integrarse en el Capítulo I del título XVIII en el actual Código penal, rubricado "de la falsificación de moneda⁹² y efectos timbrados". Con ello el legislador ha suprimido la tipificación expresa de las falsedades de documentos de crédito -arts. 291 a 298 CP de 1973-, con el entendimiento de que tales conductas han de pasar a integrar falsedades en documento mercantil -como ya se dijo⁹³-, a fin de evitar la doble tipificación de las mismas, solventando así los problemas concursales que tal técnica había acarreado. No obstante, esto que no supone que no puedan continuarse planteando en los casos en los que se falsifiquen papeles sellados sobre los que se escribieren, a su vez, declaraciones documentales también falsas, sobre todo teniendo en cuenta que algunos de los documentos de crédito cuya falsificación preveía específicamente el Código penal de 1973 fuera de las falsedades documentales genéricas son efectos timbrados, como ocurre con la letra de cambio.

Por lo que se refiere en concreto a la regulación de las falsedades documentales establecida en el Código penal de 1995, la misma no es obra de la casualidad, sino el resultado de la amalgama de los diferentes códigos que antes del actual han tenido vigor en nuestro país y de las revisiones críticas que a los mismos se han efectuado. Puede afirmarse que desde el Código penal de 1822 a la actualidad la tarea fundamental que han cumplido los sucesivos legisladores en las falsedades ha sido la de depuración del casuismo existente, ello a falta de un Código que cambiara estructuralmente el sistema de tipificación previsto.

Como antecedente del primer Código penal vigente en nuestro país puede citarse el Proyecto de Código Criminal de 1787, que fue el primer Proyecto de Código penal existente en España, y que incluía, dentro de su Título VII, esto es, de los delitos contra la fe pública, un conjunto dispar de materias, como la malversación del Erario Real y caudales públicos por quienes los tenían a su cargo, abuso de la firma o Sello Real por los que tienen a su cargo la estampilla y sellos del Rey, escribanos falsarios y otras personas públicas en asuntos pertenecientes a su empleo, falsificación de instrumentos y documentos públicos, fraude del tutor en perjuicio de su pupilo y bancarrotas fraudulentas⁹⁴.

ha mantenido idéntica solución que la doctrina en esta cuestión, cfr. SsTS 14 noviembre 1974 (RJ 4330), 13 octubre 1988 (RJ 7912), 2 febrero 1990 (RJ 1047), 13 diciembre 1993 (RJ 9427).

⁹²Un inciso respecto de la falsedad de moneda, cuya casuística se ha reducido también en el Código penal de 1995, desapareciendo la modalidad comisiva de alterar o cercenar moneda legítima, antes prevista en el art. 283.2º CP de 1973, dado que era una forma de comisión de la falsedad pensada para monedas metálicas con valor intrínseco, difícilmente conciliable con los modernos sistemas monetarios, por lo menos en lo que al cercenamiento se refiere, aunque no resulta tan clara la exclusión de la alteración, que no es difícil de imaginar en alguno de los nuevos objetos que el Código penal ha incluido en la definición de moneda del art. 387 CP, así las tarjetas de crédito, débito o los cheques de viaje, cuya alteración no será típica si no se reconducen a la falsedad documental.

⁹³Más ampliamente sobre esta cuestión, supra cap.I, apartado 3.2.

⁹⁴Vid. ampliamente sobre el citado Proyecto, LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, t. V, *La codificación penal*, vol. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, pp.17 y ss.

El momento histórico en que nació nuestro primer Código penal, el de 1822, marcó en gran medida su configuración. En España se había reinstaurado la democracia, tras el absolutismo de Fernando VII, por un corto período, el llamado Trienio constitucional, que tan sólo duró tres años -de marzo de 1820 a septiembre de 1823-, puesto que la derogación de la obra legislativa producida en esta época se decretó el 1 de octubre de 1823 por el Real Manifiesto del Puerto de Santa María. Había en esta época un gran respeto por todo lo francés, que se plasmó, como no podía ser de otra manera, en la estructura y tipificación del nuevo Código penal, que tomó fundamentalmente como modelo el *Code pénal* francés de 1810⁹⁵. La observancia de los cánones franceses llevó a que el Código operase una regulación marcadamente casuista de los diferentes delitos, lo que ha de entenderse también respecto de las falsedades en general y, en concreto, respecto de las falsedades documentales. Los delitos falsarios se regulaban en el Título V, bajo la rúbrica "de los delitos contra la fe pública"⁹⁶, donde se incluían figuras de tan diversa naturaleza como los ilícitos que hoy en día se consideran falsedades, junto con el descubrimiento y violación de secretos y delitos ahora contenidos dentro del grupo de los que atentan contra la Administración de Justicia⁹⁷.

En lo tocante a las falsedades documentales en concreto, el esquema regulativo del Código penal de 1822, sin ser absolutamente seguido por los Códigos penales posteriores, sí estableció unas premisas básicas que se han mantenido posteriormente. Así, el art. 398 tipificaba, a modo de elenco, las conductas falsarias que los funcionarios públicos en ejercicio de sus cargos pueden cometer en los documentos públicos⁹⁸, algunas de las cuales se mantuvieron en el

⁹⁵Tanto es así que para García Goyena este cuerpo legal no era más que un calco del *Code pénal* francés; cfr. LASSO GAITE, o. u. c., p. 147.

⁹⁶Resulta especialmente interesante la rúbrica del Título en este Código, puesto que es el único en nuestra historia que se refiere al bien jurídico protegido en estos ilícitos, ya que el Código penal de 1850 los incluye bajo la denominación "de las falsedades", poniendo el acento en el medio falsario, que será la que aparecerá en los sucesivos textos penales vigentes en España desde ese momento. Únicamente el Proyecto de Código penal de 1980 encabezó el Título IX del Libro II con la locución "delitos contra la fe pública", aunque esta orientación no la siguieron ni la posterior Propuesta de 1983 ni el Proyecto de 1992.

⁹⁷El Código penal de 1822 contiene nueve capítulos en su Título V, a saber: I "de la falsificación y alteración de moneda"; II "de los que falsifican los sellos de las Cortes, ó del Rey, ó de las autoridades y oficinas del Gobierno, ó las actas ó resoluciones de las Cortes, las cédulas, títulos, despachos y decretos reales, el papel-moneda, los créditos contra el Estado ó contra otros establecimientos públicos"; III "De las falsedades, supresiones y omisiones que se cometan en escrituras, actas judiciales, ú otros documentos públicos ó de comercio"; IV "de las falsedades en documentos privados, sellos, marcas y contraseñas de los particulares", V "de la falsificación ó alteración en los pesos y medidas, y de la falsedad en la venta de metales, pedrería ú otros efectos"; VI " de los que violen el secreto que les está confiado por razón del empleo, cargo ó profesión pública que ejerzan, y de los que abran o supriman indebidamente cartas cerradas"; VII "de los acusadores, denunciadores y testigos falsos; de los perjurios, y demas que en juicio ú oficialmente falten á la verdad"; VIII "de la sustracción, alteración ó destrucción de documentos ó efectos custodiados en archivos, oficinas u otras depositarias públicas, de la apertura ilegal de testamentos cerrados; y del quebrantamiento de secuestros, embargos o sellos puestos por autoridad legítima" y IX "de los que se suponen con títulos ó facultades que no tienen, ó usan de condecoraciones ó distintivos que no les están concedidos".

⁹⁸El art. 398 establecía "Cualquier funcionario público, civil eclesiástico ó militar, que ejerciendo sus funciones cometa alguna de las falsedades siguientes: Primera: estender ó autorizar á sabiendas escritura pública y auténtica que sea falsa, o testimonio, acta judicial, partida de casamiento, muerte, nacimiento ó bautismo, ó acuerdo de autoridad pública de la misma clase. Segunda: alterar algún documento verdadero de los que quedan espresados, arrancando, borrando o variandolo que en él estaba escrito, ó intercalando lo que no lo

Código penal de 1848-1850. En el art. 400 se tipificaban las falsedades cometidas por funcionarios públicos ya no en documentos públicos, sino en los documentos oficiales que no estuviesen expresamente previstos en el art. 398, de forma que no se equiparaban en penalidad la falsedad de todos los documentos públicos y oficiales como harían los códigos penales posteriores -con la salvedad de los certificados y los documentos de identidad-. En lo relativo a las falsedades cometidas por particulares, utilizaba el sistema de remisión que ha pasado a todos los textos normativos ulteriores vigentes en nuestro país, esto es, en los arts. 399 y 401 se remitía a los arts. 398 y 400 respectivamente para configurar las acciones falsarias que los particulares pueden cometer en documentos públicos u oficiales.

Fue el Código de 1822 el que inició la tradicional escisión regulativa entre la falsedad de documentos públicos, oficiales y de comercio de la de documentos privados, prevista en el Capítulo IV del Título V, en los arts. 408 y ss, para cuya tipicidad se exigía el obrar en perjuicio de tercero⁹⁹, donde, junto a la falsedad de documentos privados en general, se tipificaban falsedades de certificados de médicos y cirujanos -art. 412- y de los profesores de alguna ciencia o arte - arts. 412 y 413-.

Se incluyeron también supuestos de uso de documento falso, haciéndose depender las penas de la participación o no de quien usa el documento en la falsificación del mismo o de haber tenido "alguna inteligencia previa" con los falsificadores¹⁰⁰.

Cabe destacar un conjunto de conductas que el Código de 1822 incluía entre las falsedades documentales pero que no mantuvieron esta ubicación en los posteriores Códigos penales, a pesar de que pueden afectar a las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico. Se trata de las previstas en el Capítulo VIII del Título V, en que se regulaban la sustracción o destrucción de documentos o efectos custodiados en archivos y oficinas públicas¹⁰¹.

estaba. Tercera: intercalar en los libros protocolos ó procesos, después de estar cerrados, alguno de los documentos sobredichos, aunque no sea falso. Cuarta: estender ó autorizar fraudulentamente testimonio ó certificación de alguno de los espresados documentos falsos ó alterados, ó ilegalmente intercalados, como queda dicho, sabiendo la falsedad, alteración ó intercalacion ilegítima. Quinta: fingir letra, firma, rúbrica, signo ó sello en alguno de los documentos sobredichos. Sesta: faltar fraudulentamente á la verdad en la estensión de algunos de los documentos mencionados, suponiendo personas, desfigurando los hechos, suprimiendo lo que ha pasado, añadiendo lo que no ha habido, ó alterando las fechas verdaderas, sufrirá la pena de infamia con la de diez á veinte años de obras públicas, y no podrá volver á obtener empleo, cargo ni oficio alguno público".

⁹⁹El art. 408 rezaba "Cualquiera que en perjuicio de otro cometiere falsedad en algun escrito ó documento privado, ya mudándose el nombre ó apellido, ya fingiendo firma, rúbrica ó sello, ya forjando un escrito falso, ya alterando alguno verdadero, borrando, arrancando ó variando lo que en él estaba escrito, ó añadiendo lo que no lo estaba, será infame, y sufrirá la pena de dos á seis años de reclusión".

¹⁰⁰Cfr. arts. 403 para los documentos públicos y oficiales, 407 respecto de los documentos extranjeros y 410 en los documentos privados.

¹⁰¹El art. 437 CP de 1822 rezaba "cualquiera que maliciosamente sustraiga ó destruya el todo ó parte de algún proceso civil o criminal, protocolo, libro de partidas, actas, acuerdos ó registros, espedientes ó efectos relativos a ellos, ó cualquiera otro documento custodiado en archivo, oficina u otro depósito público, sufrirá una reclusión de dos a ocho años". El art. 441 establecía una penalidad agravada para quienes cometieran este delito siendo encargados del archivo, oficina o depósito público, además de preverse expresamente pena para ellos -art. 442- en los casos en que cometieran estos delitos "por negligencia ú otra culpa" de los mismos. Ciertamente, algunas de estas conductas las prevé el Código penal de 1995 en los arts. 413 y 414, dentro de los delitos contra la Administración pública, concretamente en el Capítulo rubricado "de la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos"; no obstante, tan sólo se contemplan

El inicio en la codificación española marca, por lo que a las falsedades documentales respecta, una serie de pautas que otros cuerpos legislativos mantuvieron tras el Código penal de 1822, como la técnica de remisión de las conductas falsarias de particular a las previstas para el funcionario, la diferenciación entre documentos públicos, oficiales y de comercio, por un lado, y privados, por otro, el casuísmo como técnica utilizada para la regulación -con la que se pretende la inalcanzable meta de prever todos los posibles casos de falsedad que pueden producirse en la criminalidad falsaria-. Sin embargo, las semejanzas entre el Código penal de 1822 y el de 1840-50 no van mucho más allá.

El Código penal de 1840-1850 puede concebirse, en la falsedad y en otros muchos delitos, como el auténtico modelo utilizado por los restantes Códigos penales vigentes en España. Tanto es así que, en las falsedades documentales en especial, las reformas que ulteriormente se han ido sucediendo pueden considerarse de matiz, pero no suponen nunca cambios fundamentales en la estructuración y conceptualización de estos delitos.

Surge este cuerpo legislativo-penal, como siempre ha sucedido en la historia de nuestro país, a raíz de un cambio político¹⁰². La causa resulta del todo lógica, dado que los Códigos penales, al contener la previsión de los métodos más agresivos de control con que cuenta el Ordenamiento Jurídico, son siempre un excelente indicador de las fluctuaciones ideológicas que sufre el poder político en los estados, caso en el que España no ha sido ninguna excepción. Tan sólo ha de cotejarse la historia para ver que a cada cambio político importante lo ha seguido, generalmente, la confección de una nueva Constitución cuyos principios se han plasmado en un nuevo Código penal. Si bien la era de la post-transición, que fue sin embargo tan ágil en la promulgación de una Constitución democrática, ha sido perezosa a la hora de dar cuerpo a un Código que plasmara, en lo penal, los principios que el consenso político estableció como informadores del Estado social y democrático de Derecho.

A pesar de que sea cierto que los vaivenes políticos suponen la creación de nuevos Códigos que descriminalizan determinadas conductas, insertan otras nuevas tipificaciones y reducen o aumentan la represión penal en función de los fines que quieran conseguirse, la falsedad documental no es un delito que tenga que ver con lo ideológico o político. No ha gozado de la especial atención de personas que no sean técnicos del Derecho. No puede, en definitiva, utilizarse

aquí los supuestos de sustracción, destrucción, inutilización u ocultación de documentos que los funcionarios tengan bajo su custodia por razón del cargo cuando sean ellos mismos quienes cometan el ilícito, no los particulares, con la salvedad que para los documentos de acceso restringido establece el art. 414.2 CP de 1995. En consecuencia, cuando de particulares se trate, respecto de cualquier documento que no haya sido declarado de acceso restringido por la autoridad competente, deberán subsumirse esta clase de conductas, si se cumpliesen todos los demás elementos típicos, bien en el art. 197 -descubrimiento de secretos-, en los daños del art. 264.2 cuando sean "datos, programas o documentos electromagnéticos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos", o en la estafa agravada prevista en el art. 250.4 siempre que estemos ante un "proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase". Sea como fuere, el legislador del 95 ha considerado que la destrucción, inutilización u ocultación de documento no atenta contra el mismo bien jurídico que las conductas previstas entre las falsedades documentales, razón por la cual no las ha incluido entre ellas.

¹⁰²Vid. sobre el ambiente socio-político en que se fraguó el nacimiento de este Código, ampliamente, LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, op. cit., pp. 173 y ss, donde se dividen en dos etapas los veinte años que conforman el tiempo de preparación del mismo. La primera de ellas abarca la última parte del reinado de Fernando VII y, la segunda los restantes años desde la muerte del Monarca, en 1833, hasta que se inicia la discusión propiamente dicha del texto con fundamento en la discusión sobre las bases de 1844.

como instrumento político, lo que ha propiciado la inmovilidad de este grupo de ilícitos desde su tipificación en el Código penal de 1848 hasta la actualidad, con las salvedades que más adelante se apuntarán.

En el Código penal de 1848-50¹⁰³ se contiene, como se ha apuntado, la regulación que regirá para las falsedades durante casi un siglo y medio con sucesivas modificaciones. La casuística en la tipificación de estos delitos se reduce significativamente, si bien no queda del todo excluida. En la falsedad documental, el esquema regulativo se basa en la existencia de tres secciones, dentro del Título IV -rubricado ya "de las falsedades"-, Capítulo IV. Tales secciones se dedican, la primera de ellas, a la falsificación de documentos públicos, oficiales y de comercio, la segunda, a la falsificación de documentos privados y, la tercera, a la falsificación de pasaportes y certificados¹⁰⁴.

El art. 226 del Código de 1950, con el que se inicia la regulación de las falsedades documentales, tipifica también en forma de enumeración las modalidades falsarias que puede cometer el eclesiástico o empleado público "abusando de su oficio". Cometan falsedad estos sujetos: "1.º Contrahaciendo ó fingiendo letra, firma ó rúbrica. 2.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido". 3.º Atribuyendo á los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho. 4.º faltando á la verdad en la narración de los hechos. 5.º Alterando las fechas verdaderas. 6.º Haciendo en documento verdadero cualquier alteración ó intercalación que varíe su sentido. 7.º Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, ó manifestando en ella cosa contraria ó diferente de lo que contenga el verdadero original. 8.º Ocultando en perjuicio del Estado ó de un particular cualquier documento oficial". La mano de PACHECO en la redacción del código supuso una importante mejora técnica del mismo en relación con el de 1822 y ello se traduce en una mejor sistemática -al menos en aquél momento de la evolución de la ciencia jurídica- en las modalidades falsarias, mucho más simplificadas que las del anterior texto punitivo.

El resto de actividades de falsedad documental previstas en el Código se configuran, tal como harán los Códigos posteriores salvo el de 1995, mediante una remisión *in totum* a las previstas en el art. 226. Así, cuando de particulares que falsean documentos públicos, oficiales o mercantiles se trate, el art. 227 se remite a lo preceptuado en el anterior artículo estableciendo una pena inferior. Del mismo modo, el art. 228 cuando se falseen documentos privados, aunque en estos casos

¹⁰³Nos referimos a los años 1848 y 1850 y no a uno solo de ellos porque en el momento de promulgación del Código de 1848, concretamente el día 19 de marzo, el gobierno quedó obligado a corregir el Código dentro de un plazo de tres años según los informes que sobre su aplicación le enviaran los Tribunales y dando conocimiento de ello a las Cortes. En virtud de estos informes se fueron produciendo modificaciones sucesivas del Código, hasta que el Ministro Arrazola, mediante Orden de 9 de junio de 1850, dispuso que se hiciera una segunda edición del Código y de la Ley provisional dictada en 1848 para su aplicación, cristalizando en el Real Decreto de 1850, mediante el cual se publica el texto refundido del Código, que no es más que el Código de 1848 con modificaciones, y el de la Ley provisional. Vid ampliamente sobre esta cuestión, LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, op. cit., pp. 315 y ss.

¹⁰⁴Puede observarse la semejanza con el Código penal de 1973 en la distribución de las secciones del capítulo dedicado a la falsedad documental, dado que el capítulo IV del Título III contenía tres secciones, la primera de las cuales rezaba "de la falsificación de documentos públicos, oficiales y de comercio y de los despachos telegráficos", la segunda "de la falsificación de documentos privados" y la tercera "de la falsificación de documentos de identidad y certificados". Con lo que las variaciones que aquí se aprecian son tan sólo la inclusión expresa de la falsedad de despachos telegráficos entre los públicos y oficiales, en la sección primera, y la sustitución de la palabra pasaportes por la de documentos de identidad en general en la sección tercera.

se precisa que se provoque perjuicio de tercero o se obre con ánimo de causárselo; de tal manera, este Código introduce en la falsedad de documento privado, junto al perjuicio de tercero, el elemento subjetivo del injusto de la intención de ocasionarlo, que basta para incriminar la conducta como falsedad, sin ser necesario que el perjuicio se verifique.

Por lo que a la falsificación de pasaportes y certificados se refiere, los arts. 229 a 234 del Código penal de 1850 tipifican las mismas conductas, con escasísimas variaciones, que conformarían este tipo de falsedades documentales en el Código penal vigente hasta 1996¹⁰⁵.

El tratamiento que este Código otorga al uso de documento falso resulta curioso, si no técnicamente incorrecto. No se criminaliza esta conducta cuando recaiga sobre documentos públicos, oficiales, mercantiles o privados -esto es, en las dos primeras secciones del capítulo IV-, aunque sí se admite en los supuestos de pasaportes o certificados falsos, que no son más que documentos oficiales -privados cuando de certificado emitido por facultativo no funcionario se trata- a cuya falsificación se ha aplicado menor pena que a la de los demás documentos de esta clase. Por tal razón, sorprende que se castigara lo menos, es decir, el uso de pasaporte o certificado falso, pero no lo más, el uso de una escritura pública o de un documento oficial falso.

En el capítulo V del Título IV del Código se contienen una serie de disposiciones comunes que conviene mencionar. Por un lado, porque no se preveían en el Código penal de 1822 y, por otro, porque contienen novedades interesantes. Obviando la referencia a las disposiciones incluidas en los arts. 235, 236 y 237 CP de 1950¹⁰⁶, el art. 238 prevé la imposición de una pena de multa, además de la que corresponda por la falsedad, cuando el lucro reportado o perseguido por los falsificadores fuera estimable¹⁰⁷. También en relación con la penalidad existen disposiciones dignas de mención, previstas en los arts. 239 y 240 del Código de 1850. El primero de ellos establecía la posible exención de pena para los falsificadores que declarasen ante la autoridad antes de iniciarse el procedimiento, siempre y cuando la falsificación no hubiese causado perjuicio a tercero o éste hubiera sido indemnizado. No estamos pues más que ante una vieja previsión que equivale a las actuales cláusulas legislativas sobre arrepentidos y que seguramente hubiera sido muy operativa en el Código penal de 1995, no tanto para la falsedad documental, sino en la falsificación de moneda, atendiendo a la criminalística en las grandes falsificaciones de numerario, que generalmente se producen por bandas organizadas que operan en el ámbito internacional. El segundo -art. 240-, por su parte, establece una reducción de la penalidad en uno o

¹⁰⁵En ellos se prevén la falsificación de pasaportes, tanto la cometida por funcionario como por particular, así como el uso de pasaporte falso o el uso abusivo de pasaporte verdadero, el libramiento por facultativo de certificado falso de enfermedad o lesión con el fin de eximir del cumplimiento de algún servicio público, cierto tipo de certificaciones falsas emitidas por funcionario y la falsificación o el uso de dichas certificaciones por particular. Las únicas variaciones remarcables, además de las diferencias en la penalidad, son la sustitución de los pasaportes por la de cualquier documento de identidad o cédula de carácter personal en el Código penal de 1973, y la existencia, en el art. 229.2 CP de 1850, en la falsificación de pasaporte por funcionario, de una causa de exclusión de la aplicación del delito "al caso en que el empleado por justas causas comunicadas al superior respectivo, expidiere el pasaporte en la forma expresada en el párrafo anterior", no mantenido en el Código de 1973.

¹⁰⁶Que, por otra parte, se mantuvieron prácticamente invariadas en los Códigos penales posteriores, con la salvedad del de 1995.

¹⁰⁷Concretamente el art. 238 establecía una multa del tanto al triplo de lucro reportado o propuesto (sic), salvo en los casos en que el máximo de ésta fuera inferior a la prevista en la propia falsedad, pues entonces se aplicaría la de esta última.

dos grados -la concreta reducción se deja al arbitrio del Tribunal- y la conmutación de la pena de presidio en prisión cuando la falsedad "no ocasionare perjuicio efectivo y considerable á tercero, ni hubiere producido grave escándalo". Puede verse en él un claro antecedente del art. 318 del CP de 1944, con el que el legislador pretendió al parecer paliar el formalismo de que adolecía la regulación de las falsedades¹⁰⁸.

El Código penal de 1870, que surge de la necesidad de crear un texto punitivo que se adaptara al nuevo sistema de valores positivizado por la Constitución revolucionaria de 1868, no incorpora novedades de gran calado en relación a las falsedades documentales, aunque introduce una serie de mejoras técnicas dignas de mención. La estructura básica de la regulación de la falsedad documental continúa siendo la misma, esto es, enumeración de las conductas constitutivas de falsedad comisibles por funcionarios públicos y remisión *in totum* a este precepto tanto en las falsedades en documentos públicos, oficiales o mercantiles cometidas por particular cuanto en las falsedades en documento privado. No obstante, se aprecian diferencias en el art. 314, relativo a las falsedades de funcionario. De un lado, en el número octavo del citado precepto no se tipifican ya los casos de ocultación de documento oficial en perjuicio del Estado o de un particular, sino la intercalación de escritura en un protocolo, libro o registro oficial. De otro, se incluye un segundo párrafo en este artículo en el que se equipara a la penalidad de funcionario público que obra con abuso de oficio la del Ministro eclesiástico que cometa falsedad "respecto á actos ó documentos que puedan producir efectos en el estado de las personas ó en el orden civil".

Por otra parte, la sección primera del Capítulo IV pasa a denominarse "de la falsificación de documentos públicos, oficiales y de comercio y de los despachos telegráficos", lo que da pista de la inclusión en la misma de un nuevo precepto, el art. 317, en el que se tipifican acciones falsarias en despachos telegráficos¹⁰⁹, posiblemente como intento de acoger en el texto una innovación técnica cuyo uso aún no se había generalizado en el momento de promulgarse el Código penal de 1950¹¹⁰.

¹⁰⁸Según QUINTANO RIPOLLÉS, *La humanización del delito de falsedad y su posible incriminación culposa*, en AAMN, t. IX, 1957, p. 158, la jurisprudencia había realizado una inestimable labor al reducir el objetivismo del que adolecía la falsedad, introduciendo en ella los conceptos de antijuricidad, de falsedad intrascendente o de falsedad veraz, pero según él también lo había hecho el entonces moderno legislador de 1944, al introducir en el Código penal el art. 318 que el autor calificaba de "precioso".

¹⁰⁹Concretamente, el art. 317 reza "(1) Los funcionarios encargados del servicio de los telégrafos, que supusieren ó falsificaren un despacho telegráfico, incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo. (2) El que hiciere uso del despacho falso con intención de lucro ó deseo de perjudicar á otro será castigado como el autor de la falsedad".

¹¹⁰Así justificó su inclusión VIADA, *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 424, quien consideró lógico que se impusiera a la falsificación de estos documentos la misma pena que a la de los privados. En sentido contrario, GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., pp. 916-917, manifestaba su disgusto por la inclusión de este precepto, pues entendía que las conductas aquí incriminadas podían reconducirse a la falsedad de funcionario cometida con abuso de su cargo del art. 314, pues no se trataba más que de documentos oficiales. Modernamente, CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1071, reconoce que el despacho telegráfico es auténtico documento oficial y, como a GROIZARD, le parece injustificada la extraordinaria excepción que supone su regulación separada del resto de documentos de este tipo y la rebaja de la penalidad cuando de ellos se trata. No obstante, la naturaleza de los llamados despachos telegráficos no ha sido cuestión del todo pacífica en la doctrina, sobre todo en la de países como Alemania. De tal doctrina se hacen eco RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*,

Otra novedad remarcable introducida por el Código penal de 1870, que supone una variación importante respecto del de 1848-1850, es la tipificación del uso de documentos falsos, tanto públicos, oficiales y de comercio como privados, y de su presentación en juicio. Sin embargo, se aprecia una falta de coordinación que se mantendría hasta el Código penal de 1995, consistente en que la tipicidad del uso de documento privado era más amplia que la de documentos públicos, oficiales o de comercio¹¹¹.

En relación con la sección tercera del Capítulo IV, en la que se cambia la rúbrica del Código penal de 1848-1850 -"de la falsificación de pasaportes y certificados"- por la "de la falsificación de cédulas de vecindad y certificados", las tipicidades son equivalentes en ambos cuerpos jurídicos, con la única salvedad de que se sustituye la palabra "pasaporte" por la de "cédula de vecindad" en los diferentes preceptos y se suprime la exclusión expresa de penalidad prevista para el funcionario que emite uno de estos documentos falsos "por justas causas comunicadas al superior respectivo" que preveía el art. 229.2 del Código penal de 1850.

El Código penal de 1928, texto promulgado durante la dictadura de Primo de Rivera que sucedió al de 1870, se caracterizó y fue justamente criticado por su gran casuísmo¹¹², lo que tuvo un claro reflejo en la falsedad documental. Como novedades dignas de mención que distinguen este Código del de 1870, cabe citar la inclusión de un número noveno en el primer párrafo del art. 361 en el que por primera vez se tipifica la simulación de documento que fácilmente pueda inducir a error sobre su autenticidad. Con esta previsión se hace referencia a la falsedad total o creación "ex novo" de un documento falso. Junto a ella, se añade al número tercero de este artículo -en el que se tipificaban la tradicional atribución a personas que intervienen en un documento declaraciones o manifestaciones que no hayan hecho- la atribución a esas personas de cualidades o condiciones que no posean. Adición, esta última, que no se mantuvo en Códigos penales posteriores.

No obstante, lo más característico de este Código penal es la profusión de tipos falsarios que incluye. Se amplía la regulación de las falsedades documentales con tipos específicos importados de leyes no penales. Así ocurre, por ejemplo, con

parte especial, op. cit., p. 985, quienes, acogiendo la opinión de FRANK, sostienen que el telegrama de salida es documento privado, mientras que el despacho telegráfico propiamente dicho, esto es, el que la Administración entrega al destinatario o telegrama de llegada, tiene la naturaleza de documento oficial por mor de la intervención del funcionario público; a pesar de que QUINTANO RIPOLLES, *La falsedad documental*, op. cit., p. 51, sostuvo que la falsificación de este tipo de documentos tenía una sustantividad propia, ajena a la del documento público, oficial o mercantil, de modo que se trataba de una especie intermedia entre éstos y el documento privado.

¹¹¹El art. 316, en relación con los documentos públicos, oficiales o de comercio dice "El que á sabiendas presentare en juicio ó usare, con intención de lucro, un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en dos grados á la señalada á los falsificadores", mientras el art. 319, refiriéndose a los documentos privados preceptuaba "El que sin haber tomado parte en la falsificación presentare en juicio ó hiciere uso, con intención de lucro o con perjuicio de tercero y á sabiendas, de un documento falso de los comprendidos en el artículo anterior, incurrirá en la pena inferior en un grado á la señalada á los falsificadores". Puede observarse como el uso se prevé paradójicamente con mayor extensión en el art. 319 que en el 316, puesto que en el primero puede ser con intención de lucro o con perjuicio de tercero, mientras en el segundo sólo es relevante jurídico-penalmente cuando se verifique con perjuicio de tercero. Por todos, en orden a la crítica de tal descoordinación, vid. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 950

¹¹²Vid. sobre esta cuestión, LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, op. cit., p. 731 y ss.

las falsedades relativas al Derecho de sufragio, previstas en los arts. 368 y 369¹¹³ -extraídas de la Ley electoral-, las falsedades en materia de emigración -en el art. 370-¹¹⁴, o las acciones falsarias en exámenes, oposiciones y concursos -reguladas en el art. 371-¹¹⁵.

Tal exhaustividad en la regulación de conductas se hace también patente en las falsificaciones, ahora ya denominadas, de documentos de identidad y certificados. Respecto de los primeros, los arts. 374 y 375 tipifican acciones que tienen como objeto pasaportes y cédulas personales, pero también cualquier otro documento de identidad análogo, además de criminalizar el uso de uno de esos documentos que, aunque verdadero, ha sido expedido en favor de otra persona. En relación con los certificados, los arts. 378 a 381 regulan con excesiva profusión diferentes supuestos en que los facultativos pueden emitir certificaciones falsas¹¹⁶, si bien el art. 383 establece límites para que estos hechos puedan ser punibles, que suponen la necesidad de que los mismos se ejecuten con ánimo de lucro, en perjuicio de la causa pública o de un tercero, o con ánimo de causárselo, o de obtener un beneficio para sí o para un tercero¹¹⁷.

El casuismo en la regulación de las falsedades no condujo en este Código más que a la doble criminalización de conductas. La duplicidad podía apreciarse, por ejemplo, en las falsedades relativas al Derecho de sufragio, donde no se tipificaban más que falsedades en documentos oficiales que bien podrían haberse incluido en el art. 361. Se tipificaban asimismo conductas que muy difícilmente pueden conceptuarse como falsedades documentales; así la previsión, contenida en el art. 367, de la suplantación fraudulenta de una persona en conferencia telefónica¹¹⁸. Por tales razones, ha sido positivo, en orden a una regulación más racional de las falsedades documentales, que los Códigos penales posteriores no hayan tomado al de 1928 como modelo, sino que se hayan basado en el de 1870, tal como sucedió con el Código penal de 1932, promulgado durante la II República, que adaptó, a modo de solución transitoria hasta la promulgación de un Código propio adaptado a la Constitución de 1931, el de 1870.

¹¹³Se tipifican conductas tanto comisibles por funcionarios en documentos oficiales referentes al ejercicio del Derecho de sufragio como por particulares.

¹¹⁴Donde se prevén conductas como la expendición por funcionario de billete de emigración haciendo constar características del emigrante que no se corresponden con las reales o faltando de otro modo a la verdad.

¹¹⁵En el que se incluyen los supuestos de intervenir en una de estas pruebas por otro, cambiar las papeletas, aportar documentos falsos, alegar méritos supuestos, etc. o estar en connivencia con quien realice estos actos.

¹¹⁶Así el libramiento de certificado falso de enfermedad o lesión con la finalidad de eximir a una persona de un servicio público, agravado cuando se trate del libramiento del servicio en el ejército o en la marina, libramiento de certificado falso para que una persona en uso de su razón sea admitida como demente en un manicomio, con el fin de que una persona sea sometida a la tutela de los incapacitados, para que se tome por capaz a una persona que no lo es o certificación falsa de enfermedad de una persona para acreditar esta circunstancia ante cualquier Autoridad o Tribunal.

¹¹⁷Este precepto proviene del art. 534 del Proyecto de código penal de 1912 y constituye a juicio de CUELLO CALÓN "una de las más loables y necesarias innovaciones de nuevo Código", vid. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (exposición y comentario)*, op. cit., pp. 229-230.

¹¹⁸En este sentido, vid. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 924-925, para quien los telefonemas, a pesar de que en lenguaje vulgar se incluyen en el concepto de despacho telegráfico, no han de entenderse acogidos en el art. 305 CP de 1973, donde sólo cabe la inclusión de las acciones falsarias efectuadas sobre los despachos telegráficos que cumplan los requisitos del documento.

La causa de que la regulación de las falsedades en el Código penal de 1932 sea prácticamente idéntica a la del Código de 1870 fue que los políticos republicanos prefirieron acoger el texto de un Código democrático con retoques que tenían que ver con el cambio de estructura política del Estado. Con esta finalidad, se suprimió en aquel texto cualquier referencia al Rey, Reino, Ministros de la Corona o Real Decreto, que fueron sustituidas por las de Jefe del Estado, República española, Ministros de la República y Decreto respectivamente¹¹⁹. Sin embargo, las falsedades documentales, seguramente por tratarse de ilícitos que poco tienen de políticos, no sufrieron modificaciones dignas de mención en relación con la previsión que de ellas efectuó el Código penal de 1870¹²⁰, aunque sí se incluyó un art. 323 en que figuraba la llamada falsedad con ánimo de lucro¹²¹.

A pesar de la vocación de provisionalidad con la que vio la luz el Código penal de 1932, se mantuvo en vigor hasta la aprobación del de 1944 que, a su vez, no era un texto punitivo de nuevo cuño, sino una adaptación del de 1870, basado a su vez en el de 1848, al nuevo régimen¹²². Esta es la razón de que en la regulación de las falsedades en el Código penal de 1944 no pudieran apreciarse modificaciones de calado. Tan sólo se produce la reintroducción del núm. 9 al art. 302, en el que se tipifica la simulación de documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad. Únicamente destacan como novedades la inclusión del art. 318, en el que se hacía posible una rebaja de la pena en un grado potestativa por parte de los Tribunales, atendiendo a la "gravedad del hecho y sus circunstancias, la naturaleza del documento, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste", y la supresión de la falsedad con ánimo de lucro, que no había supuesto más que confusión en la relación entre falsedad documental y estafa.

La regulación de las falsedades documentales operada por el Código penal de 1944 fue la vigente en nuestro país hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995, puesto que los arts. 302 y ss. de aquel texto tan sólo sufrieron, por Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983, una modificación secundaria afectante a la denominación de las penas, que pasaron a ser las de prisión mayor o menor según los casos. El texto refundido del Código penal aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, contenía en las falsedades documentales las mismas tipicidades que el Código de 1944.

No ha sido hasta la promulgación del Código Penal de 1995 en que este grupo de ilícitos ha sufrido una auténtica reforma, si bien la regulación aquí prevista trae cuenta de la establecida por los Proyectos de Código penal anteriores al de

¹¹⁹Vid. ampliamente sobre el Decreto de 2 de mayo de 1931, por el que el Gobierno republicano encarga la repuesta en vigor del Código penal de 1870 y sobre la Ley de bases que actualiza aquel texto legal, LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, op. cit., pp. 751 y ss.

¹²⁰Conviene remarcar que la vuelta al Código decimonónico supuso la supresión de la simulación de documento como modalidad falsaria en el Código penal de 1932.

¹²¹Este artículo, que tiene su antecedente en el art. 238 del Código penal de 1850 y 330 del de 1870, disponía "cuando sea estimable el lucro que hubieren reportado o se hubieren propuesto los reos de falsificación penados en este título, se les impondrá una pena del tanto al triple del lucro, a no ser que el máximo de ella sea menor que el mínimo de la señalada al delito, en cuyo caso se les aplicará ésta". Asimismo, fue recogida también en el Código penal de 1928, en su art. 389, aunque se suprimió en el Código penal de 1944, de lo que resulta que el Código penal de 1932 fue el último texto punitivo que acogió esta figura híbrida.

¹²²El preámbulo del Decreto de 23 de diciembre que lo promulgaba exponía que no se trataba de un Código nuevo, sino una reforma provisional "para adaptar la legislación vigente en el campo de la justicia criminal al régimen político del Nuevo Estado y a las necesidades sociales del momento presente, mientras se prepara una reforma honda".

1994. A este respecto, el PLOCP de 1980 era más tradicionalista que el Código penal de 1995, pues mantenía dentro del Título IX, rubricado "de los delitos contra la fe pública", un Capítulo I dedicado a la falsificación de firma o estampilla reales, firma de los Ministros, sellos y marcas¹²³. Asimismo, mantuvo el Capítulo III en el que se contenían conductas relativas a la falsificación de títulos de crédito, papel sellado, sellos de telégrafos y de correos y otros efectos timbrados de expendición reservada al Estado¹²⁴.

La simplificación que sin duda supuso el Proyecto de 1980 no fue tan lejos como la que se ha producido con la aprobación del Código penal de 1995; si bien, en lo que a la falsedad documental se refiere, el nuevo Código toma como modelo la regulación que aquel Proyecto estableció, separándose así del innovador sistema contenido en el Proyecto de Código penal de 1992¹²⁵. De este modo, las cuatro

¹²³En el mismo sentido, la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal (PANCP), incluía también un Capítulo I dentro del Título XV -"de las falsedades"- rubricado "de la falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales".

¹²⁴De tal modo se pretendían desgajar las conductas falsarias que operaban sobre la moneda y sobre otros instrumentos que representaban un valor, que han sido unificadas por el Código penal de 1995, en el Capítulo I, del Título XVIII, de las que éste ha suprimido la tipificación expresa de documentos de crédito que, como ya se apuntó, ha de entenderse incluida como forma de falsedad documental. Por su parte, la PANCP de 1983, siguió el mismo sistema iniciado por el Proyecto de 1980 en orden al mantenimiento de un tercer capítulo para estos supuestos.

¹²⁵En este Proyecto se acaba con la tradicional estructura regulativa de las falsedades basada en un sistema de remisiones, incluyéndose en sus arts. 376 y ss un conjunto de preceptos que tampoco se articulan con base en la diferenciación de secciones en función del tipo de documento sobre el que opera la falsedad. La definición de documento, que es exactamente igual a la recogida en el art. 26 CP de 1995, abre la regulación de las falsedades documentales, en el art. 376.1. Sigue a ésta el establecimiento de un elenco de documentos en el apdo. 2 del mismo precepto, que en el nº 1º se refiere a los documentos públicos "u" oficiales, entre los que expresamente se incluye el Documento Nacional de Identidad, en el nº 2º los documentos de carácter mercantil -tanto de la Administración como de los particulares-, en el nº 3º los documentos privados no incluidos en el número anterior, en el nº 4º "los demás documentos de identidad o acreditación y los certificados referidos a personas o cosas, y en el nº 5º a "la matrícula, folio o registro de cualquier vehículo automóvil, embarcación o aeronave". En el art. 377 se define en qué consiste la falsedad. Además de la definición legal de falsedad contenida en el art. 377, el art. 378 arbitra un sistema de fijación de distintas penalidades en función del sujeto activo de la acción falsaria y del tipo de documento sobre el que éste opere; esto es, bien se trate de funcionarios públicos en materias o asuntos concernientes a su cargo, de particulares sobre documentos públicos u oficiales, de administradores o miembros de un órgano de gobierno de una persona jurídica que falsifiquen los documentos expresados en el nº 2º del art. 376.2 o facultativos y titulados que libren o extiendan certificación falsa, o a la falsificación en los demás casos, o bien se trate de uso, que se sanciona con la pena inferior en grado a la señalada en cada caso para el autor.

En el art. 379, por su parte, se establece una regla concursal específica, de cuya aplicación se exceptúan las falsedades cometidas por funcionarios públicos en materias o asuntos concernientes a su cargo o función, en virtud de la cual cuando el documento falso sea el instrumento para la comisión de un delito patrimonial o económico, se impone la pena correspondiente al este último en su mitad superior, salvo que fuese de mayor gravedad la pena imponible para la falsedad documental, lo que conducirá a la aplicación de la pena de ésta en su mitad superior.

Tal regulación de las falsedades pareció a alguno de los Grupos Parlamentarios más adecuada que la contenida en el PrCP de 1994, lo que condujo a que el Grupo Izquierda Unida, en el debate parlamentario de este Proyecto, enmendase el texto con la finalidad de que se incluyeran en el mismo las previsiones que sobre la falsedad documental establecía el PrCP de 1992. Ello a salvo de la definición de falsedad otorgada

modalidades falsarias previstas en el actual art. 390 CP traen cuenta de las tres previstas en el art. 410 PrCP 1980, con la salvedad de que en éste se regulaban conjuntamente en el número 2º del párrafo primero el faltar a la verdad en la narración de los hechos o de otro modo que afecte al contenido o efectos del documento o a las personas que en él intervengan, mientras en el actual Código se criminaliza, de un lado, en el art. 390.1.3º el suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuir a las que lo han hecho manifestaciones diferentes de las efectuadas, mientras en el número 4º del mismo artículo se incluye el faltar a la verdad en la narración de los hechos. Tal desdoblamiento en las formas de comisión de la tradicional falsedad ideológica no obedece más que a la voluntad del legislador de deslindar las que sólo pueden cometerse por funcionario de las también comisibles por particular. Es justamente en esta limitación en la posible comisión del faltar a la verdad en la narración de los hechos en lo que consiste la gran novedad del Código de 1995¹²⁶. Además de ello, el CP de 1995, no se refiere, como hacía el art. 419 PrCP 1980, en su art. 390 al abuso de oficio por parte del funcionario, sino al ejercicio de sus funciones.

La posible comisión imprudente de la falsedad por funcionario o autoridad, contenida en el art. 391 CP, se preveía ya y en casi los mismos términos, aunque con distinta penalidad, en el Proyecto de 1980¹²⁷. No admiten la comisión imprudente, por tanto, ninguna otra de las falsedades previstas en el Capítulo II del Título XVIII¹²⁸, tanto si el tipo exige la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto -así en la falsedad de documento privado, que ha de producirse "para perjudicar a otro"-¹²⁹ como si no lo exige la redacción típica.

por el art. 377 de aquel Proyecto, al preferir la contenida en el art. 390 CP 1995 -equivalente a la del art. 367 PrCP 1994- y de la regulación que el PrCP 1992 daba al uso de documento falso, pues propusieron la misma redacción que la establecida en el art. 393 CP 1995 - igual a la del art. 370 PrCP 1994- con el añadido "sin connivencia con el falsificador". Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 77-6, pp. 304 a 307, enmiendas nº 796 a 803.

¹²⁶Tanto en el art. 392 CP, relativo a la comisión de falsedad por particular en documento público, oficial o mercantil, como en el art. 395 CP, referido a la falsedad en documento privado, la remisión que se hace al art. 390 CP en orden a establecer las conductas típicas no incluye la conducta prevista en el número 4º de éste, es decir, la falta de verdad en la narración de los hechos, mientras que el PrCP de 1980 y la PANCP de 1983, establecían una remisión *in totum* a la falsedad cometida por funcionario público para determinar las conductas falsarias en documento público, oficial mercantil cometida por particular o a la falsedad en documento privado; vid. arts. 421 y 424 PrCP 1980 y arts. 354 y 358 PANCP.

¹²⁷El texto del art. 420 del Proyecto de 1980 rezaba "el funcionario público que por negligencia inexcusable incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometiere será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años o con multa de seis a doce meses, según sea la importancia del documento o la del acto documentado en el mismo". En parecido sentido y con una redacción mucho más similar a la del art. 391 CP vid. art. 353 PANCP.

¹²⁸El PrCP de 1980 recogía otra posible forma de comisión imprudente de la falsedad documental no incluida en el nuevo Código penal, la tipificada en el art. 426 referido a la falsificación de documentos de identidad cometida por funcionario público con abuso de su oficio "o por negligencia inexcusable". En el mismo sentido vid. art. 359.2 PANCP. La no inclusión de esta forma especial de falsedad documental imprudente resulta del todo lógica, puesto que el Código penal de 1995 no establece una previsión específica para la falsificación de documentos de identidad, que han de considerarse incluidos en los documentos oficiales, con lo que también respecto de ellos puede aplicarse la falsedad imprudente prevista en el art. 391 CP.

¹²⁹Con la exigencia del mero ánimo de perjudicar a otro en el art. 395 el Código penal de 1995 se separa tanto del de 1973, que establecía en su art. 306 la disyuntiva "con

En la tipificación de las falsedades en certificados, los arts. 397 a 399 CP se inspiran en los arts. 362 a 364 PANCP. No obstante, el Código de 1995 no ha establecido una regulación específica para las tipicidades de las falsedades en documentos de identidad como *tertium genus* entre el documento público u oficial y el privado¹³⁰, tal como tradicionalmente habían venido haciendo los Códigos penales vigentes en nuestro país, e incluso el Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983. Los dos textos articulados mencionados en último lugar incluyeron una cláusula de subsidiariedad expresa -arts. 426 PrCP de 1980 y 359.3 PANCP- en virtud de la cual "si el documento cumpliera alguna de otra finalidad distinta de la estrictamente identificadora, el hecho se considerará como falsificación de documento oficial", para evitar que la falsedad de estos documentos -que podían considerarse oficiales- se viera privilegiada cuando los mismos hiciesen prueba de otros aspectos que fueran más allá de la mera identificación.

Para la falsificación de certificados, el Código de 1995 ha previsto, como se acaba de mencionar, una regulación mucho más escueta -como hacía la PANCP de 1983-, que se separa de las mantenidas en el Código penal de 1973 y en el Proyecto de 1980. De este modo, el art. 397 CP se refiere al facultativo que libre certificado falso, ahora ya sin hacer mención a que éste sea de enfermedad o lesión y que tenga como finalidad eximirse del cumplimiento de un servicio público, en la forma en que lo hacía el art. 311 CP de 1973 y que tantos problemas planteaba¹³¹. En relación con la falsedad cometida en estos documentos por autoridad o funcionario, el art. 398 CP¹³² suprime las referencias que el art. 312 CP de 1973 hacía a que se tratara de certificación falsa de méritos, servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas, incluyendo, por tanto, a todo tipo de certificación emitida por funcionario, y evitando así que, en los supuestos en que no se tratase de uno de estos certificados específicamente

perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo", como del art. 424 PrCP 1980 que se refería al que obraba "con ánimo de lucro o de perjudicar a otro".

¹³⁰En esta particular cuestión, el Código penal de 1995 ha seguido la línea trazada por el PrCP de 1992, que incluía al Documento Nacional de Identidad entre los documentos públicos u oficiales en el art. 367.2.1º. Sobre el carácter oficial del Documento Nacional de Identidad vid. supra, Cap. I, apartado 3.1.2.

¹³¹La problemática venía dada porque el art. 311 CP de 1973 se refería a la falsedad únicamente de certificados de "enfermedad o lesión" librados por facultativo "con el fin de eximir a una persona de algún servicio público" con lo que, cuando se tratase de certificados de otro tipo, de defunción, por ejemplo, debería acudir a la falsedad de documento privado -art. 306 CP de 1973- cuando el facultativo no fuese funcionario; ahora bien, si se tratase de facultativo funcionario, la lógica decía que habría de acudir al art. 312 CP de 1973, que preveía las falsedades en certificados cometidas por funcionarios, pero sólo con respeto a las "certificaciones de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas", con lo que tampoco aquí quedaban recogidos gran parte de los documentos de este tipo emitidos por un funcionario -o facultativo funcionario-, lo que conducía, en defecto, a la aplicación del art. 302 CP de 1973, puesto que tales documentos tienen la consideración de oficiales, con el aumento de penalidad que ello suponía. Vid., sobre las posibilidades de subsunción de la falsedad en certificado de defunción en el CP de 1973, DÍEZ Y GARCÍA, *Falsedad imprudente en certificado médico de defunción*, op. cit., pp. 246 y ss. El art. 311 CP de 1973 establecía "El facultativo que librare certificado falso de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 200.000 pesetas". Según el art. 312 del mismo cuerpo legal, "El funcionario público que librare certificación falsa de méritos o servicios, de pobreza o de otras circunstancias análogas, será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas". Por mor del art. 397 CP "El facultativo que librare certificado falso será castigado con la pena de multa de tres a doce meses".

¹³²El art. 398 CP establece "La autoridad o funcionario público que librare certificación falsa será castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años".

relacionados, debiera acudir a la falsificación de documento oficial genérica cometida por funcionario, con el consiguiente aumento de pena que esto suponía. Esto no ha de implicar, sin embargo, que todo documento al que la legislación respectiva denomine "certificación" haya de incluirse entre las del art. 398 CP¹³³

Puede concluirse, por tanto, que lo que caracteriza la regulación de las falsedades en el Código penal de 1995 en comparación con los anteriores existentes en este país es la depuración del casuismo, no sólo en las falsedades ejecutadas en documentos, sino también en las incluidas en los capítulos precedentes. Aunque el nuevo Código no haya tomado como modelo al innovador Proyecto de 1992 en la estructuración de la falsedad documental, sí lo ha seguido fielmente en las falsificaciones de moneda y efectos timbrados, puesto que fue aquel proyectado texto penal el que suprimió gran parte de los artículos dedicados a las falsedades. Acabó con el Capítulo I, que abría la tipificación de estos delitos en los Códigos históricos, y reunió en uno sólo las falsedades de moneda y efectos timbrados, finalizando con la previsión específica de acciones falsarias sobre documentos de crédito o títulos valores fuera de la propia falsedad documental. También ha seguido el Código penal de 1995 al mencionado texto en la reducción palmaria del número de disposiciones comunes aplicables a las falsedades reales, es decir, las que se articulan sobre un objeto material, sea éste la moneda, un efecto timbrado o un documento. De tal forma, frente a las cinco disposiciones comunes que contenía el Código penal de 1973, se mantiene una única disposición general en el art. 400 CP 1995, que constituye el Capítulo III del Título XVIII, en la que se prevé la aplicación de la misma pena que a los autores de la falsedad a quienes fabriquen o tengan "útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los artículos anteriores"¹³⁴, acabándose así con la específica cláusula que permitía la rebaja potestativa de la pena por parte de los Tribunales y que, por otra parte, sí había mantenido el Proyecto de 1980 -en su art. 435-, aunque no lo hiciese así la Propuesta de 1983.

1.3- Tipificación de las conductas falsarias documentales en Derecho comparado

Antes de iniciar el análisis de los distintos modos de comisión de la falsedad documental recogidos en el Código penal de 1995, conviene hacer un sucinto estudio de las tipicidades que estos delitos presentan en otros Códigos penales de nuestra órbita jurídica. El mismo puede servir para comprender determinadas posiciones doctrinales asumidas a la vista de la respectiva regulación, así como plataforma sobre la que articular propuestas de política-criminal cuando la regulación de las falsedades en otros países sea más adecuada en orden a la protección de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico.

Los textos jurídico-penales extranjeros cuyo análisis se efectuará seguidamente son básicamente los Códigos penales italiano de 1930 y el alemán en su texto de 1987. La razón de que sean éstos y no otros aquellos a los que se dedique una atención preferente no es sino la existencia de mayor contingente de estudio científico de las falsedades documentales en estos países respecto de los demás y, por consiguiente, su mayor influencia en la doctrina y la jurisprudencia españolas. No obstante, se hará también referencia al Código penal francés de

¹³³Sobre la consideración de ciertas clases de certificaciones como documentos públicos a efectos penales vid. supra cap. I, apartado 3.1.

¹³⁴Esta previsión es prácticamente idéntica a la contenida en el art. 380 PrCP 1992, con la salvedad de que en este texto no se hacía referencia expresa a los programas de ordenador en la disposición general.

1994 y al Código penal portugués de 1995, que tienen un especial interés por su reciente aprobación.

Merece destacarse, sin embargo, que los esquemas regulativos de las falsedades en estos cuerpos normativos pueden reducirse a dos grandes grupos. De un lado, lo que podría denominarse estructura francesa, que adoptan los códigos que se inspiran en el *Code pénal* francés de 1810, y que entre los aquí comentados son tanto el Código penal francés de 1994 como el italiano, cuyas características básicas son: a) el casuismo¹³⁵; b) la inclusión de las falsedades ideológicas junto a las materiales; c) como consecuencia de lo anterior, la diferente conceptualización de la falsedad en función del tipo de documento. Por otro lado, aparece un segundo modelo, el germánico, del que formarían parte tanto el Código penal alemán como el portugués, cuyas notas en común son: a) la definición de un único concepto de falsedad independientemente del tipo de documento sobre el que ésta recaiga; b) la regulación, dentro de las falsedades documentales, de conductas falsarias comisibles sobre soportes no documentales; c) la clara escisión entre las falsedades documentales, que mayoritariamente se refieren sólo a conductas falsarias materiales, y las falsedades documentales comisibles por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, ubicadas entre los delitos de funcionarios.

A pesar de la existencia de estos dos modelos diferenciados de regulación, el orden de estudio que aquí se sigue obedece a un criterio cronológico. De tal modo, se procederá, en primer lugar, al análisis del Código penal italiano -promulgado el 19 de octubre de 1930-, se seguirá con el Código penal alemán -en la redacción de su promulgación de 10 de marzo de 1987-, el Código penal francés -cuya entrada en vigor se produjo el 1 de marzo de 1944- y, por último, el Código penal portugués -vigente desde el 1 de octubre de 1995-.

A) Código penal italiano

La regulación de las falsedades documentales en el Código penal italiano se contiene en el Título VII del Libro II, referido a los delitos contra la fe pública, concretamente en su capítulo III, tras las falsedades de moneda y las de sellos, instrumentos o signos de autenticación¹³⁶. La propia rúbrica del Título es una consecuencia pero también una causa que explica por qué la tesis tradicional de la doctrina italiana, salvo algunas excepciones¹³⁷, ha sido considerar que el bien jurídico protegido en este grupo de delitos es la fe pública, en cualquiera de sus acepciones.

El texto punitivo italiano presenta una particularidad, ya mencionada, que aclara la razón por la que la diferencia entre falsedad material e ideológica ha sido de tan profuso estudio en Italia. A diferencia de lo que ha ocurrido en otros países, como el nuestro, el mismo encabezamiento de los artículos dedicados a la falsedad de documentos califica de material o ideológica la conducta falsaria que describe a

¹³⁵MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 88, critica el excesivo número de tipos que ha construido el legislador de 1930 para evitar la falta de incriminación de conductas falsarias que, contrariamente a lo propuesto, ha hecho surgir lagunas de punición.

¹³⁶El Título dedicado a los delitos contra la fe pública se compone en este cuerpo legal de cuatro capítulos, rubricados "*della falsità in monete, in carte di pubblico crédito e in valori di bollo*" el primero, "*della falsità in sigilli o strumenti o segni di autenticazione, certificazione o riconoscimento*" el segundo, "*della falsità in atti*" el tercero, y "*della falsità personale*" el cuarto.

¹³⁷Los autores que no han seguido en este particular a la opinión mayoritaria han tomado como objeto jurídico a proteger en estos delitos opciones que ya se habían apuntado en Alemania. Vid. más detenidamente supra, cap. I, apartado 1.

continuación. De esta manera, en los arts. 476 y siguientes se van desglosando un conjunto de conductas que obedecen al siguiente esquema base: en primer lugar se tratan las falsedades materiales cometidas por funcionarios públicos, les siguen la tipificación de las falsedades ideológicas cometidas por los mismos sujetos, las falsedades materiales e ideológicas comisibles por particulares y la falsedad en documentos privados.

No obstante, el criterio de la modalidad de conducta falsaria y el del sujeto activo no es el único utilizado para la tipificación. También el tipo de documento sobre el que recae la acción se utiliza como criterio modulador de la pena. Con base en este tercer criterio, se tipifican en el Código penal italiano conductas que, además de recaer sobre documentos públicos o privados, se refieren a copias, testimonios del contenido de documentos, certificados o autorizaciones administrativas¹³⁸, que constituyen clases de documentos públicos específicamente designados. Junto a éstos, el art. 491 CP italiano equipara en penalidad a la de los documentos públicos, la falsificación de ciertos documentos privados, como son los testamentos ológrafos, las letras de cambio u otros títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, sin duda por su especial relevancia en el tráfico jurídico. Sin embargo, la remisión que en este precepto se observa a la penalidad prevista en el art. 476 -falsedad material cometida por funcionario público en documentos públicos- y 482 -falsedad material cometida en documentos públicos por particulares- ha provocado la debatida cuestión de si la misma ha de entenderse realizada únicamente a efectos punitivos o si supone también que la falsedad material cometida en estos documentos no debe rodearse de las limitaciones que el art. 485 del CP italiano establece para la falsedad material en documentos privados en general¹³⁹. La mayoría de la doctrina se ha mostrado partidaria de sostener que la remisión es a efectos estrictamente punitivos, lo que supone que también, cuando de estos documentos privados especialmente protegidos se trate, la falsedad habrá de realizarse con la finalidad de obtener para sí o para otro un beneficio o de provocar a otro un daño y no podrá considerarse consumada hasta se haya usado el documento¹⁴⁰. Distinta es la

¹³⁸Sobre la interpretación que a tales conceptos ha dado la doctrina italiana vid. supra cap. I, apartado 3.1.1.

¹³⁹El art. 485 reza “(*Falsità in scrittura privata*).- (1) *Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, forma, in tutto o in parte, una scrittura privata falsa, o altera una scrittura privata vera, è punito, qualora ne faccia uso o lasci che altri ne faccia uso, con la reclusione da sei mesi a tre anni.* (2) *Si considerano alterazioni anche le aggiunte falsamente apposte a una scrittura vera, dopo che questa fu definitivamente formata*”.

¹⁴⁰De esta opinión CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 319; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 326; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 116; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 591. La cuestión de si la equiparación que establece el art. 491 es tan sólo una cualificación del injusto previsto en el art. 485 CP italiano o representa un delito autónomo respecto de este último, se manifiesta con especial importancia para la doctrina italiana a raíz de la modificación del art. 69 CP italiano operada por D.L. de 11 de abril de 1974. En virtud de esta reforma se introduce en el art. 69, pfo. 4º, CP italiano la posibilidad de apreciar concurso de circunstancias agravantes y atenuantes -con potestad del juez para no tener en cuenta las unas o las otras si las considerase irrelevantes-, no sólo aquellas inherentes a la persona del culpable, sino también de aquellas otras “para las que la ley establezca una pena de especie diversa o determine la medida de la pena de forma independiente a la ordinaria -pena- del delito”. La finalidad de evitar que la agravación por falsedad en determinados documentos privados pudiera llegar a compensarse o a hacerse inoperante ante la existencia de circunstancias atenuantes es lo que ha llevado a algunos autores italianos a defender que el del art. 491 es un delito autónomo, y no circunstanciado, respecto del previsto en el art. 485, cfr. MAIOLI, *Il falso in cambiali: reato autonomo o circostanza*

situación en relación con la cláusula de equiparación introducida en el art. 491 bis CP por Ley de 23 de diciembre de 1993 (núm. 547), que parifica la falsedad en documento informático con la de documento cartáceo de la clase que corresponda¹⁴¹.

En lo referente a las conductas falsarias que en concreto prevé el Código penal italiano, el capítulo se inicia con las falsedades materiales cometidas por funcionario público. El art. 476 regula la conducta consistente en la formación de un documento público en todo o en parte falso por el funcionario público o en la alteración de un documento verdadero¹⁴². La del 476 CP italiano es la conducta más gravemente penada dentro de la falsedad documental, puesto que las demás falsedades materiales comisibles por funcionario público, previstas en los arts. 477 y 478, tienen una pena inferior a las aquí previstas por razón del tipo de documentos sobre los que recaen.

Para que al funcionario, sujeto activo, puedan aplicársele las penas previstas en estos preceptos ha de actuar en el ejercicio de sus funciones, según establecen todos los preceptos del Código penal italiano relativos a los funcionarios en la falsedad documental. En caso contrario, es decir, cuando la falsedad la cometen en un ámbito funcional que no es el propio, se les equipara a los particulares, de manera que sólo pueden cometer las falsedades documentales en que a éstos últimos reconoce el Código penal como sujetos activos¹⁴³. No obstante, el Código penal italiano establece que sujetos activos de las conductas establecidas para los funcionarios que actúan en el ejercicio de sus funciones y con las penas previstas para ellos, no sólo pueden serlo ellos, sino también los empleados públicos encargados de un servicio público, por mor de la equiparación prevista en el art. 493 CP italiano¹⁴⁴.

aggravante del falso in scrittura privata?, en *Archivio penale*, 1976, pp. 33 y ss; VASALLI, *Sull'aggravante speciale dei delitti di falsità in scrittura privata*, en *RIDPP*, 1975, pp. 1019 y ss.; PEZZI, *Natura giuridica della fattispecie di cui all'art. 491 c. p.*, en *RIDPP*, 1976, pp. 1093 y ss., aunque admite que, a pesar de ser el art. 491 un delito autónomo, representa una figura intermedia entre la falsedad en documento privado y en documento público. De otra opinión, COGNETTA, *Rilievi sulla natura giuridica dell'art. 491 cod. pen.*, en *RIDPP*, 1981, pp. 399 y ss, quien considera que es más respetuoso con el principio de legalidad entender que el art. 491 contiene un delito cualificado.

¹⁴¹El art. 491 bis CP italiano establece “(*Documenti informatici*)-*Se alcuna delle falsità previste dal presente capo riguarda un documento informatico pubblico o privato, si applicano le disposizioni del capo stesso concernenti rispettivamente gli atti pubblici e le scritture private. A tal fine per documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli*”.

¹⁴²Art. 476 CP italiano “(*Falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici*)-*(1) Il pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle sue funzioni, forma, in tutto o in parte, un atto falso o altera un atto vero, è punito con la reclusione da uno a sei anni. (2) Se la falsità concerne un atto o parte di un atto, che faccia fede fino a querela di falso, la reclusione è da tre a dieci anni*”.

¹⁴³A este respecto, el art 482 CP italiano, establece una remisión a los artículos relativos a la falsedad comisible por funcionario para determinar las conductas falsarias de las que el particular puede ser sujeto activo, que son sólo las materiales -esto es, las previstas en los arts. 476 a 478-, pero no las ideológicas. Junto al particular, el art. 482 se refiere expresamente al “*pubblico ufficiale fuori dell'esercizio delle sue funzioni*” para el que como a áquel establece la pena prevista para el funcionario reducida en un tercio.

¹⁴⁴El art. 493 tiene el siguiente tenor: “(*Falsità commesse da pubblici impiegati incaricati di un servizio pubblico*)- *Le disposizioni degli articoli precedenti sulle falsità commesse da pubblici ufficiali si applicano altresì agli impiegati de lo Stato, o di un altro ente pubblico, incaricati di un pubblico servizio relativamente agli atti che si redigono nell'esercizio delle loro attribuzioni*”. En relación con este precepto, parte de la doctrina

La conducta descrita en el art. 476 CP italiano, cuyos sujetos activos pueden ser tanto el funcionario como los empleados públicos encargados de un servicio público, ha de recaer necesariamente sobre un documento público, pero el segundo párrafo del artículo establece una penalidad agravada cuando la falsedad recaiga sobre un documento que haga fe “salvo querrela de falsedad”. La referencia a este tipo específico de documentos públicos no es privativa de este precepto, la misma locución puede observarse en el pfo. 2º del art. 478, referido a las falsedades materiales en copias de documentos realizadas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Tal diferencia de penalidad entre las falsedades cometidas en documentos públicos que hacen fe salvo prueba en contrario y los que la hacen salvo querrela por falsedad ha conducido a que en Italia se hable de documentos públicos de fe privilegiada o fehacientes, cuando de los segundos se trate, y que parte de la doctrina ha identificado con la definición que de documentos públicos contienen los arts. 2699 y ss. CC italiano¹⁴⁵, a pesar de que la determinación de este tipo de documentos ha sido una de las cuestiones más problemáticas en la conceptualización de la falsedad documental en este país¹⁴⁶.

En relación con las conductas previstas en el art. 476, se prevé la formación total o parcial de un documento falso y la alteración de un documento verdadero. Por formación total de documento falso se ha venido entendiendo lo que tradicionalmente constituye contrafacción¹⁴⁷, esto es, formación total de un documento falso incluyendo la atribución de la declaración a una persona que no la ha formulado, en que el autor aparente no coincide con el real¹⁴⁸. La formación,

italiana ha sostenido que los empleados públicos sólo pueden tener la cualidad de funcionarios públicos en caso de que ejerzan una actividad pública; en este sentido, RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 88-89; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 135-136, para quien se pueden ejercitar funciones públicas sin ser funcionario, lo que supone que el ser funcionario puede ser un atributo que acompañe al empleado público o no, puesto que se refiere al desarrollo de una singular actividad en un determinado momento y por una persona determinada; para CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 219, basta con que el empleado público tenga una relación temporal con la Administración para que pueda aplicársele el art. 493. SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 16-17, sostiene, por su parte, que la cualidad de funcionario la tiene el empleado público sólo en tanto ejercite una actividad de documentación pública, lo que se da sólo en la falsedad ideológica, concluyendo que el art. 493 es una disposición inútil respecto a los arts. 479-489 CP italiano -relativas a la falsedad ideológica cometida por funcionario-, dado que en estos casos el empleado público ya hace las veces de funcionario y podría entenderse incluido en estos preceptos sin la equiparación expresa, de manera que el artículo sólo contribuye a la complitud del sistema en lo concerniente a las normas sobre falsedad material del funcionario público. Sobre si el farmacéutico tiene la consideración de empleado público encargado de un servicio público, vid. MORMANDO, *Brevi note sulla qualifica giuridica del farmacista*, en RIDPP, 1991, fasc. 4, pp. 1355 y ss.

¹⁴⁵En este sentido, CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 159; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., pp. 227 y ss.

¹⁴⁶Sobre las opiniones sostenidas por la doctrina italiana acerca del concepto de documento público vid. supra cap. I, apartados 3.1.1 y 3.1.2.

¹⁴⁷MALINVERNI, *Teoria del falso*, o. u. c., p. 380 afirma “la formación integral de un documento falso, que constituye la primera y fundamental forma de delito, se puede denominar contrafacción”.

¹⁴⁸En este sentido vid., por todos, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 789. No obstante, la conceptualización de lo que deba entenderse por contrafacción, tal como se expuso al tratar de la diferencia entre falsedad material e ideológica en el primer epígrafe de este capítulo, no ha sido pacífica, de manera que hay autores que entienden que la genuinidad del documento toma como referencia todos los elementos identificativos del mismo -el autor, el lugar y la fecha de emisión-, con lo que también constituiría falsedad material por formación total de un documento falso la realización de un documento por el

lógicamente, será total o parcial en función de que afecte al todo o la parte de un determinado soporte documental. A diferencia de ésta, la alteración presupone la existencia de un documento ya creado al que se le hagan modificaciones que pueden consistir en adiciones, supresiones de las mismas o en eliminación de palabras o frases que se sustituyen por otras¹⁴⁹.

Otras modalidades de falsedad material comisibles por funcionario público son las previstas en los arts. 477 y 478 CP italiano. El primero de ellos se refiere a las falsedades cometidas en certificados o autorizaciones administrativas, que son formas especiales de documentos públicos no fehacientes, cuya falsificación tiene una pena atenuada respecto de la de los documentos públicos previstos en el art. 476 CP italiano¹⁵⁰. El segundo, que se inicia con la locución “falsedad material cometida por el funcionario público en copias auténticas de documentos públicos o privados y en testimonios del contenido de documentos”¹⁵¹ ha sido uno de los preceptos que más han dado que hablar a los autores italianos dentro de las falsedades documentales. Esto es así porque una parte mayoritaria de la doctrina considera que la rúbrica del artículo es equivocada, puesto que califica como falsedad material una acción falsaria que es claramente ideológica. Considera un sector mayoritario que la conducta del funcionario competente para emitir copias

mismo autor a quien se atribuye la declaración en el que la fecha o el lugar de emisión no coinciden con los verdaderos, en este sentido vid. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, op. cit., pp. 154 y ss, que diferencia dos tipos de contrafacción, las que él denomina de proveniencia y de fecha. En parecido sentido, NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 69 y ss, para quien la contrafacción admite tres supuestos: la formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo; la formación de un documento con falsa indicación de la fecha o lugar y la formación de un documento que recoja un *atto* inexistente. Vid. con mayor detenimiento infra cap. II, apartado 2.1.2.

¹⁴⁹Vid. más ampliamente sobre esta cuestión, infra cap. II, apartado 2.1.1. Si bien en derecho italiano se plantea la problemática de la diferenciación entre la supresión de palabras o frases de un documento que constituyen alteración y las que pueden subsumirse en la supresión parcial de documentos prevista en el art. 490 CP italiano. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 791, solventa la cuestión diciendo que la alteración es una mutación de la eficacia jurídica del documento en sentido positivo, mientras que las alteraciones en sentido negativo, en tanto suprimen o destruyen una parte del contenido del documento, constituyen el delito previsto en el art. 490. MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 381-382, califica de oscura la tesis de MANZINI y sostiene que la diferencia entre alteración y supresión parcial ha de buscarse en si la acción deja subsistente o no la base sobre la cual se fija el contenido de pensamiento, pues con la destrucción parcial se está haciendo referencia al daño o menoscabo que sufre la parte del soporte material en la que el contenido de pensamiento se incorpora.

¹⁵⁰El art. 477 establece una pena de seis meses a tres años a “*il pubblico ufficiale, che, nell’esercizio delle sue funzioni, contraffà o altera certificati o autorizzazioni amministrative, ovvero, mediante contraffazione o alterazione, fa apparire adempiute le condizioni richieste per la loro validità*”.

¹⁵¹La conducta descrita en el art. 478 consiste en “(1) *Il pubblico ufficiale, che, nell’esercizio delle sue funzioni, supponendo esistente un atto pubblico o privato, ne simula una copia e la rilascia in forma legale, ovvero rilascia una copia di un atto pubblico o privato diversa dall’originale, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. (2) Se la falsità concerne un atto o parte di un atto, che faccia fede fino a querela di falso, la reclusione è da tre a otto anni. (3) Se la falsità è comessa dal pubblico ufficiale in un attestato sul contenuto di atti pubblici o privati la pena è della reclusione da uno a tre anni*”. Debe tenerse en cuenta que este artículo es aplicable a las copias cuando exista un original, pero no deberá acudir a él, sino al art. 476, cuando de copias que sustituyan al original se trate, pues en virtud del art. 492 (*Copie autentiche que tengono luogo degli originali mancanti*) en las expresiones “*atto pubblico*” y “*scritture private*” han de considerarse incluidos los documentos originales y las copias de éstos “quando a norma di lege tengano luogo degli originali mancanti”.

que realiza una copia de un documento inexistente o divergente del original no supone una alteración de la genuinidad del documento, que ha sido redactado por quien aparece como autor aparente del documento, sino de la veracidad¹⁵². No obstante, existen una serie de autores que consideran correcta la rúbrica del precepto y que admiten, por tanto, que nos hallamos ante una falsedad material, bien porque entienden que es un caso de falsedad por formación¹⁵³, bien por considerar que el funcionario ha ido más allá de su poder de documentación¹⁵⁴, o bien en consideración a que la emisión de una copia divergente del original supone siempre dos falsedades, una de las cuales puede ser ideológica, siendo la otra siempre y necesariamente material¹⁵⁵.

Las falsedades ideológicas cometidas por funcionarios se regulan en el Código penal italiano en los arts. 480 y 481. El primero de ellos, que establece la misma pena que la prevista en el art. 476, se refiere a las falsedades ideológicas cometidas en documentos públicos¹⁵⁶, a salvo de las que tienen por objeto certificados o autorizaciones administrativas, contenidas en el segundo de los preceptos citados¹⁵⁷. La doctrina italiana coincide en manifestar que se trata de

¹⁵²De esta opinión CARNELUTTI, *Teoria del falso*, op.cit., p. 146; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 400, quien manifiesta que cuando la redacción de la copia la hace un privado o un funcionario público fuera del ejercicio de sus funciones, en este supuesto no se produce la violación de una obligación específica de verdadera declaración, sino una falsedad material, pues se vulnera la violación de la genérica obligación de no modificar situaciones documentales existentes; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 169; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 98-99, si bien entiende que la falsedad material en la copia no está penada en el Código penal italiano; SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 27 y ss., para quien la falsedad material en copias se criminalizaría en el art. 476 CP italiano; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 615; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 586; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 14; BRICOLA, *Il rapporto di alternatività tra le fattispecie di falso in copie autentiche previste dall'art. 478 c. p.*, en RIDPP, 1960, p. 571, quien menciona la existencia de una tesis intermedia según la cual es falsedad material la copia de original inexistente y falsedad ideológica la hipótesis de redacción de copia diforme del original.

¹⁵³De esta opinión, MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 292; en parecido sentido, CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 258, puesto que para él quien redacta una copia en todo o en parte divergente del original realiza una actividad material que no entra en el esquema de las falsedades ideológicas.

¹⁵⁴Esta es la razón por la cual según RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 148, la falsedad ha de conceptuarse como material, además de evitar con ello que la falsedad material en copias auténticas no estuviera penada en el Código penal italiano en caso de conceptuarse el art. 478 como una falsedad ideológica.

¹⁵⁵Así lo expone NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 74-75, para quien el acto de autenticación de la copia es falsedad ideológica si proviene del funcionario competente y falsedad material si proviene del particular, aunque tal acto falsario viene precedido por la formación de la copia falsa, que es siempre falsedad material.

¹⁵⁶El art. 479 establece "(*Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici*).- *Il pubblico ufficiale, che, ricevendo o formando un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto a la sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, soggiace alle pene stabilite nell'art. 476*".

¹⁵⁷El art. 480 es del siguiente tenor: "(*Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certificati o in autorizzazioni amministrative*).- *Il pubblico ufficiale, che, nell'esercizio delle sue funzioni attesta falsamente, in certificati o autorizzazioni*

delito especial cuyo único sujeto activo puede ser un funcionario¹⁵⁸. Los documentos a los que puede afectar, según se deduce de la redacción del art. 479, son los públicos conceptuados en sentido amplio, esto es, tanto los fehacientes como los no fehacientes¹⁵⁹. A diferencia de la falsedad material, que se admite que puede recaer tanto sobre documentos intencionales como ocasionales, la falsedad ideológica sólo puede cometerse sobre documentos destinados a la prueba desde su formación, o lo que es lo mismo, documentos intencionales¹⁶⁰.

En atención a las falsedades que el particular, el no funcionario o el funcionario que actúa fuera del ejercicio de sus funciones, pueden cometer, el art. 482 establece la reducción en un tercio de las penas previstas para los funcionarios cuando de estos sujetos activos se trate. Sin embargo, la remisión que el precepto efectúa a los artículos reguladores de la falsedad de funcionario no es *in totum*, sino solamente a los que establecen las falsedades materiales comisibles por funcionario¹⁶¹. Es decir, de la regulación del Código penal italiano se deduce que no puede aceptarse la comisibilidad genérica de la falsedad ideológica por particular, lo que parece del todo lógico, pues resulta difícil fundamentar el deber de veracidad o de documentación fiel de personas no investidas de potestad documentadora específica. A pesar de esto, se ha admitido que no siempre debe aplicarse el art. 482 cuando el sujeto activo sea un particular que realiza cualquier tipo de manipulación falsaria en un documento público, sino que puede acudir a la autoría mediata por parte del particular respecto del delito de funcionario cuando aquél lo utiliza como instrumento¹⁶².

El que no se efectúe una remisión genérica en el art. 482 a todas las falsedades realizables por funcionario no supone que el particular no pueda cometer falsedad ideológica en documento público, a la vista de lo postulado por el art. 483¹⁶³. La hipótesis de comisión falsaria ideológica por particular en

amministrative, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni".

¹⁵⁸En este sentido cfr. CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 180. No obstante, se admite que por vía excepcional los particulares puedan cometer falsedades ideológicas, aunque es difícil fundamentar el deber de veracidad cuando de particulares se trate, en este sentido vid. más ampliamente infra referencia al art. 483.

¹⁵⁹RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 90, reconoce esta posibilidad, pero advierte que los empleados públicos encargados de un servicio público sólo pueden cometer falsedad ideológica en documentos públicos no fehacientes.

¹⁶⁰En este sentido, vid. MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 361; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 91, quien habla de documentos preconstituídos con el fin de prueba.

¹⁶¹Esto es, los artículos a que se remite son el 476, el 477 y el 478. El problema consiste en que ya se ha mencionado que gran parte de la doctrina italiana considera que la rúbrica del art. 478 está equivocada, puesto que prevé una falsedad ideológica, lo que ha llevado a algunos autores, como CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 176, a considerar que de la remisión efectuada por el art. 482 ha de entenderse excluida la referencia al art. 478 CP italiano.

¹⁶²De esta opinión, CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 288, donde defiende que si el particular usa al funcionario como medio, engañándolo, responde del delito de funcionario y no por el art. 482, que para él es un delito autónomo y no privilegiado en relación con las falsedades materiales de funcionario.

¹⁶³Según este precepto, "*Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico*).- (1) *Chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatto dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni.* (2) *Se si tratta di false attestazioni in atti dello stato civile, la reclusione non può essere inferiore a tre mesi*".

documento público se ha considerado tradicionalmente como falso testimonio extrajudicial, lo que no ha impedido la aparición una nueva concepción del delito, auspiciada por MALINVERNI. Este autor, que prescinde de la fundamentación del ilícito en un supuesto deber de veracidad del particular, se basa en la función probatoria del documento y advierte que sólo en los casos en que se reconozca a las declaraciones de particular ante funcionario eficacia probatoria cabe aplicar el art. 483 CP italiano¹⁶⁴.

La inflexión en la orientación de este ilícito que la tesis de MALINVERNI supone -acercándolo a la concepción que del § 271 StGB se mantiene por la doctrina alemana- no ha evitado que en Italia, a diferencia de Alemania, se haya admitido la posibilidad de que el particular sea autor mediato del ilícito previsto en el art. 479 CP italiano, por el juego de este ilícito con lo establecido en el art. 48 CP italiano. Aunque no en todos los casos en que el particular que declara algo falso ante un funcionario, sino sólo en aquellos en que el funcionario utilice las declaraciones del particular como presupuesto para emitir propias declaraciones, sin limitarse a exponer una argumentación errada, puede hablarse de falsedad ideológica del art. 479 CP italiano en autoría mediata¹⁶⁵.

El art. 483 viene a disciplinar los supuestos en los que las falsas declaraciones hechas por un particular ante un funcionario constituyen falsedad documental. Sin embargo, existen otros artículos en el Código penal italiano donde se contemplan más específicamente casos de falsas declaraciones ante un funcionario. Así ocurre con el art. 495, que incluye dentro de las falsedades personales las falsas declaraciones realizadas a un funcionario público sobre la identidad o sobre cualidades personales propias o de otros¹⁶⁶. La posible doble tipificación de un mismo hecho, cuando de los datos a los que se refiere el art. 495 se trate, en dos artículos distintos del Código penal italiano ha sido solventada defendiéndose mayoritariamente la aplicación del art. 495¹⁶⁷. De ahí que en el 2º pfo. del art. 483 CP italiano -subtipo agravado en el que se prevé la falsa declaración en documentos sobre el estado civil- han de entenderse excluidos los falsos testimonios sobre datos a los que se refiere el art. 495 del mismo cuerpo legal. No obstante, la resolución de la cuestión concursal no es tan clara, puesto

¹⁶⁴MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 134 y ss.

¹⁶⁵Tal limitación de la autoría mediata en la falsedad ideológica la establece NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 94 y ss. Adopta su posición, GUERRINI, *Aspetti problematici della falsità ideologica descritta all'art. 483 C.P.*, op. cit., pp. 698-699.

¹⁶⁶En virtud del art. 495 "(*Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri*).-(1) *Chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, l'identità o lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona è punito con la reclusione fino a tre anni.* (2) *Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto in una dichiarazione destinata a essere riprodotta in un atto pubblico.* (3) *La reclusione non è inferiore ad un anno: 1) se si tratta di dichiarazioni in atto dello stato civile, 2) se la falsa dichiarazione sulla propria identità, sul proprio stato o sulle proprie qualità personali è resa da un imputato all'autorità giudiziaria, ovvero se per effetto della falsa dichiarazione, nel casellario giudiziale una decisione penale viene iscritta sotto falso nome.* (4) *La pena è diminuita se chi ha dichiarato il falso intendeva ottenere, per sé o per altri, il rilascio di certificati o di autorizzazione amministrative sotto falso nome, o con altre indicazione mendaci.*"

¹⁶⁷De esta opinión, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, op. cit., p. 846; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 590; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 237. Sobre la cualificación que deba darse a un supuesto en que se hace inducir a error al funcionario documentador de un contrato de compraventa sobre la identidad de uno de los otorgantes, vid. VINCIGUERRA, *Mendaci attestazioni del privato al notaio in atto di compravendita immobiliare. Art. 483 c.p.?*, en RIDPP, 1965, pp. 445 y ss., que considera que se produce un concurso de normas entre los arts. 483 y 495 a solventar en favor del último en virtud de la mayor penalidad en él prevista.

que existen declaraciones de hechos que implican necesariamente declaraciones sobre cualidades personales y viceversa, esto es, declaraciones sobre cualidades personales que necesariamente implican la declaración sobre hechos¹⁶⁸.

Cuestión distinta a la planteada por el art. 483 CP italiano es la admisibilidad en este cuerpo legal de la falsedad ideológica cometida en documento privado. El art. 485, regulador de la falsedad genérica en documento privado, menciona tan sólo supuestos de actos falsarios materiales; pues incrimina únicamente la formación de un documento privado falso y la alteración de uno verdadero¹⁶⁹. La relevancia penal de la falsedad ideológica en documento privado es un tema no pacífico en la doctrina italiana. Si bien un sector mayoritario opina que no existe deber jurídico de decir la verdad por parte del particular y que, en consecuencia, la falsedad ideológica en documento privado podría constituir a lo sumo un delito de estafa¹⁷⁰, hay quien entiende que cabe plantearse la posible inclusión de falsedades ideológicas dentro del art. 485 en determinados casos¹⁷¹.

Independientemente de la admisión de la incriminación de la falsedad ideológica en documento privado por el art. 485, que, por otra parte, es más que dudosa a la vista del propio tenor del artículo, lo cierto es que el Código penal italiano prevé dos supuestos más de falsedad ideológica en documento privado. El primero de ellos se encuentra positivizado en el art. 481, en relación con certificados emitidos por personas que ejercen un servicio de necesidad pública¹⁷². A pesar de que para algunos autores éste se había considerado un subtipo híbrido entre la falsedad en documentos públicos y privados, calificándose como falsedad en documentos “parapúblicos” o “cuasi públicos”¹⁷³, la doctrina mayoritaria sostiene que se trata de documentos privados que gozan de una especial credibilidad en razón del sujeto de que proceden. El art. 481 supone así una excepción al principio general de no incriminabilidad de la falsedad ideológica en documentos privados, debiendo acudir al art. 485 cuando nos hallemos ante

¹⁶⁸En tales supuestos, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 846, defiende siempre la aplicación del art. 483, puesto que en estos casos la declaración de la cualidad personal no implica algo separable de la declaración del mismo hecho.

¹⁶⁹Vid. supra nota 139, que contiene el texto del art. 485 CP italiano.

¹⁷⁰Vid., por todos, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 620.

¹⁷¹En este sentido BRICOLA, *Il problema del falso consentito*, op. cit., p. 275; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 301, admite la posibilidad de penar la falsedad ideológica en documento privado en los casos de redacción o compilación falsa sólo en el contenido siempre que la ley imponga una razón jurídica para la necesidad de afirmación o declaración de verdad en un determinado documento.

¹⁷²Art. 481 CP italiano: “(Falsità ideologica in certificati comessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità).- (1) Chiunque, nell’esercizio di una professione sanitaria o forense, o di un altro servizio di pubblica necessità, attesta falsamente, in un certificato, fatti dei quali l’atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da lire centomila a un milione. (2) Tali pene si applicano congiuntamente se il fatto è comesso a scopo di lucro”.

¹⁷³En este sentido CARNELUTTI, *Teoria del falso*, op. cit., pp. 145 y 158, quien, sin embargo, admite que la falsedad que él llamaba “externa” -y que conceptualmente coincide con la que el resto de los autores denominan falsedad material- entraba dentro de la masa de los documentos privados. De parecida opinión, DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 588, para quien sólo se aplica el art. 481 cuando el documento no sea destinado a probar la verdad, porque cuando así sea se ha de considerar documento público; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 105-107, quien manifiesta sus dudas de que un documento privado pueda estar destinado probar la verdad de un hecho, puesto que esa es característica privativa de los documentos públicos.

supuestos constitutivos de falsedades materiales¹⁷⁴, a pesar de que no resulta del todo claro quiénes deban considerarse personas que ejercen servicios de necesidad pública¹⁷⁵. El segundo caso en que dentro de la falsedad documental se prevé la falsedad ideológica cometida por particular en un documento privado es en el contemplado en el art. 484 CP italiano, que regula las falsedades que los industriales, comerciantes u otros profesionales cometan en los registros sujetos a la autoridad de seguridad pública o en las notificaciones que haya de realizar a tal autoridad¹⁷⁶.

La falsedad en documento privado genérica -la prevista en el art. 485- tiene como característica fundamental, con las salvedades apuntadas, admitir solamente las formas falsarias materiales. Constituyen este tipo de falsedad la contrafacción -la formación de un documento falso *ex novo*- y la alteración, que por disposición expresa del pfo. 2º del art. 485 lo es también cuando se produzcan adiciones a un documento verdadero después de que éste estuviera definitivamente formado, lo que ha de entenderse aplicable a todos los demás supuestos de alteración de documentos previstos en este capítulo aunque no lo digan expresamente los tipos. Un segundo elemento definidor de este delito lo constituye la exigencia típica de que se obre con la finalidad de “procurarse a sí o a otro una ventaja o de producir a otro un daño”. Pero no sólo eso basta para que la falsedad en documento privado tenga relevancia penal. Es además necesario que se dé el uso del documento falso, esto es, la consumación del delito no se produce hasta el momento en que se usa el documento falso o el autor de la falsedad permite que otra persona distinta de él lo use. No se concibe el uso como circunstancia objetiva de punibilidad, sino como elemento integrante del delito, lo que supone que habrá de ser abarcado por el dolo del agente¹⁷⁷. Por tal razón, en los supuestos en que el documento falsificado lo use otra persona sin conocimiento o contra la voluntad del propio falsificador, éste no responde por el delito previsto en el art. 485¹⁷⁸.

Junto a las acciones falsarias hasta ahora referidas, el Código penal italiano tipifica también expresamente el abuso de firma en blanco. Las conductas reguladas se refieren tanto a supuestos en que quien rellena el documento tiene el

¹⁷⁴Participan de la opinión dominante, entre otros, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 868; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 624; SANTANIELLO, *Manuale di Diritto penale*, op. cit., p. 454; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 444; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 106-107.

¹⁷⁵Respecto de si el agente de una sociedad de seguros es persona que ejerce un servicio de necesidad pública vid. AURIEMMA, *Il falso ideologico nei certificati di assicurazione*, en *La Giustizia penale*, parte seconda, 1977, pp. 186 y ss. En relación con la calificación de los aparejadores como sujetos activos del delito previsto en el art. 481 CP italiano, vid. RIANUDO, *Planimetrie allegate alla richiesta di licenza edilizia e falsità ideologica in certificati commessa dal libero professionista che redige il progetto*, en RIDPP, 1978, pp. 456 y ss.

¹⁷⁶El art. 484 establece “(Falsità in registri e in notificazioni).- Chiunque, essendo per legge obbligato a fare registrazioni soggette all’ispezione dell’Autorità di pubblica sicurezza, o a fare notificazioni all’Autorità stessa circa le proprie operazioni industriali, commerciali o professionali, scrive o lascia scrivere false indicazioni è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a lire seicentomila”.

¹⁷⁷La doctrina mayoritaria está de acuerdo en considerar que el uso es elemento integrante del tipo previsto en el art. 485 CP. Cfr., por todos, CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 290; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 304; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 175; SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 76-77.

¹⁷⁸MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 859, en tal caso quien usa respondería de uso de documento privado falso del art. 489, contrariamente, si quien usa el documento está de acuerdo con el falsificador, ambos responden por el art. 485.

poder o la obligación de rellenarlo, en artículos separados según se trate de documentos privados¹⁷⁹ o públicos¹⁸⁰, como en aquellos casos en los que falta la potestad para completar el documento¹⁸¹. A pesar de su ubicación en el Código, la naturaleza falsaria de las acciones consistentes en el abuso de firma en blanco no ha sido pacífica. Se ha llegado a admitir por un sector doctrinal que deberían encontrarse fuera del capítulo dedicado a la falsedad documental, ya sea por entender que se trata de conductas más defraudatorias que falsarias¹⁸², ya sea por faltar en estos supuestos la esencia de la falsedad, es decir “el contraste entre el documento y la verdad”, cuando lo que se produce es “el contraste entre el documento y la voluntad del suscriptor o, lo que es lo mismo, entre el documento y la obligación de quien ha de completarlo”¹⁸³. A estas afirmaciones se ha respondido que tal concepción supone la contraposición de falsedad con verdad, lo que no es siempre así, como muestra la misma criminalización específica del abuso de firma en blanco¹⁸⁴.

En relación con qué tipo de falsedades sean las de papel *-foglio-* firmado en blanco, la doctrina mayoritaria sostiene que cuando de un sujeto con poder u obligación de rellenar el documento se trate, esto es, en los supuestos contemplados en el los arts. 486 y 487, nos hallamos ante falsedades ideológicas. Por contra, en los casos en que no exista dicha facultad, lo que se prevé en el art. 488, la falsedad es material¹⁸⁵, bien porque posea el papel ilegítimamente, lo

¹⁷⁹El art. 486 establece: “(*Falsità in foglio firmato in bianco. Atto privato*).- (1) *Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recadere ad altri un danno, abusando di un foglio firmato in bianco, del quale abbia il possesso per un titolo che importi l'obbligo o la facoltà di riempirlo, vi scrive o fa scrivere un atto privato produttivo di effetti giuridici, diverso da quello a cui era obbligato o autorizzato, è punito, se del foglio faccia uso o lasci che altri ne faccia uso, con la reclusioni da sei mesi a tre anni.* (2) *Si considera firmato in bianco il foglio in cui il sottoscrittore abbia lasciato bianco un qualsiasi spazio destinato a essere riempito*”.

¹⁸⁰Según el art. 487 “(*Falsità in foglio firmato in bianco. Atto pubblico*).- *Il pubblico ufficiale, che, usando di un foglio firmato in bianco, del quale abbia il possesso per ragione del suo ufficio e per un titolo che importa l'obbligo o la facoltà di riempirlo, vi scrive o vi fa scrivere un atto pubblico diverso da quello a cui era obbligato o autorizzato, soggiace alle pene rispettivamente stabilite negli articoli 479 e 480*”.

¹⁸¹Por mor del art. 488 “(*Altre falsità in foglio firmato in bianco. Applicabilità delle disposizioni sulle falsità materiali*).- *Ai casi di falsità su un foglio firmato in bianco diversi da quelli preveduti dai due articoli precedenti, si applicano le disposizioni sulle falsità materiali in atti pubblici o in scritture private*”.

¹⁸²ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 631-632, quien entiende que en el verdadero supuesto de abuso de firma en blanco -cuando el sujeto tiene el poder de rellenar el documento-, no se da ni falsedad material, porque tiene un mandato *ad scribendum*, ni falsedad ideológica, porque puede escribir una cosa verdadera, penándose en realidad por cometer un fraude.

¹⁸³CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., p. 164.

¹⁸⁴En este sentido RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 159, mientras él considera, pp. 210-211, que consiste en un mal uso de los poderes documentales de los cuales el sujeto esté legitimado para servirse, a través de lo que resulta la desviación del documento de los fines a los que legítimamente debía estar dirigido.

¹⁸⁵Vid., por todos, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 885 y 891; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 593; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 100-103, aunque con alguna salvedad, como la consideración de falsedad material y no ideológica, es decir, la aplicación del art. 488, cuando a pesar de tener potestad de llenar el documento, quien lo hace pone una fecha o un lugar de emisión falso, siendo con esto coherente con su admisión de la teoría de CARNELUTTI sobre la contrafacción de fecha;

tenga por causa legítima pero faltándole la facultad de rellenarlo, o ésta se ha extinguido, o en el caso de un particular que escribe un documento público en papel firmado por un funcionario¹⁸⁶, entre otros supuestos. Tal posición es del todo lógica, atendiendo a la regulación del Código penal italiano, que, sin hablar expresamente de falsedad material o ideológica en todos los casos, sí deja entrever implícitamente que tal es la *voluntas legis*, pues en el art. 488 se establece la aplicación de las disposiciones sobre la “falsedad material en documentos públicos o privados”, lo que, a contrario, supone que los dos artículos precedentes tipifican falsedades ideológicas. Esta hipótesis viene a reforzarse con la remisión que el art. 487 hace a las penas previstas en los artículos 479 y 480, que no son otras que las que disciplinan la falsedad ideológica cometida por funcionario. De aceptarse el carácter ideológico de la falsedad prevista en el art. 486 CP italiano, se estará positivizando con él otra excepción al principio general de no criminalización de las falsedades de este tipo en documentos privados.

No obstante, hay opiniones en la doctrina que divergen de la mayoritaria, en el sentido de considerar que todos los casos que el Código califica como de abuso de papel firmado en blanco constituyen falsedades ideológicas, sea en los supuestos en que quien rellena el papel lo haga con potestad u obligación para efectuarlo, sea sin que exista tal poder¹⁸⁷. La posición completamente contrapuesta a la que se acaba de referir es la que defiende que en todos los casos de abuso de firma en blanco nos encontramos ante falsedades materiales. Se consideran supuestos de formación parcial de documento falso, puesto que en ambos, esto es, con o sin facultad de completar el documento, la declaración que finalmente contiene el mismo no proviene del autor aparente, con lo que se viola la obligación de dejar inalterada la situación probatoria documental existente¹⁸⁸.

Sea cual fuere la naturaleza que se le otorgue a esta forma específica de falsedad, en lo que todos coinciden, porque así lo establece el art. 486, 2º pfo, es en que estos tipos deben aplicarse siempre que se entregue por parte del suscriptor un papel con algún apartado en blanco destinado a ser completado. Basta con la existencia de una mera firma en una hoja en blanco, pero se admite también la subsunción en estos tipos de supuestos en los que el documento esté parcialmente confeccionado, faltando algún espacio que deba ser completado.

vid. también en esta obra pp. 102-103 sobre la relevancia para la calificación de la ilicitud del mandato; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 124.

¹⁸⁶El relleno por particular de un documento público firmado por funcionario ha de considerarse siempre falsedad material y criminalizarse por el art. 488 según MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, op. cit., p. 890, o CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 315.

¹⁸⁷De esta opinión, MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 298-299, que considera que en los casos donde no existe título que habilite a completar el documento, no estamos ante un abuso de folio firmado en blanco, sino que cambia la naturaleza del delito, que en este caso es de falsedad, aunque el modo de comisión de la falsedad es idéntico en ambos casos, puesto que objetivamente la razón de la incriminación es la no veracidad, de lo que deduce que el legislador califica de falsedades materiales supuestos de mera falsedad ideológica. En parecido sentido, CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, *Digesto delle Discipline Penalistische*, op. cit., p. 189.

¹⁸⁸MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 330, quien, con clara influencia de la doctrina alemana también en esta cuestión, disiente de la opinión mayoritaria con un razonamiento impecable, según el cual la falta de correspondencia entre autor aparente y declaración, o lo que es lo mismo, la diferencia entre autor real y aparente del documento, suponen siempre la existencia de una falsedad material, puesto que en todos los casos el suscriptor -autor aparente- había cedido su firma para que a la misma se adjuntara una declaración distinta a la que finalmente la acompaña.

Resta por referir una conducta falsaria que el Código penal italiano regula en el art. 490, tras el uso de documento falso¹⁸⁹, constituida por la supresión, destrucción u ocultación de documentos verdaderos¹⁹⁰. También respecto de ella se han manifestado dudas acerca del acierto de incluirla entre las falsedades documentales, con base en la consideración de que no atenta contra la genuidad o veracidad del documento como ocurre con las demás modalidades falsarias¹⁹¹. Por contra, un sector doctrinal justifica expresamente su pertenencia a la falsedad documental rebatiendo esta opinión¹⁹².

En cuanto a las diferentes conductas previstas en el art. 490, la destrucción, que puede ser total o parcial, supone la material eliminación del documento, se produzca con el medio que sea, como por ejemplo mediante laceración o combustión. La supresión, por su parte, significa eliminar el documento con medios diversos de su material destrucción. Frente a ella, la ocultación se produce cuando, a falta de destrucción o supresión, el documento se esconde temporalmente o se impide su lectura mediante superposición¹⁹³. El documento sobre el que se

¹⁸⁹El uso se tipifica en los siguientes términos: art. 489 “(Uso di atto falso).- (1) *Chiunque, senza essere concorso nella falsità, fa uso di un atto falso soggiace alle pene stabilite negli articoli precedenti, ridotte in un terzo.* (2) *Qualora si tratti di scritture private, chi commette il fatto è punibile soltanto se ha agito al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recadere ad altri un danno*”.

¹⁹⁰Por mor del art. 490 “(Soppressione, distruzione e occultamento di atti veri).- (1) *Chiunque, in tutto o in parte, distrugge, sopprime od occulta un atto pubblico o una scrittura privata veri soggiace rispettivamente alle pene stabilite negli articoli 476, 477, 482 e 485, secondo le distinzioni in essi contenute.* (2) *Si applica la disposizione del capoverso dell'articolo precedente*”.

¹⁹¹En este sentido, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penal. Parte speciale*, op. cit., p. 490, para quien con estas conductas se afecta a la integridad y a la posibilidad de utilizar los medios probatorios; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 910, a pesar de entender justificada la inclusión de estos delitos entre las falsedades documentales, las califica como falsedades impropias, porque según él el culpable nada falsifica, ni material ni ideológicamente.

¹⁹²MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 332, para quien la supresión ocultación o destrucción constituye falsedad material, sosteniendo que si se abandona la distinción entre genuidad y veracidad cae la única razón que aún puede inducir a tener separada la supresión de la formación o alteración de documentos; para DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 595, es innegable que con estas conductas se altera una situación documental existente; según CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 18, el resultado de este delito es el mismo que el de una falsedad material, cual es la modificación de la realidad probatoria en sentido negativo, conceptuándola como una conducta que es expresión negativa de la falsedad material.

¹⁹³Sobre la definición de estas acciones, vid., por todos, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 452. No obstante, no para todos los autores la supresión es una forma particular de conducta, sino que algunos la conciben como un género cuyas especies son la destrucción y la ocultación, en este sentido, CARNELUTTI, *Teoria del falso*, op. cit., p. 43, MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 384; de opinión contraria, MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 322. Para MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 916 y 917, la ocultación equivale a la supresión, que él concibe también como la puesta fuera de la disponibilidad de quien tiene derecho de manera permanente, constituyendo la única disparidad entre ambos el carácter no necesariamente permanente del efecto en la ocultación. Tampoco esta última modalidad es concebida por todos con la misma amplitud: para NEPPI, *Falso per occultamento e reato impossibile*, en RIDPP, 1967, p. 1307, la formulación técnica de la misma es imperfecta, puesto que deja abierta la posibilidad de la verificación de situaciones en las que, cumpliéndose el tipo, no se produce la lesión del interés tutelado, supuestos estos que han de considerarse delito imposible; para MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 917, y CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 323, se comete ocultación cuando se incumple el deber jurídico de exhibir

realizan tales actividades ha de ser verdadero, pues así lo exige el art. 490 CP italiano, aunque la interpretación de qué deba entenderse por verdadero no es unánime. Hay quien sostiene que lo es aquél que no es falso ni material ni ideológicamente¹⁹⁴. Otro parecer diferencia en función de que se trate de documentos públicos o privados, concibiendo como documento verdadero todo aquel que no ha sido objeto de una acción falsaria típica; de ello resulta que documento privado verdadero lo será el que no sea materialmente falso, mientras que en el documento público la ausencia de falsedad puede ser tanto ideológica como material¹⁹⁵.

Sujeto activo del delito ha de serlo una persona que no tenga la absoluta disponibilidad del documento, lo que resulta comprensible, atendiendo a que el injusto del delito se fundamenta en la exclusión de una prueba del tráfico jurídico; en la imposibilidad de utilizarla del que tiene a ello derecho. Si la única persona que puede servirse de ella decide no hacerlo, no estamos ante una conducta penalmente relevante, del mismo modo que tampoco se produce el delito cuando se haya extinguido la función probatoria del documento¹⁹⁶; cuestión ésta que está íntimamente relacionada con el dolo que este tipo requiere, y que no es otro que el específico de querer suprimir la función probatoria del documento eliminado.

El dolo necesario para que este delito nazca, se encuentra, a su vez, en conexión directa con la cuestión de la solución que ha de darse a los supuestos en que se sustrae un documento de su legítimo poseedor para retirarlo del tráfico jurídico, es decir, si cabe que se dé un concurso de delitos entre hurto y supresión. A este respecto, se ha sostenido que la diferencia entre ambos ilícitos viene determinada por el contenido del dolo, en función de que la sustracción del documento venga producida con la finalidad de suprimir un medio de prueba -en cuyo caso se aplicará el art. 490-, o bien con la finalidad de obtener un provecho patrimonial -lo que conducirá a la aplicación del hurto-¹⁹⁷; del mismo modo, el dolo específico del delito previsto en el art. 490 absorbería al delito de daños cuando de destrucción de documento se tratase. No obstante, ha habido también quien en la doctrina sostiene que cabe apreciar concurso real entre hurto y falsedad sobre la base de que la supresión no necesariamente ha de incluir la sustracción del documento¹⁹⁸.

Por otra parte, es cuestión pacífica en la doctrina italiana que la supresión, destrucción u ocultación de copias auténticas o de los testimonios de documentos

el documento; en distinto sentido, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 452, mantienen que la mera negación de exhibir el documento no integra esta modalidad.

¹⁹⁴De esta opinión, DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 128, de lo que se sigue que no son típicas las destrucciones, supresiones u ocultaciones de documentos no genuinos y no verídicos.

¹⁹⁵Cfr. NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 82-83.

¹⁹⁶Vid. en este sentido, entre otros, CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 354. Si bien FRACCHI, *Profili dell'oggetto materiale del falso per soppressione*, op. cit., pp. 977 y ss., admite que esta afirmación es discutible, pues los documentos pueden tener un valor probatorio diferente del que sus poseedores le hubieran dado, pueden, por tanto, probar cosas distintas.

¹⁹⁷Vid. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, op. cit., p. 921; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 628; RUSO PARRINO, *Un rilievo sulla oggettività giuridica del delitto di falso per soppressione*, en *La Giustizia penale*, parte seconda, 1953, pp. 833 y ss.

¹⁹⁸En este sentido, PETRONE, *Dolo di proffito e falso per soppressione*, en RIDPP, 1962, pp. 512 y ss.

no son típicas, con base en la ausencia de remisión del art. 490 al art. 478 CP italiano¹⁹⁹.

Para terminar con el sucinto análisis de las tipicidades falsarias documentales en este texto jurídico-penal, tan sólo mencionar la condición de perseguibilidad prevista en el art. 493 bis²⁰⁰, referida a la falsedad en documento privado y al abuso de firma en blanco o uso de documento falso cuando tengan por objeto un documento privado. Estas acciones falsarias sólo pueden perseguirse mediando querrela del ofendido, salvo que se trate de testamento ológrafo, en que cabe proceder de oficio. A *sensu contrario*, en los casos en que nos encontremos ante otros documentos privados equiparados a los públicos en el art. 491 distintos de este tipo de testamento se hace necesaria la querrela para proceder.

B) Código penal alemán

La estructura de los delitos falsarios establecida por el Código penal alemán se caracteriza fundamentalmente por establecer una clara separación entre lo que constituyen falsedades documentales, reguladas en el Capítulo vigésimotercero, con la rúbrica "*Urkundenfälschung*" -en las que se contemplan acciones falsarias que afectan a la autenticidad del documento-²⁰¹, y las acciones que constituyen ataques contra la veracidad de los documentos. Éstas últimas configuran, salvo excepciones²⁰², delitos especiales propios de funcionarios que, como tales, no se encuentran tipificadas dentro del capítulo dedicado a las falsedades documentales, sino en el capítulo vigésimonoveno, rubricado "*Straftaten im Amt*" -regulador de los ilícitos propios de funcionarios-, concretamente en el § 348 StGB. De ello se deduce que el Código penal alemán protege siempre la autenticidad del documento, pero de manera sólo fragmentaria la veracidad de determinados tipos de los mismos.

Como segunda característica de este cuerpo legal puede enunciarse que los objetos protegidos en el capítulo dedicado a las falsedades documentales no lo son sólo los documentos, entendidos en sentido estricto²⁰³. Los avances técnicos han hecho surgir la necesidad de protección de otros medios de prueba, que, sin ser documentos, bien por no tener la característica de visibilidad -como ocurre con los datos contenidos en soportes informáticos-, bien por no incluir declaraciones humanas, sino plasmaciones de procesos maquinales -como en el caso de los registros técnicos-, sí han de tener algún tipo de protección penal frente a las

¹⁹⁹Vid., por todos, GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, op. cit., p. 303, que para él constituye una laguna de punición, que no se da en las copias que sustituyen a los originales equiparadas a los documentos públicos y privados en el art. 492 CP italiano.

²⁰⁰El precepto dispone "*(Casi di perseguibilità a querela)*.- (1) *I delitti previsti dagli articoli 485, 486 e quelli previsti dagli articoli 488, 489 e 490, quando concernono una scrittura privata, sono punibili a querela della persona offesa.* (2) *Si procede d'ufficio, se i fatti previsti dagli articoli di cui al precedente comma riguardano un testamento olografo*".

²⁰¹Tal afirmación ha de considerarse referida a la falsedad documental genérica, regulada en el § 267 StGB, puesto que en el mismo capítulo se prevén conductas que atentan contra la veracidad del documento. Así, por ejemplo, en los §§ 271, 272 y 278 StGB, en que a los documentos respecta, sin tener en cuenta las conductas relacionadas con determinados objetos perceptibles por los sentidos, como son los registros técnicos, cuya protección penal se articula por medio del § 268, y respecto de los que resulta más complejo afirmar que se protege su autenticidad. Vid. infra comentarios a estos preceptos.

²⁰²Las previstas en los §§ 271, 272 y 278 StGB.

²⁰³Al referirnos al concepto de documento en sentido estricto debe entenderse comprendido el escrito, con exclusión de todos aquellos soportes que, incorporen o no una declaración humana, no utilicen la escritura como medio de transmisión del pensamiento. Vid., más ampliamente sobre esta cuestión supra cap. I, apartado 2.1.

manipulaciones falsarias que sobre los mismos pudieran recaer. La existencia, en palabras de KIENAPFEL²⁰⁴, de “portadores de garantía diferenciados”, no incluíbles dentro del concepto de documento y, por tanto, no protegibles por el § 267 StGB, obliga a la creación de tipos específicos que los tutelen. Por tal razón, se introduce en el Código penal alemán -en el § 268 StGB- la falsificación de registros técnicos -*technische Aufzeichnungen*-, por medio de la primera Ley de Reforma del Derecho penal -1. StrRG-, en un precepto que desde la *Strafrechtsangleichungsverordnung* de 29 de mayo de 1943 había permanecido vacío de contenido, tomándose como modelo el § 306 del Proyecto de 1962.

Más modernamente, la generalización del uso de soportes electromagnéticos y la falta de previsión de normas que protegieran las manipulaciones que sobre ellos podían efectuarse hicieron surgir la necesidad de creación de un nuevo tipo, el previsto en el § 269 StGB, relativo a la falsedad de datos relevantes para la prueba -*beweiserheblicher Daten*-, mediante la Segunda Ley para la Represión de la Criminalidad Económica -2. WiKG-. Dicha Ley introdujo además modificaciones en los §§ 348, 272, 273 y 274 StGB que adecuaron el texto de los mismos a la nueva tipificación, incluyendo en ellos la protección de datos relevantes para la prueba. La finalidad de tal modificación, como se ha apuntado, era llenar las lagunas de punición que podían producirse en las manipulaciones de datos registrados en soportes electromagnéticos que, como SIEBER²⁰⁵ puso de manifiesto, no siempre eran protegibles mediante los tipos contenidos en el capítulo dedicado a la falsedad documental antes de la mencionada reforma.

Por lo que atiene a las concretas acciones falsarias que el StGB recoge en su articulado, el § 267, con el que se inicia el capítulo, regula las falsedades genéricas en documentos. Ello no significa que no haya otros preceptos en este capítulo que se refieran más específicamente a determinados tipos de documentos, como ocurre, por ejemplo, con los §§ 277, 278 y 279 StGB, en los que se prevén acciones que atentan tanto a la autenticidad cuanto a la veracidad de certificados de salud, o en los §§ 275, 276 y 276a StGB, en los que los objetos de protección son los documentos de identidad, los permisos de residencia y los documentos relativos a los automóviles, si bien, a diferencia de los anteriores, no incluyen falsificaciones propiamente dichas, sino actos preparatorios de la falsedad o el proporcionar documentos falsos de los mencionados.

Contrariamente a lo que ocurre en los códigos de tradición latina, no se diferencia en el Código penal alemán, por lo que a acciones contrarias a la autenticidad del documento se refiere, entre funcionarios y particulares, de manera que el § 267 StGB resulta aplicable a ambos grupos de sujetos²⁰⁶. No distingue en

²⁰⁴KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., pp. 389 y ss., acuña el principio de los portadores de garantía diferenciados o “*differenzierte Gewährschaftsträgerprinzip*”, como base sobre la que criticar la amplitud que la jurisprudencia alemana ha otorgado al concepto de documento, reconociendo con ello la existencia de otros medios probatorios, que no han de confundirse con el documento, pero sin que ello signifique que hayan de verse huérfanos de protección penal.

²⁰⁵SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., pp. 358-359, quien ya en la primera edición de su obra había propuesto la creación de un tipo específico, en cuya redacción se basó el legislador para crear el nuevo § 269, del siguiente tenor “(Manipulación en ficheros registrados electrónicamente). (1) Quien, para engañar en el tráfico jurídico, modifique sin autorización datos o existencias de datos -*Datenbestände*- que han sido registrados más allá de la duración de un proceso individual y que están determinados a la prueba de hechos relevantes jurídicamente, o los use será penado con pena de prisión de hasta 5 años o con multa. (2) La tentativa es punible. (3) Es de aplicación el párrafo 3º del § 267”.

²⁰⁶No obstante, esto no ha sido siempre así, pues antes de la Ley de 2 de marzo de 1974, el § 348 StGB incluía dos párrafos. El primero de ellos tipificaba, como en la redacción actual, la falsa documentación realizada por funcionario público. Frente a él, el

la penalidad entre unos y otros sujetos activos y cualquiera que sea el tipo de documento sobre el que la acción recaiga, esto es, sin diferenciar entre documentos públicos o privados.

Tres son las modalidades de acción falsaria previstas en este tipo. De un lado la falsedad *-Fälschung-* o producción de un documento inauténtico y la falsificación *-Verfälschung-* y, de otro, el uso del documento falso *-Gebrauchmachen-*²⁰⁷. Cualquiera de las tres formas de comisión basta para que el delito se consuma; la penalidad prevista es la misma tanto para quien produce un documento falso, para quien falsifica uno auténtico o para quien, sin haber tomado parte en estas conductas, tan sólo lo utiliza. Nos encontramos pues ante un tipo mixto alternativo²⁰⁸, una vez que la *Strafrechtsangleichungsverordnung* de 23 de mayo de 1943 acabase con la estructura de delito en dos actos que antes tenía el ilícito previsto en el § 267 StGB, en virtud de la cual no sólo era necesario que el sujeto activo confeccionara un documento inauténtico o alterara otro auténtico, sino que además había de usarse tal documento para que el delito se consumase²⁰⁹.

La primera de las formas de comisión previstas en el § 267 StGB es la producción de un documento inauténtico, entendiéndose por tal aquél en el que el autor aparente de la declaración no coincide con el real o, lo que es lo mismo, la emisión de una declaración que en realidad no procede de quien aparece en ella como autor²¹⁰. La doctrina alemana es, por tanto, unánime en entender que lo esencial en esta forma de falsedad es el engaño en la identidad. Consecuentemente, la autenticidad del documento se predica tan sólo respecto de la identidad del autor de la declaración y no de otros elementos identificadores del documento, como el lugar o la fecha de emisión, tal como defendía parte de la doctrina italiana.

No obstante, los autores alemanes se han afanado en establecer una tajante diferencia entre el engaño en la identidad *-Identitätstäuschung-*, constitutivo

segundo, suprimido por esta Ley, se refería a la falsificación y la ocultación de documentos públicos cometida por funcionario público, con lo que los supuestos de falsificación de documento ejecutada por funcionario, antes de 1974, debían reconducirse al § 348.2 StGB y no al § 267 StGB, precepto en el que ahora se encuadran.

²⁰⁷§ 267. "Urkundenfälschung. (1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr."

²⁰⁸En este sentido, vid. MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 147, nm. 56, lo que los lleva a concebir las dos primeras modalidades como actos preparatorios del engaño, constituyendo el uso del documento falsificado la tentativa del mismo; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 118.

²⁰⁹Sobre las concepciones doctrinales acerca de las falsedades válidas antes de las modificaciones del Código penal alemán operadas por reforma de 1943 vid. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., p. 626; BINDING, *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 226 y ss.; LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., pp. 142 y ss. y 173 y ss.

²¹⁰Vid., por todos, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 169, nm. 7; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 172; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 361; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 314; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1378, nm. 20; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1145, nm. 17; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2020, nm. 48; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 374; PUPPE, *Die Neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten*, op. cit., p. 938.

de falsedad documental, y el engaño en el nombre *-Namenst uschung-*, que no siempre constituirá falsedad documental. Si bien se admite que el engaño en la identidad suele articularse normalmente a través del engaño en el nombre, no siempre sucede que el uso de un nombre que no sea el propio lleva a una falsedad penalmente relevante²¹¹; piénsese, por ejemplo, en los casos de uso de nombres artísticos o de un nombre falso bajo el que una persona ha vivido gran parte de su vida. En otras ocasiones, sin embargo, cabe que surja un engaño en la identidad sin que sea necesario usar un nombre distinto del propio; así en supuestos en que una persona con un nombre idéntico a otra emite un documento de manera que por los datos que del mismo se desprenden pueda imputarse la declaración en él contenida al otro sujeto que lleva el mismo nombre. La doctrina, a pesar de mostrarse mayoritariamente partidaria de operar dicha diferenciación, sin embargo, no es unánime a la hora de resolver los distintos supuestos que puedan plantearse, como ocurre en los casos de representación de otra persona física o de una persona jurídica.

La segunda de las alternativas típicas previstas en el   267 StGB se refiere a la falsificación *-Verf lschung-* de un documento auténtico. Por tal ha de entenderse toda modificación operada en un documento ya confeccionado, aunque el problema básico consista en determinar quién pueda ser sujeto activo de tal conducta. Tradicionalmente la doctrina alemana, en su mayoría, ha entendido que sujeto activo de tal comportamiento puede serlo tanto un tercero como el mismo autor del documento en el momento en que haya perdido su poder de disposición sobre el mismo. Esto es, se admite que el propio librador puede ser autor de la segunda modalidad comisiva²¹². Contrario a la opinión mayoritaria es un sector doctrinal, cada vez más amplio, que considera que las dos modalidades típicas previstas en el   267 StGB tienen como resultado la producción de un documento inauténtico, aquél en el que el librador aparente no coincide con el real, lo que supone que necesariamente también en la segunda modalidad sujeto activo del ilícito ha de serlo una persona diferente del propio librador, puesto que sólo de esa forma el documento es inauténtico. Sobre esta base sostienen que la segunda alternativa, en tanto de ella resulta también la producción de un documento inauténtico, es superflua, puesto que los casos en ella contenidos bien pueden entenderse incluidos en la primera forma comisiva del   267 StGB. De todo ello resulta que los supuestos en que el propio autor modifica su declaración original después de haber perdido el poder de disposición absoluto sobre un documento que ya ha entrado en el tráfico jurídico no suponen la creación de un documento inauténtico, sino que afectan a la inalterabilidad del documento, aspecto protegido por el   274 StGB, al que han de reconducirse tales supuestos²¹³.

²¹¹Sobre este cuestión vid., por todos, MAURACH/SCHR DER/MAIWALD, *Stafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 148, nm. 58; KREY, *Stafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 301, nm. 704. Por otra parte, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2020, nm. 49, para quien el documento es esencialmente inauténtico cuando una persona firma con un nombre que no le pertenece.

²¹²De esta opinión vid. MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 217, nm. 67; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 178; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 315, para quien la verdadera esencia de la segunda modalidad de comisión son justamente los casos en que es el propio librador quien altera el documento; TR NDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Gro kommentar*, op. cit.,   267, nms. 153 y ss; SAX, *Probleme des Urkundenstrafrechts*, en *FS für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1974, pp.150 y 151.

²¹³En este sentido, PUPPE, *Urkundenf lschung*, op. cit., pp. 639 y 640; PUPPE, *Die neue Rechtsprechung zu den F lschungsdelikten. Teil 1*, op. cit., pp. 943 a 945; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit.,   267, nms. 86-90; SAMSON,

Dejando de lado la correcta subsunción de la actividad modificativa del documento en función del sujeto que la realice, la acción puede consistir en adiciones, reducciones o sustituciones en el texto del documento, lo que no impide que la traslación de estas actividades cuando de documentos complejos y compuestos se trate haya dado lugar a divergencias de opinión en el seno de la doctrina alemana²¹⁴.

La tercera de las modalidades de comisión previstas en el § 267 StGB consiste en el hacer uso del documento producido inauténticamente o falsificado. Por hacer uso del documento la doctrina mayoritaria entiende el hacer accesible el documento a la percepción de quien se quiere engañar²¹⁵, esto es, el darle la posibilidad a esa persona de que tome conocimiento del documento, aunque el mismo no llegue a producirse, con la finalidad de inducirlo a realizar un comportamiento jurídicamente relevante²¹⁶. No se requiere, sin embargo, la producción del engaño para considerar consumada la falsedad.

Cualquiera de las tres conductas descritas en el § 267 StGB necesita, para ser típica, la realización con una finalidad específica, que incluye expresamente el citado precepto al requerir que la acción se efectúe para engañar en el tráfico jurídico *-zur Täuschung im Rechtsverkehr-*, lo que implica la necesidad de dolo directo, sea de primero o segundo grado²¹⁷. El problema se plantea en los supuestos en que quienes realizan la falsedad son falsificadores profesionales, que generalmente no suelen obrar imbuidos por la finalidad específica de engañar a nadie, sino que lo único que persiguen con su acción es obtener a cambio una determinada contraprestación. La dificultad de incluir estos supuestos en el § 267 es lo que ha llevado a la defensa de una interpretación del requisito típico de la finalidad de engaño entendida como la misma determinación probatoria del documento²¹⁸, con la consecuencia de que no es necesario que el autor tenga

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, op. cit., § 267, nm. 73, para quien la modificación del documento por el mismo autor es una mentira escrita no punible; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (2. Teil)*, op. cit., p. 662; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 375; KIENAPFEL, *Zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung*, op. cit., pp. 191-193; LAMPE, *Die sogenannte Gesamturkunde und das problem der Urkundenfälschung durch den Aussteller*, op. cit., p. 330; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., p. 34. GEPPERT, *Zum Verhältnis der Urkunddelikte untereinander, insbesondere zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung (§ 267 und 274 I Nr. 1 StGB)*, op. cit., p.160, crítica a esta opinión minoritaria porque no consigue fundamentar la razón de que el § 267 incluya una modalidad, como la falsificación, que ellos consideran superflua.

²¹⁴Vid., con más detenimiento, infra cap. II, apartado 2.1.1.

²¹⁵Vid., por todos, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 171.

²¹⁶acoge un concepto sustantivo de uso STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, pp. 84-85, según quien “no todo engaño es punible, sino sólo aquel que lleva consigo la posibilidad de que el engañado realice un comportamiento jurídicamente relevante”, ni la finalidad de engaño en el tráfico jurídico es irrelevante en esta modalidad de la acción falsaria.

²¹⁷Para LENCKNER, *Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB*, en NJW, 1967, p. 1983, no ha de hacerse diferencia entre si el autor persigue el engaño o lo ve como una consecuencia necesaria de su acción, la punibilidad ha de existir en ambos casos, esto es, tanto si hay dolo directo de primer o segundo grado, puesto que en ambos el sujeto es igualmente peligroso.

²¹⁸Sobre la determinación probatoria del documento vid. supra cap. I, apartado 2.3.1.A).

concreta representación sobre su uso posterior, bastando con que quiera crear un medio probatorio²¹⁹.

Discutida ha sido también, posiblemente por el cambio de estructura de delito de dos actos a tipo mixto alternativo que el ilícito contenido en el § 267 StGB sufrió en 1943, la relación que debe existir entre la distintas alternativas previstas en este precepto. Generalmente se acepta que cuando el mismo falsificador del documento lo utiliza posteriormente, pero existiendo intención de hacerlo desde el momento mismo de la falsificación, ha de defenderse la existencia de unidad de acción y, por consiguiente, un único delito de los previstos en el § 267. Es distinto el supuesto en que el falsificador, una vez creado el documento inauténtico o falsificado el auténtico, decide posteriormente utilizarlo, en que podrá defenderse la independencia de ambas acciones y, por tanto, la existencia de un concurso real de delitos²²⁰. Se sostiene, del mismo modo, la unidad de acción cuando en el momento de falsificar el sujeto activo se representa la posibilidad de efectuar varios usos del documento falso que luego lleva a cabo, pero no cuando tras el inicial uso el sujeto toma una ulterior decisión de volver a utilizar el documento²²¹.

Junto a la salvaguarda de los documentos respecto de las acciones falsarias que sobre ellos puedan efectuarse, el Código penal alemán protege también, como se ha anunciado, a los registros técnicos, es decir, a las materializaciones de datos que no contienen una declaración humana, sino que son el resultado del proceso efectuado por una máquina. El concepto de registro técnico, a diferencia del de documento, es normativo, pues viene expresamente definido en el § 268, pfo. 2, StGB, como ya se dijo²²². A pesar de que la intención del legislador al introducir este precepto fue la de colmar vacíos de punición protegiendo objetos que no podían incluirse dentro del § 267 por no poderse considerar documentos, al no contener una declaración humana, la virtualidad aplicativa del mismo ha sido escasa y ello por varias razones. En primer lugar, no puede decirse que aquí, a pesar de contenerse acciones típicas idénticas a las contenidas en el § 267 StGB, se proteja la autenticidad del registro. Esto es así porque no hay libradores o autores de los registros técnicos, pues no corporeizan la declaración de un humano. Por ello, aunque pueda afirmarse y, de hecho así haya sido, que el registro auténtico es aquél que procede de un aparato procesador de datos libre de

²¹⁹CRAMER, *Anmerkung. BayObLG, Beschluß v. 18.4.1967-RRReg. 3 a St 5/67*), en JZ, 1968, pp. 33-34, para quien el § 267 StGB existe cuando el autor le da a lo falso aquella determinación probatoria que se hace sobre el engaño producido con un uso, aún sin concreta representación.

²²⁰Vid., por todos, DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1382, nm. 35; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., pp. 367-368.

²²¹MIEHE, *Zum Verhältnis des Fälschens zum Gebrauchmachen im Tatbestand der Urkundenfälschung*, en GA, 1967, p. 280; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 212.

²²²El texto completo de este precepto es el siguiente: "Fälschung technischer Aufzeichnungen. (1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr 1. eine unechte technische Aufzeichnung herstellt oder eine technische Aufzeichnung verfälscht oder 2. eine unechte oder verfälschte technische Aufzeichnung gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Technische Aufzeichnung ist eine Darstellung von Daten, Meß- oder Rechenwerten, Zuständen oder Geschehensabläufen, die durch ein technisches Gerät ganz oder zum Teil selbsttätig bewirkt wird, den Gegenstand der Aufzeichnung allgemein oder für Eingeweihte erkennen läßt und zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache bestimmt ist, gleichviel ob ihr die Bestimmung schon bei der Herstellung oder erst später gegeben wird. (3) Der Herstellung einer unechten technischer Aufzeichnung steht es gleich, wenn der Täter durch störende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang das Ergebnis der Aufzeichnung beeinflusst. (4) Der Versuch ist strafbar. (5) § 267 Abs. 3 ist anzuwenden".

toda manipulación, esto es, que funciona correctamente, lo que se tutela en el precepto es la veracidad, que en los registros es inseparable de la autenticidad. Es decir, no ocurre que, como en los documentos, la autenticidad y la veracidad sean dos presupuestos claramente separables, sino que lo que con el § 268 StGB se tutela es un mecanismo de obtención de pruebas que, por el funcionamiento más preciso que las máquinas tienen, goza de una especial fiabilidad en el tráfico jurídico²²³.

En segundo lugar, la amplitud del concepto mismo de registro técnico ha sido también discutida, pues a pesar de que la mayoría de la doctrina está conforme en que la exigencia típica de que se produzca con un aparato que funcione con actividad propia total o parcialmente *-ganz oder zum Teil selbsttätig-* excluye del concepto de registros los resultados de aquellas máquinas que se limitan a reproducir los datos introducidos en ellas por los humanos, como ocurre con las fotocopias, fotografías, o filmes y en las que el aparato no proporciona más información que la en él introducida por el hombre²²⁴. No obstante, las coincidencias, por lo que a la propia actividad del aparato se refiere, acaban ahí, en concreto en relación con los procesadores de datos, que para PUPPE²²⁵ están excluidos del concepto de registro técnico, mientras que SIEBER²²⁶ admite que han de incluirse en el § 268 StGB.

Por otra parte, el tipo exige también que el registro haga reconocible el objeto del mismo, lo que sólo se entiende teniendo en cuenta el paralelismo establecido entre la tipificación de la falsedad de documento -que ha de hacer reconocible al autor del documento- y la de registro técnico -que, a falta de autor,

²²³En este sentido PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., pp. 180 y ss, donde afirma “la autenticidad de un documento tiene un significado independiente de la veracidad, pero la autenticidad del registro técnico prevista en el Proyecto es sólo presupuesto de su veracidad”; en el mismo sentido PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 631; KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährschaftsträger*, op. cit., p. 164, reconoce, basándose en el principio de los portadores de garantía diferenciados que él mismo acuña, que documentos y registros técnicos no están en una misma línea. De tal manera, en el § 268 StGB no se protege ni la autenticidad ni la veracidad del registro, sino la institución del registro técnico como tal, de la confianza en que un objeto que se presenta en el tráfico jurídico como tal registro haya surgido del aparato productor sin maquinaciones en el mismo.

²²⁴En este sentido vid., por todos, WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 183; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1152, nm. 4; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 268, nms. 23 y 24.

²²⁵PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., p. 221, quien sobre la base de que en los registros técnicos no basta con que sea utilizado un producto maquina según un método estandarizado, sino que además es necesario que surjan del específico código empleado por la máquina, entiende que los aparatos procesadores de datos no son registros técnicos, puesto que en ellos los valores de partida no se producen con receptores y direcciones de codificación automáticos, sino que se introducen por los humanos.

²²⁶SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., p. 301 y ss. y p. 312 y ss., para quien la exclusión que PUPPE efectúa de los aparatos procesadores de datos es contraria al texto del § 268 StGB, que, con la inclusión de la expresión “datos y valores de medida” pretende acoger las máquinas calculadoras y los aparatos de registro de datos, entendiéndose que, salvo aquellos supuestos en los que se trata de meros programas de impresión, esto es, donde el aparato no incluye información nueva a la introducida por el humano, en todos los demás casos el resultado de uno de estos aparatos ha de considerarse protegido por el § 268 StGB.

ha de hacer reconocible a su objeto²²⁷, requisito éste que no ha sido pacífico ni fácil de determinar²²⁸.

Apenas se discute en la doctrina que los registros técnicos, del mismo modo que los documentos, deben tener cierta perdurabilidad en el tiempo. Deben estar fijados sobre bases que cumplan con el requisito de la permanencia en el tiempo. Por tal razón, aquellos casos en los que el resultado no permanece no pueden considerarse registros técnicos -a estos supuestos la doctrina se refiere con el nombre *technischer Anzeigen*, no *Aufzeichen*²²⁹-; así ocurre con los contadores de gas, de agua o el cuentakilómetros de un automóvil, que con cada uso del aparato van sumando cifras a las ya registradas²³⁰, o con aquellos aparatos que con cada medición vuelven a la posición inicial, como sucede con balanzas o los surtidores de gasolina.

Por lo que a las acciones típicas se refiere, las previstas en el § 268 StGB son una copia prácticamente literal de las previstas para la falsedad de documento, lo que ha provocado que el precepto prácticamente no se aplique por la falta de adecuación de estas acciones al objeto al que se refieren. La primera de ellas consiste en la producción de un registro inauténtico. La doctrina mayoritaria conceptúa el registro inauténtico como el que no procede, o no lo hace del modo acaecido, de un aparato registrador que esté libre de manipulación, aunque produzca la impresión de que así sea²³¹. Esto supone que registro inauténtico lo será tanto el realizado por el hombre a imitación del que habría surgido de una máquina, como el que efectivamente surja de una máquina a la que se le han efectuado manipulaciones que alteren el proceso de producción del mismo. Por su parte, el registro falsificado será aquel ya acabado en el que el sujeto activo haga alteraciones de cualquier clase, mientras que el supuesto previsto en el pfo. 3º § 268 StGB, es decir, cuando el autor manipula el proceso de registro de manera que influye en el resultado del mismo, se concibe por la doctrina como un subcaso de la

²²⁷En este sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 268, nm. 25.

²²⁸Sobre esta cuestión vid. PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, op. cit., pp. 101 y ss; SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., pp. 314 y ss.

²²⁹Vid. PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 268, nm. 24.

²³⁰No obstante, respecto de estos concretos aparatos contadores ha habido quien como SAMSON, *Systematischer Kommentar zum strafgesetzbuch*, op. cit., § 268, nm. 12 o CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2031, nm. 9, los consideran registros técnicos sobre la base de que en ellos no se pierde el valor ya fijado en una operación, sino que a éste se le suma otro cuando el aparato vuelve a utilizarse, por lo que entienden que tienen la suficiente perdurabilidad.

²³¹Vid. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Systematischer Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 268, nm. 29; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1386, nm. 11a; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1153, nm. 7; para SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., pp. 322 y ss, el proceso de obtención de información es lo fundamental para decidir cuándo un registro técnico es inauténtico. Éste se caracteriza porque de una determinada información de partida -que él llama A- y una regla de trabajo específica -denominada R- se produce una nueva información, de manera que el registro es inauténtico cuando la información de salida A, la regla de proceso R o la información final E que parecen proceder del registro no coinciden con los valores realmente procesados A, R o E; de este modo, la inautenticidad del registro puede resumirse en la siguiente fórmula matemática: As. Rs. Es. (valores aparentes) /= At. Rt. Et. (valores reales).

conducta prevista en el pfo 1º del § 268 StGB, la producción de un registro inauténtico, que no era necesario tipificar expresamente²³².

No obstante, donde también se ha suscitado un importante debate doctrinal, por su posible inclusión en el párrafo tercero al que se acaba de hacer mención, es en relación con aquellos casos en los cuales el sujeto se aprovecha del mal funcionamiento del aparato para obtener un registro no coincidente con el que el aparato en buen funcionamiento hubiera producido. En este sentido, se ha afirmado que cuando el mal funcionamiento del aparato se debe a la casualidad, esto es, a falta de una manipulación humana dirigida a intervenir en el aparato, la única forma de considerar relevante el comportamiento de quien omite la reparación del aparato es a través de la alternativa prevista en el § 268.3 StGB por omisión, en atención a la cláusula de equiparación prevista en el § 13 StGB cuando quien omite tal actuación sea garante del buen funcionamiento del aparato. Por contra, en los casos en que el mal funcionamiento se deba a una manipulación humana dolosa, podrá acudir a la subsunción en el § 268.1 StGB a través de actividad positiva cuando el sujeto activo se aprovecha de aquella manipulación que conoce²³³.

Junto a la protección de específicos objetos perceptibles por los sentidos, como son los registros técnicos, el Código penal alemán ha acogido, tras la Segunda Ley de Represión de la Criminalidad Económica de 1986, la salvaguarda de datos relevantes para la prueba²³⁴, con la finalidad de llenar vacíos de punición. Por una parte, porque tales datos, aunque puedan imputarse a una persona, no tienen la condición de visibilidad exigida por un sector de la doctrina alemana al documento, como ya se dijo²³⁵; por otra, porque el § 268 no logra acoger todos los supuestos de manipulaciones en ordenadores²³⁶, con lo que hay huecos de punición en la criminalidad informática que se pretenden llenar con la introducción de este precepto.

La estructura del tipo también tiene mucho que ver con la del § 267 StGB, relativo a la falsedad documental. Los datos son también declaraciones humanas que han de hacer reconocible a su autor. Lo único que los diferencia del

²³²En este sentido MAURACH/SCRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 155, nm. 86; OTTO, *Grundkurs Strafrech. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 380; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 313, nm. 727.

²³³De esta opinión PUPPE, *Nomos Kommentar zum Stagesetzbuch*, op. cit., § 268, nms. 43-44; de distinta opinión, TRÖNDLE, *Stragesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 268, nms. 36a y 36b, defiende que en los casos en que el mal funcionamiento del aparato no se deba a intervención humana dolosa o, cuando debiéndose a la misma, el autor no conozca que se debe a una intervención humana dolosa, no puede ser penalmente responsable; contrariamente, cuando el autor es consciente de que ha habido tal manipulación humana dolosa y la aprovecha, puede aplicársele por omisión tanto el pfo. 1º, nº 1º, del § 268 StGB, como el apartado tercero del mismo.

²³⁴El § 269 StGB, en el que se tipifican las conductas falsarias sobre datos relevantes para la prueba establece: "*Fälschung beweisheblicher Daten. (1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr beweishebliche Daten so speichert oder verändert, daß bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde, oder derart gespeicherte oder veränderte Daten gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) § 267 Abs. 3 ist anzuwenden*".

²³⁵vid. supra cap. I, apartado 3.3.

²³⁶La doctrina entiende mayoritariamente que los casos en que se introducen falsos datos como *input* en un ordenador no se incluyen en el § 268 StGB; vid., por todos, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 268, p. 20, nm. 38; si bien para SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., p. 323, se ha de diferenciar de la manipulación en el *input* el hecho de la falsa carga del aparato que no supone la existencia de un registro unauténtico.

documento es su falta de percepción óptica²³⁷, lo que supone que igualmente ha de poder deducirse quién los ha creado y han de tener cierta perdurabilidad para obtener la protección que les brinda el § 269 StGB. Han de hallarse, por tanto, registrados de forma eléctrica o magnética o con cualquier otro mecanismo que les dé cierta estabilidad sin que los haga reconocibles a la vista²³⁸.

La similitud entre este tipo y el recogido en el § 267 y, al mismo tiempo, el estrecho parentesco que existe entre el concepto de dato y el de documento, se ponen de manifiesto en la exigencia típica de que las acciones contenidas en el § 269 han de producir como resultado un dato que “si fuera perceptible constituyera un documento inauténtico o falsificado” -“*bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde*”-, lo que no hace sino reforzar el paralelismo de las acciones descritas en el § 269 StGB con las enunciadas en el precepto relativo a la falsedad de documentos. Cuando el tipo se refiere al registro de datos, tal acción ha de entenderse equivalente a la de producción de un documento inauténtico, al igual que ocurre con la de modificación del § 269 StGB, conectada con la de falsificación del § 267, razón por la cual no puede considerarse modificación típica la reubicación de datos en otro fichero que los convierta en ilocalizables²³⁹.

La regla interpretativa establecida en el § 270 StGB, también introducida por la Segunda Ley de Represión de la Criminalidad Económica, en virtud de la cual se equipara la falsa influencia de un proceso de datos en el tráfico jurídico al engaño en el mismo²⁴⁰, tiene tan sólo valor declarativo y pretende hacer expresa la inclusión de supuestos en los que se produce la agregación de datos en un sistema procesador automático de datos²⁴¹. No obstante, la aclaración interpretativa no se refiere, como pudiera parecer, tan sólo al precepto precedente, sino también a todos aquellos parágrafos del StGB en cuyo tenor se incluya la locución “*zur Täuschung im Rechtsverkehr*”²⁴².

²³⁷Cfr., por todos, ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 196, nm. 519.

²³⁸En este sentido vid. WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 186; SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., p. 2/41; MAURACH/SCRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 156, nm. 89, incluyen también los datos registrados ópticamente siempre y cuando no sean directamente legibles; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1390, nm. 3. Para LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1156, nm. 4, los datos son relevantes para la prueba cuando están destinados para probar hechos jurídicamente relevantes en el tráfico jurídico. PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nm. 5, pone de manifiesto que se echa en falta una remisión del § 269 al concepto legal de dato contenido en el § 202a, pfo. 2 StGB, si bien MAURACH/SCRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, p. 155, nm. 89, consideran que el concepto de datos del § 269 StGB es más amplio que el dado por el § 202a StGB, pues el último sólo incluye los datos registrados y transmitidos, mientras el primero se refiere también a la introducción o *input* de datos.

²³⁹De esta opinión, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1157, nm. 9.

²⁴⁰El § 270 reza: “*Täuschung im Rechtsverkehr bei Datenverarbeitung. Der Täuschung im Rechtsverkehr steht die fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung im Rechtsverkehr gleich.*”

²⁴¹En este sentido, SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., p. 2/43; lo que viene a suponer según LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1159, nm. 1, el reconocimiento expreso de la discutida posibilidad de engaños que no se hacen directamente a una persona, sino mediante la influencia falsa en un proceso de datos.

²⁴²Sobre las dificultades aplicativas de tal regla en los distintos casos vid. PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nms. 2 y ss.

Dejando de lado los tipos tuteladores de los datos relevantes para la prueba, cabe afirmar que la protección de los documentos en el Código penal alemán es siempre en referencia con su autenticidad, incluso en los casos en los que no se protegen documentos, esto es, los párrafos en los que se tutelan registros electrónicos o datos relevantes para la prueba, la *voluntas legis* es siempre la protección de la autenticidad, sobre todo atendiendo a la similitud de los §§ 268 y 269 con el § 267 StGB. Ello a pesar de que no siempre sea pacífico hablar de autenticidad en los ilícitos previstos en los §§ 268 y 269 StGB. Sin embargo, se contienen también en el capítulo vigésimotercero del StGB una serie de normas que tienen como fin la protección de la veracidad del documento. Para el legislador alemán la exigencia de veracidad en la documentación es algo que sólo al funcionario, por razón del oficio que el es asignado, incumbe. Por tal motivo, la incriminación genérica de la falsedad ideológica se produce fuera del capítulo dedicado a las falsedades documentales, en el § 348 StGB, entre los delitos contra la Administración, bajo la rúbrica “falsa documentación en la Administración”²⁴³, cuyo sujeto activo ha de ser necesariamente un funcionario. No obstante, cabe imaginar casos en los que el particular participe de alguna forma en el delito cometido por funcionario, lo que llevará a la calificación de instigador o cómplice del § 348 StGB con la correspondiente reducción de pena prevista en el § 28.1 StGB. Pero la sola existencia del § 348 StGB no podría resolver aquellos casos en los que el particular utiliza al funcionario como instrumento, esto es, se convierte en “autor mediato” de la falsa documentación que aquél efectúe, porque le faltan las condiciones para ser sujeto activo del delito. Para llenar posibles lagunas de punición en aquellas ocasiones en las que el particular utiliza a un funcionario que actúa de buena fe como instrumento para documentar algo inveraz en un documento público es para las que se creó el § 271 StGB²⁴⁴. Bajo la rúbrica “falsa documentación mediata”, el precepto disciplina los supuestos en que el particular provoca que el funcionario competente documente falsamente un hecho²⁴⁵. La acción ha de suponer la documentación de algún tipo de inveracidad de las que el § 271 StGB menciona, en un documento, libro, registro o fichero²⁴⁶ públicos. Tal

²⁴³El § 348 StGB establece “*Falschbeurkundung im Amt*. (1) *Ein Amtsträger, der, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt, innerhalb seiner Zuständigkeit eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register, Bücher oder Dateien falsch einträgt oder eingibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.* (2) *Der Versuch ist strafbar.*”

²⁴⁴Existe unanimidad en la doctrina en orden a entender que el § 271 incluye los supuestos en los que la actividad del particular, constitutiva de autoría mediata, no podrían incluirse en el § 348. Vid., por todos, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2043, nm. 2; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 348, nm. 2.

²⁴⁵El § 271 StGB establece “*Mittelbare Falschbeurkundung*. (1) *Wer bewirkt, daß Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, in öffentlichen Urkunden, Büchern, Dateien oder Registern als abgegeben oder geschehen beurkundet oder gespeichert werden, während sie überhaupt nicht oder in andere Weise oder von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft oder von einer anderen Person abgegeben oder geschehen sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.* (2) *Der Versuch ist strafbar.*”

²⁴⁶El concepto de ficheros *-Dateien-* fue introducido en el § 271 StGB por la Segunda Ley para la Represión de la Criminalidad Económica, con la finalidad de actualizar, conforme a lo establecido en el § 269 StGB, los casos de inveracidades en datos producidas dentro de la Administración pública; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 192, sostiene que si lo único que se pretende con la introducción de esta palabra es incluir aquí los supuestos en que un *extraneus* entre en un fichero público e introduce o registra datos o altera los ya establecidos, la modificación es superflua, pues tales actividades se encuentran ya recogidas en el § 269 StGB.

documentación ha de ser necesariamente producida por un funcionario o persona investida de fe pública. La misión del particular ha de limitarse, pues, a provocar la documentación inveraz, pero no puede él mismo confeccionar el documento inveraz; de lo contrario nos hallaríamos ante un documento inauténtico y no sólo incorrecto en su contenido, con lo que el precepto a aplicar sería el § 267 StGB y no el que aquí se comenta²⁴⁷.

Los §§ 272 y 273 StGB completan la regulación que el capítulo relativo a las falsedades documentales dedica a la acciones falsarias que el particular puede realizar sobre documentos públicos. El primero de ellos establece una penalidad agravada²⁴⁸ para los casos en que la conducta prevista en el párrafo anterior se haga con la finalidad de obtener para sí o para otro una ventaja patrimonial o de producir a otro un perjuicio o daño. La conducta requiere dolo directo, como mínimo, de segundo grado, desde el momento en que el tipo exige su realización con la finalidad de obtener alguno de los objetivos mencionados²⁴⁹. Si bien el tipo deja claro que la ventaja perseguida ha de ser necesariamente patrimonial, no dice nada acerca del carácter específico que deba tener el daño, lo que hace que la doctrina unánimemente admita que puede ser de cualquier tipo²⁵⁰. Sin embargo, los distintos autores no se han puesto de acuerdo sobre la necesidad de que la ventaja patrimonial o daño perseguidos sean o no ilícitos²⁵¹.

El segundo de los preceptos mencionados criminaliza el uso de documentos inveraces, estableciendo la misma pena que para el que realiza la conducta falsaria del § 271 o del § 272 StGB en función de la concurrencia o no del ánimo de obtener una ventaja patrimonial o de causar a otro un perjuicio²⁵². Tal

²⁴⁷En este sentido, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1161, nm. 7.

²⁴⁸De ahí la rúbrica del § 272 titulado “*Schwere mittelbare Falschbeurkundung*”, en virtud del cual “(1) *Wer die vorbezeichnete Handlung in der Absicht begeht, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen Schaden zuzufügen, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Der Versuch ist strafbar. (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe.*”

²⁴⁹En este sentido PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 272, nm. 6; aunque ha habido autores, como TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 272, nm. 12, que establecen la diferente clase de dolo en función de la ventaja perseguida por el autor; esto es, admiten que basta con dolo directo de segundo grado cuando se trata de causar a otro un perjuicio, mientras debe exigirse el dolo directo de primer grado en el supuesto en que se persiga obtener una ventaja patrimonial.

²⁵⁰Vid. por todos, DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1398, nm. 4; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1163, nm. 1.

²⁵¹Según algunos ambas finalidades deben ser ilícitas, ha de tratarse, por tanto, de ventaja patrimonial o daño antijurídicos, así, OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 372; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2049, nm. 1; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 272, nm. 1, para quien la ventaja patrimonial ha de ser antijurídica del mismo modo en que lo es en el § 263 StGB. Para la doctrina mayoritaria, sin embargo, no hace falta que las finalidades perseguidas sean antijurídicas, cfr. BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 116; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1163, nm. 1; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 272, nms. 9 y 15; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 272, nms. 2 y 3.

²⁵²§ 273 StGB “*Gebrauch falscher Beurkundungen. Wer von einer falschen Beurkundung oder Datenspeicherung der in § 271 bezeichneten Art zum Zweck einer Täuschung Gebrauch macht, wird nach § 271 und, wenn die Absicht dahin gerichtet war, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen Schaden zuzufügen, nach § 272 bestraft.*”

norma no es más que la traducción para las inveracidades en documentos de la tercera forma de comisión prevista en el § 267 StGB para los documentos inauténticos o falsificados. Por ello, aunque el tipo se refiere sólo a los párrafos precedentes -a los §§ 271 y 272 StGB-, la doctrina mayoritaria ha entendido también aplicable el § 273 StGB cuando se hace uso de un documento inveraz del § 348 StGB²⁵³.

Fuera de las conductas hasta este momento referidas, el StGB establece dentro del capítulo dedicado a las falsedades documentales una serie de tipos cuya finalidad es la de proteger tipos de documentos específicos. Los §§ 275, 276 y 276a StGB tutelan específicamente a los documentos de identidad, a los de residencia y a los propios de los automóviles. Las conductas que en ellos se relacionan difícilmente podrían entenderse incluidas los párrafos precedentes; lo que supone que se instaura una protección reforzada de los mismos, pues, además de ser susceptibles de comisión en los mismos acciones falsarias que pueden encontrar acomodo en los §§ 267, 268, 269, 271, 272 o 273 StGB, se tipifican expresamente otras conductas relacionadas con la falsedad frente a las que el resto de documentos no se hallan tutelados. En distinto sentido, los §§ 277 a 279 StGB, incriminan acciones falsarias en relación con los certificados de salud, pero que no necesariamente suponen una protección reforzada de los mismos, pues las conductas aquí previstas sí podrían subsumirse en los párrafos precedentes, frente a los cuales éstos constituyen tipos especiales.

En relación con los documentos de identidad, el § 275 StGB tipifica expresamente acciones preparatorias de la falsedad de los mismos, paralelamente a como el § 149 StGB lo hace en las falsedades monetarias. Por documento de identidad han de entenderse aquellos expedidos por administraciones públicas y que tienen la finalidad de probar la identidad de alguien, sin incluir a los emitidos por asociaciones o personas privadas²⁵⁴. Las acciones consisten en la elaboración, abastecimiento, ofrecimiento, custodia o introducción en el ámbito de vigencia del StGB o exportación de ciertos objetos, los indicados para falsificar este tipo de documentos; así planchas, moldes, clichés, papel semejante al utilizado para la elaboración de estos documentos, formularios u otros instrumentos semejantes²⁵⁵. Se considera que, constituyendo esta actividad tan sólo un acto preparatorio de la propia falsedad, si ésta llega a intentarse o consumarse, deberá aplicarse el § 267 con preferencia al aquí comentado²⁵⁶. Frente a ello, un sector doctrinal admite que en estos supuestos no ha de considerarse que el tipo previsto

²⁵³En este sentido vid. ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 220, nm. 608; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1398, nm. 1, quienes ponen de manifiesto que la doctrina mayoritaria ha defendido esa interpretación amplia "contra el propio tenor" del precepto.

²⁵⁴Cfr. CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2054, nm. 5.

²⁵⁵El texto del § 275 StGB concretamente establece "*Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen. (1) Wer eine Fälschung von amtlichen Ausweisen vorbereitet, indem er 1. Platten, Formen, Drucksätze, Druckstöcke, Negative, Matrizen oder ähnliche Vorrichtungen, die ihrer Art nach zur Begehung der Tat geeignet sind, 2. Papier, das einer solchen Papierart gleicht oder zum Verwechseln ähnlich ist, die zur Herstellung von amtlichen Ausweisen bestimmt und gegen Nachahmung besonders gesichert ist, oder 3. Vordrucke für amtliche Ausweise herstellt, sich oder anderen verschafft, feihält, verwahrt, einem andern überläßt oder einzuführen oder auszuführen unternimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) § 149 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.*"

²⁵⁶En este sentido vid. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 275, nm. 9; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 275, nm. 4.

en el § 275 StGB sea subsidiario respecto del § 267 StGB, con lo que la solución más adecuada será la del concurso ideal²⁵⁷.

El segundo de los preceptos que específicamente protegen a los documentos de identidad es el § 276, introducido en el StGB, al igual que el § 276a, por la VerbrBekG, que criminaliza también específicos actos preparatorios en relación con documentos de identidad administrativos. Las conductas ya no tienen por objeto los utensilios necesarios para falsificarlos, sino los propios documentos de identidad inauténticos o inveraces²⁵⁸, cuya posesión, importación o exportación o entrega a otra persona se pena específicamente en este precepto.

Las conductas previstas en los dos últimos párrafos mencionados no sólo son punibles en relación con los documentos de identidad administrativos, sino también cuando tienen por objeto documentos referentes al derecho de residencia o a los automóviles, por mor de lo establecido en el § 276a StGB, que los equipara en protección²⁵⁹, presumiblemente para luchar contra el robo internacional de vehículos²⁶⁰.

Existe aún otro precepto del Código penal alemán que se dedica a la salvaguarda de documentos de identidad, pero que no constituye, en realidad, ningún atentado contra la veracidad o autenticidad del documento mismo, ni un acto preparatorio de una acción que atente contra alguno de estos elementos. Se ha mantenido que no se trata en realidad de un delito de falsedad, sino del uso de un medio de prueba auténtico para engañar en el tráfico jurídico²⁶¹. El tipo en cuestión es el incluido en el § 281 StGB, rubricado “abuso de documentos de identidad” -*Mißbrauch von Ausweispapieren*-²⁶², en el que se tipifican dos distintas

²⁵⁷CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2054, nm. 6.

²⁵⁸El § 276 StGB reza “*Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen. Wer einen unechten oder verfälschten amtlichen Ausweis oder einen amtlichen Ausweis, der falsche Beurkundung der in den §§ 217 und 348 bezeichneten Art enthält 1. einzuführen oder auszuführen unternimmt oder 2. in der Absicht, dessen Gebrauch zur Täuschung im Rechtsverkehr zu ermöglichen, sich oder einem anderen verschafft, verwahrt oder einem anderen überläßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*”.

²⁵⁹El § 276a StGB establece “*Aufenthaltsrechtliche Papiere; Fahrzeugpapiere. Die §§ 275 und 276 gelten auch für aufenthaltsrechtliche Papiere, namentlich, Aufenthaltsgenehmigungen und Duldungen, sowie für Fahrzeugpapiere, namentlich Fahrzeugscheine und Fahrzeugbriefe*”.

²⁶⁰De esta opinión, DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1404, nm. 1.

²⁶¹Así lo afirma CRAMER, *Mißbrauch und Erschleichen von Ausweispapieren*, en GA, 1963, p. 366.

²⁶²El texto del precepto establece “(1) *Wer ein Ausweispapier, das für einen anderen ausgestellt ist, zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht, oder wer zur Täuschung im Rechtsverkehr einem anderen ein Ausweispapier überläßt, das nicht für diesen ausgestellt ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar. (2) Einem Ausweispapieren stehen Zeugnisse und andere Urkunden gleich, die im Verkehr als Ausweis verwendet werden*”. En virtud de lo establecido por el pfo 2º § 281, el concepto de documento de identidad aquí mantenido no se refiere solamente a los documentos emitidos por una Administración pública y que tienen como finalidad la prueba de la identidad de una persona, sino que a ellos también se equiparan los documentos usados en el tráfico jurídico como documentos de identidad, con lo que el contenido del término de documento de identidad es aquí más amplio que en los §§ 275 y 276 StGB. No obstante, los pareceres doctrinales no son unánimes, pues mientras para unos el documento equiparado sólo puede serlo el que usualmente se utiliza en el tráfico para probar la identidad de alguien, como una partida de nacimiento, cfr. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Stragesetzbuch*, op. cit., § 281, nm. 3; para otros basta con que el documento sea usado en un concreto caso para probar la identidad de alguien aunque este no sea su cometido habitual, cfr. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger*

acciones: la primera es el uso de un documento de identidad emitido para otra persona con finalidad de engaño, la segunda es la cesión a otro de un documento de identidad que no ha sido emitido para él²⁶³.

El segundo de los grupos de párrafos dedicados a la protección de un tipo de documentos específicos son los relativos a los certificados de salud o certificados médicos -*Gesundzeugnisse*²⁶⁴-, contenidos en los §§ 277, 278 y 279 StGB. El primero de ellos regula las conductas de particulares que, en nombre de un médico, emiten un certificado que sólo los profesionales de la sanidad están facultados para emitir. Concretamente, las acciones en él previstas son²⁶⁵: por un lado, librar uno de estos certificados poniendo en él el nombre de un médico o de otra persona autorizada, por otro, emitirlo en el propio nombre pero arrogándose la condición de médico y, por último, falsificar un certificado auténtico emitido por un verdadero médico. No obstante, no basta con estas acciones para que el tipo se consume, pues es además en este caso necesario el uso, según establece el mismo § 277 StGB, que ha de ir acompañado de la intención de engañar a una determinada Administración o a una compañía de seguros. Se configura con esta exigencia típica un delito de dos actos²⁶⁶, en el que, a la acción falsaria propiamente dicha, ha de seguir necesariamente el uso del documento falsificado para que el tipo se cumpla íntegramente.

Contrariamente a lo que se protege en el § 277 StGB, esto es, la autenticidad de los certificados médicos²⁶⁷, el § 278 StGB tutela la veracidad de los mismos. En éste se prevén casos en los que el emisor del certificado es quien

Kommentar. Großkommentar, op. cit., § 281, nm. 2; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2057, nm. 4.

²⁶³Supuesto éste que según algunos autores no es sino un modo de complicidad en la primera de las acciones descritas en el tipo elevada a la categoría de delito; de esta opinión vid. MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 167, nm. 39; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1407, nm. 4; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 281, nm. 5.

²⁶⁴Por tales se entienden no sólo los certificados sobre el presente estado de salud de una persona, sino también los que se refieren a enfermedades sufridas en el pasado y las secuelas que hayan dejado o sobre hipotéticas enfermedades que puedan sufrirse en el futuro, quedando excluidos los certificados de muerte, en este sentido, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2054, nm. 2.

²⁶⁵El tenor del § 277 StGB es el siguiente: "*Fälschung von Gesundheitszeugnissen. Wer unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solchen Personen ein Zeugnis über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand ausstellt oder ein derartiges echtes Zeugnis verfälscht und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Gelstrafe bestraft*".

²⁶⁶En este sentido vid., por todos, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 174, nm. 26, quien añade que el previsto en el § 277 es un tipo especial privilegiado respecto del § 267 no justificado. También la doctrina mayoritaria sostiene que el privilegio establecido por el § 277 es injustificado, cfr. ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 203, nm. 538; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 277, nm. 6.

²⁶⁷Se discute, no obstante, que en los casos en los que el certificado lo emite un no autorizado con su auténtico nombre pero atribuyéndose la condición de médico o de otra persona facultada se esté atentando en realidad contra la autenticidad del documento. Vid. CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2054, nm. 1, para quien en los supuestos en que el particular se atribuye la condición de médico estamos ante mentiras escritas; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 277, nm. 2, según su parecer cuando el particular se arroga la condición de médico no engaña sobre su identidad y, por tanto, no sería esta una conducta incluíble en el § 267, a diferencia de lo que ocurre con los demás casos.

dice ser, esto es, un médico o personal sanitario autorizado, que libra uno de tales documentos con indicaciones falsas sobre el estado de salud de la persona objeto del certificado, conociendo la falsedad de su manifestación, y con la finalidad de que el mismo sea utilizado para engañar a una Administración o una compañía de seguros²⁶⁸. No obstante, el § 348 StGB se considera por la doctrina mayoritaria un tipo especial en relación con el que aquí se comenta, lo que determina que en los casos en que el médico que emita el certificado inveraz sea, a su vez, un funcionario habrá de acudir al § 348, que desplaza al 278 StGB²⁶⁹.

Por último en relación con los certificados de salud, el § 279 StGB penaliza el uso de uno de estos documentos siempre y cuando se efectúe con la finalidad de engañar a una Administración o una compañía de seguros sobre el estado de salud de quien presenta el certificado o de otra persona distinta de quien lo usa²⁷⁰.

Fuera de la protección de la autenticidad o veracidad del documento, el § 274 StGB²⁷¹ tutela lo que se ha denominado incolumidad o intangibilidad del documento²⁷². Para gran parte de la doctrina lo que en él se protege es un interés probatorio individual, lo que hace que este ilícito se diferencie del resto de injustos previstos en el capítulo vigésimotercero del StGB, en el sentido de que aquí puede tener eficacia el consentimiento del interesado, que excluye la antijuricidad²⁷³. La

²⁶⁸El § 278 StGB establece “*Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse. Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen, Welche ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*”.

²⁶⁹En este sentido, cfr., entre otros, OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 374; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1046, nm. 3; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum StGB*, op. cit., § 278, nm. 7. Relacionada con ésta se encuentra la cuestión de la falta de previsión para este ilícito de un tipo equivalente al del § 271 cuando el particular utilice al médico como instrumento que libra un certificado inveraz, lo que para MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 166, nm. 30, ha de llevar necesariamente a la aplicación del § 279 StGB, que criminaliza el uso de estos certificados, en los casos en los que el particular sea autor mediato, a falta de previsión específica de esta conducta.

²⁷⁰El texto de § 279 StGB establece “*Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse. Wer, um eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand zu täuschen, von einem Zeugnis der in den §§ 277 und 278 bezeichneten Art Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft*”.

²⁷¹El § 274 StGB establece, “*Urkundenunterdrückung; Veränderung einer Grenzbezeichnung. (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. eine Urkunde oder eine technische Aufzeichnung, welche ihm entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört, in der Absicht, einen anderen Nachteil zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt, 2. beweis erhebliche Daten (§ 202a Abs. 2), über die er nicht oder nicht ausschließlich verfügen darf, in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert oder 3. eine Grenzstein oder ein anderes zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmtes Merkmal in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, wegnimmt, vernichtet, unkenntlich macht, verrückt oder fälschlich setzt. (2) Der Versuch ist strafbar.*”

²⁷²Cfr. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 274, nm. 2.

²⁷³En este sentido, WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 187; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 178, nm. 39, para quien el precepto no se halla correctamente ubicado dentro de los delitos de falsedad documental, que protegen bienes jurídicos supraindividuales, por lo que propone como ubicación correcta de este ilícito el capítulo décimo del libro dedicado a la parte especial, esto es,

conducta prevista en el § 274 StGB consiste en la destrucción, daño u ocultación²⁷⁴ de un documento o un registro técnico por parte de una persona a quien éstos no le pertenecen exclusivamente²⁷⁵ y siempre con la finalidad de perjudicar a alguien. No obstante, no sólo se protegen estos objetos, pues en el pfo. 2º el precepto se incluyeron, por obra de la Segunda Ley de Represión contra la Criminalidad Económica, acciones equivalentes a las mencionadas que tienen por objeto datos relevantes para la prueba, esta vez conforme los define el § 202a Abs. 2 StGB, por expresa remisión del § 274 StGB, a diferencia de lo que ocurre con el § 269 StGB, que no remitiendo al § 202a StGB da lugar a que en él el concepto de datos relevantes para la prueba sea más amplio que en el § 274 StGB.

Excepcionalmente, el pfo. 3º de este precepto protege la existencia de ciertos objetos perceptibles por los sentidos, como son las marcas de lindes o las que señalan un determinado nivel de agua, sancionando su destrucción, el hacerlas irreconoscibles o su falsa colocación.

En atención a la destrucción y el daño del documento, una de las cuestiones más debatidas por la doctrina ha sido la relación concursal existente entre el § 267 y el § 274 StGB, sobre todo en referencia a los casos en que se daña alguna de las partes del documento -incluida la firma- sin necesidad de que se sustituya por otra inauténtica. Puede discutirse entonces si nos encontramos ante un hecho de los previstos en el § 267 StGB o una de las modalidades típicas del § 274 StGB. Al respecto se han mantenido dos distintas soluciones; la de quienes consideran que cuando las acciones de § 274 son medio para cometer una de las acciones falsarias del § 267 StGB, el último subsume el desvalor del primero y la conducta debe calificarse como falsedad documental²⁷⁶, y la de aquellos que mantienen que en todo caso cabe concurso de delitos entre ambos²⁷⁷.

dentro de la falsa imputación -*falsche Verdächtigung*- PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 274, nm. 1, p. 7, nm. 15; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2052, nm. 11; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 274, nm. 1. KIENAPFEL, *Zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung*, op. cit., p. 189, considera, frente a la doctrina mayoritaria, que el consentimiento en este caso no excluye la antijuricidad de la conducta, sino su misma tipicidad.

²⁷⁴En el concepto destrucción se incluyen aquel tipo de conductas que llevan aparejado el que el documento no exista ya como medio de prueba, como el hacerlo ilegible, tacharlo, etc. Dañar supone hacer modificaciones en el documento que influyan en su valor como medio de prueba, mientras en la ocultación se priva a los interesados de la posibilidad de servirse del documento. En este sentido, vid., por todos, DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1400, nms. 3, 4 y 5.

²⁷⁵La doctrina unánimemente considera que la pertenencia en el § 274 no se refiere a la propiedad del documento, o a la tenencia material del mismo, sino a la potestad o facultad de hacer prueba con él; pues también el propietario puede cometer el delito cuando no le pertenece la exclusividad en la llevanza de prueba con ese documento. Cfr., por todos, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 157, nm. 100; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 213, nm. 585.

²⁷⁶De esta opinión, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1165, nm. 8; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2052, nm. 22; para TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 274, nm. 27, hay concurso de normas entre el § 274 y el 267 o 268, en función de que se trate de un documento o de un registro técnico, cuando la falsificación suponga al mismo tiempo un daño del documento o del registro, pero no cuando a la destrucción o daño del documento le siga la sustitución de aquella parte por otra inauténtica; KIENAPFEL, *Zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung*, op. cit., pp. 195-196, quien coincide en lo esencial con la concepción de TRÖNDLE, considera que la diferencia entre ambos tipos ha de buscarse en si "el hecho se agota en el mero perjuicio de la función probatoria (=§ 274 StGB) o si al documento se le da otro contenido mediante la utilización de la apariencia de

Para concluir con este breve estudio de las tipicidades falsarias en el Código penal alemán, cabe tan sólo hacer mención al § 282 StGB, dedicado al comiso de los instrumentos utilizados en la falsificación en los §§ 267, 268, 273, 275, 276 y 276a StGB²⁷⁸, lo que supone una ampliación de las posibilidades de comiso previstas en el § 74. El precepto incluye objetos pasivos de los distintos ilícitos que no pueden considerarse *instrumenta o producta sceleris*, únicos para los que la norma general contenida en el § 74 admite el comiso²⁷⁹

C) Código penal francés

Poco tiene que ver el texto punitivo francés vigente en la actualidad con aquel “Code Pénal” de 1810 que sirviera de modelo a los codificadores españoles en la regulación de las falsedades. El casuismo, nota definitoria de los ordenamientos que, como el nuestro, siguieron al francés en la codificación de las falsedades, se ha reducido también notablemente en el texto penal galo. Para percatarse de esa evolución no resulta necesario acudir a los orígenes de la codificación en Francia, basta con comparar la extensión de la regulación que para los delitos falsarios dedica el actual Código penal francés -en vigor desde el 1 de mayo de 1994- con la que a los mismos dedicaba el anterior texto punitivo de aquel país, que en virtud de la “*Loi d’adaptation*”, Ley nº 92-1336, de 16 de diciembre de 1992, queda derogado el mismo día de la entrada en vigor del cuerpo legal antes referido.

El nuevo Código penal francés de 1994 tipifica las falsedades en los arts. 441-1 y ss, dentro del Título cuarto del Libro cuarto, bajo la rúbrica “de los atentados a la confianza pública”²⁸⁰. El párrafo con el que se inicia la regulación de las falsedades contiene, a diferencia del Código penal francés derogado, una nueva definición de falsedad, de la que carecía el anterior Código, que constituye, a

librador (=§ 267 StGB)”, con lo que la intención de quien realiza la acción se convierte en el criterio diferenciador básico entre ambos ilícitos, si bien admite que en algunos casos cabe concurso real o ideal entre ambos.

²⁷⁷En este sentido, SCHILLING, *Reform der Urkundenverbrechen*, Athenäum Verlag, Frankfurt a. M., 1971, pp. 27 y ss, quien admite el concurso ideal entre falsificación del § 267 y daño del § 274 siempre que otra persona distinta de quien realiza la acción tenga derecho a utilizar el documento como prueba. En parecido sentido, SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 274, nm. 7.

²⁷⁸§ 282 “*Einziehung. Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach den §§ 267, 268, 273, nach § 276, auch in Verbindung mit § 276a, oder nach § 279 bezieht, können eingezogen werden. In den Fällen des § 275, auch in Verbindung mit § 276a, werden die dort bezeichneten Fälschungsmittel eingezogen*”.

²⁷⁹Vid., por todos, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2057, nm. 1.

²⁸⁰El libro cuarto, en el que se insertan las falsedades, se titula “de los crímenes y de los delitos contra la nación, el Estado y la paz pública”. La rúbrica “paz pública” no constituye ahora la inmediata de los delitos de falsedades -como ocurría con el anterior *Code Pénal*, en el Capítulo cuarto, del Título primero del Libro tercero, que se rubricaba “*crimes et délits contre la paix publique*”-, sino que la rúbrica de referencia inmediata, que puede utilizarse como criterio para determinar el bien jurídico protegido, es la incluida en el Título cuarto del Libro cuarto, que habla de los atentados contra “*la confianza pública*”, lo que parece mucho más adecuado con cuál sea el objeto de tutela en las falsedades que la “paz pública”. Tal Título se divide, a su vez, en cuatro capítulos, con el título “*des faux*” el primero de ellos -en el que se regulan las falsedades documentales genéricas-, “*de la fausse monnaie*” el segundo, “*de la falsification des titres ou autres valeurs fiduciaires émises par l’autorité publique*” el tercero y “*de la falsification de marques de l’autorité*” el cuarto.

su vez, el tipo genérico de incriminación de la falsedad documental²⁸¹. De esta forma habrán de criminalizarse conforme al mencionado precepto todas aquellas conductas que no tengan cabida en otros preceptos más específicos del mismo capítulo.

Como tipo genérico de incriminación de las falsedades documentales, el art. 441-1 CP francés tiene una serie de características que provocan una profunda divergencia con respecto al esquema regulativo de la falsedad tradicional en Francia y que, por tal razón, es necesario comentar. En primer lugar, el ámbito aplicativo de esta norma no es tan amplio como en un principio pudiera parecer, pues las falsedades en documentos administrativos, en documentos públicos, en certificados o en documentos de identidad se prevén ya en otros artículos del mismo capítulo, con lo que en definitiva su ámbito de operatividad se reducirá a los supuestos de falsedad en documentos privados y mercantiles, conductas que se tipificaban expresamente en los arts. 150 y 151 del anterior Código penal, pero que ahora el legislador ha considerado incluidos en el general art. 441-1 sin hacer expresa mención a las acciones falsarias sobre los mismos. No obstante, el ámbito operativo del precepto se amplía desde el momento en que considera falsedades alteraciones fraudulentas de la verdad en un escrito o “en cualquier otro soporte de expresión del pensamiento”, lo que supone que se adopta un concepto amplio de documento que incluye modernos medios técnicos de transmisión de ideas humanas, como las películas de vídeo, las cintas magnetofónicas o los documentos informáticos²⁸².

Por otra parte, la conceptualización de la falsedad como “toda alteración fraudulenta de la verdad que pueda causar un perjuicio” evita que el legislador deba acudir a enumeraciones casuísticas configuradoras de la acción falsaria como ocurría en el anterior Código penal francés en el art. 145²⁸³. Supone, incluso, un cambio trascendental en la ordenación de la tipificación de las falsedades, en el sentido de que el Código penal francés se aleja de la estructura regulativa que para las mismas establecen los Ordenamientos jurídicos que, en su origen, tomaron como modelo la ley francesa; éstos, como ocurre con el nuevo Código penal español de 1995, aún inician el capítulo dedicado a las falsedades con la previsión de las acciones falsarias que los funcionarios pueden cometer sobre los documentos.

La definición de un único concepto de falsedad válido para cualquier sujeto activo implica, además, que funcionarios y particulares reciben el mismo trato punitivo, con las excepciones que más adelante se indicarán. Esto no impide, sin embargo, el peligro de que la relevancia penal de las conductas falsarias comisibles

²⁸¹El art. 441-1 establece “(1) *Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d’expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d’établir la preuve d’un droit ou d’un fait ayant des conséquences juridiques.* (2) *Le faux et l’usage de faux sont punis de trois ans d’emprisonnement et de 300 000 F d’amende*”.

²⁸²Según se afirma en la Circular de 14 de mayo de 1993, en *Code Pénal. Nouveau Code Pénal*, Editions Dalloz, París, 1993, p. 2197, el que la falsedad de documentos informáticos pueda subsumirse en el art. 441-1 tiene como consecuencia que la falsificación y el uso de lo falso en este tipo de documentos, tipificadas en el Code Pénal francés anterior en los arts. 162-5 y 462-6, no se hayan incluido dentro del Capítulo III del Libro III, dedicado a los atentados a los sistemas de tratamiento automatizado de datos.

²⁸³Según este precepto “*Tout fonctionnaire ou officier public qui, dans l’exercice de ses fonctions, aura commis un faux, Soit par fausses signatures, Soit par altération des actes, écritures ou signatures, Soit par supposition de personnes, Soit par les écritures faites ou intercalées sur des registres ou d’autres actes publics, depuis leur confection ou clôture, Sera puni de la reclusion criminelle à perpétuité*”.

por particular sea demasiado amplia, atendiendo al concepto de falsedad establecido en el art. 441-1 CP francés.

Como preceptos de carácter especial y, por tanto, de aplicación preferente en relación con el art. 441-1, los arts. 441-2 y 441-4 tipifican, respectivamente, la falsedad en documentos librados por una Administración pública y en escrituras públicas o auténticas²⁸⁴. El primero de estos preceptos establece mayor penalidad que el art. 441-1 para los casos en que el objeto de la falsificación sea un documento administrativo²⁸⁵, instituyendo un segundo nivel agravatorio para los supuestos en que esa falsedad la cometa una persona depositaria de autoridad pública o encargada de una misión de servicio público en el ejercicio de sus funciones, se realice de manera habitual o con la intención de facilitar la comisión de un crimen o de procurar la impunidad a su autor²⁸⁶.

Más gravemente penada que la falsedad en documentos administrativos lo está la falsedad de documentos públicos o auténticos o en un registro ordenado por la autoridad pública. Tal modalidad falsaria contiene, a su vez, una hiperagravación circunscrita solamente a los casos en que la falsedad o el uso de lo falso lo hace una persona depositaria de autoridad pública o con cometido de servicio público actuando dentro del ejercicio de sus funciones²⁸⁷.

Teniendo en cuenta que la falsedad cometida por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, tanto en los documentos administrativos como en los públicos o auténticos, no se tipifica ya en un precepto a parte de los que criminalizan esas falsedades cuando las comete un particular, sino en los mismos artículos cualquiera que sea el sujeto que cometa la acción falsaria, con la salvedad del establecimiento de mayor penalidad para el funcionario, resulta difícil en el actual Código penal francés afirmar que los ilícitos falsarios de funcionario son delitos autónomos, y no meramente agravados²⁸⁸.

²⁸⁴También en Francia, al igual que en España, Italia o Alemania, se distinguen dentro del concepto de documentos emitidos por funcionarios, los administrativos - oficiales en el Código penal español- de los públicos, entendiéndose que el carácter de auténtico se lo da en Francia la Ley a todos los documentos redactados por funcionarios públicos, vid. ZOUSMANN, en *Code Pénal. Nouveau Code Pénal*, op. cit., p. 185.

²⁸⁵En la Circular de 14 de mayo de 1993, en *Code Penal. Nouveau Code Pénal*, op. cit., p. 2198, se afirma que la falsedad contenida en el art. 441-2 tiene mayor pena que la contenida en el art. 441-1, referida a documentos privados, lo cual es del todo lógico, acabando con la injustificada mayor penalidad que el anterior Código penal francés preveía para la falsedad en documento privado -art. 150- en comparación con la establecida para el documento administrativo - art. 153-.

²⁸⁶Art. 441-2 "(1) *Le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.* (2) *L'usage du faux mentionné à l'alinéa précédent est puni des mêmes peines.* (3) *Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 700 000 F d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis: 1° Soit par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions; 2° Soit de manière habituelle; 3° Soit dans le dessein de faciliter la commission d'un crime ou de procurer l'impunité à son auteur*".

²⁸⁷El art. 441-4 establece, "(1) *Le faux commis dans une écriture publique ou authentique ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende.* (2) *L'usage du faux mentionné à l'alinéa qui précède est puni des mêmes peines.* (3) *Les peines sont portées à quinze ans de réclusion criminelle et à 1 500 000 d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission.*"

²⁸⁸ZOUSMANN, en *Code Pénal. Nouveau Code Pénal*, op. cit., p. 183, establecía, refiriéndose al art. 146 del anterior Código penal francés que la circunstancia de que el

Contrariamente a lo que acontece con los documentos públicos o auténticos, en que, por mor del art. 441-4, las conductas incriminadas lo son solamente aquellas constitutivas de falsedad -entendiéndose por falsedad lo que el art. 441-1 CP francés define como tal- y el uso, el texto punitivo francés prevé otras conductas que no pueden considerarse estrictamente como falsedades y que tienen por objeto determinados documentos administrativos -los previstos en el art. 441-2-. Entre estos preceptos se encuentra la nueva incriminación de la tenencia de documentos administrativos falsos, regulada en el art. 441-3 CP francés²⁸⁹, en que la pena se modula en función de la cantidad de documentos falsos de este tipo poseídos por el autor²⁹⁰.

Tienen también como objeto de la acción los documentos emitidos por la Administración enunciados en el art. 441-2 las acciones descritas en los arts. 441-5 y 441-6. El primero de ellos incrimina la conducta de procurar fraudulentamente a otro uno de estos documentos, agravando la pena en los mismos supuestos en los que se aumenta en el art. 441-2. La agravación procede, pues, cuando sujeto activo lo sea una persona depositaria de autoridad pública o con misión de servicio público actuando en el ejercicio de sus funciones, concurra habitualidad o se realice con la finalidad de facilitar la comisión de un crimen o de procurar la impunidad a su autor²⁹¹.

En el art. 441- 6 se pena a quien se haga librar indebidamente, por cualquier medio fraudulento, uno de estos documentos por una Administración pública o por un organismo que tenga una misión de servicio público, y con la misma sanción a quien realice una declaración falsa ante una de estas entidades para para obtener una asignación, pago o ventaja también indebidos²⁹².

Por último, el código penal francés tipifica en su art. 441-7, con pena inferior a la falsedad genérica de documento -con menor penalidad que la falsedad en documento privado o mercantil-, acciones falsarias que tengan por objeto certificados o testimonios -*attestation*-, tanto si se emite uno de estos documentos

funcionario obrase en ejercicio de sus funciones era elemento constitutivo del ilícito y no sólo circunstancia agravante.

²⁸⁹La Circular de 14 de mayo de 1993, en *Code Pénal. Nouveau Code Pénal*, op. cit., p. 2199, justifica la inclusión de este precepto por la finalidad de acabar con el tráfico de documentos administrativos falsos.

²⁹⁰Art. 441-3 "(1) *La détention frauduleuse de l'un des faux documents définis à l'article 441-2 est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende. (2) La peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 F d'amende en cas de détention frauduleuse de plusieurs faux documents*".

²⁹¹El tenor del art. 441-5 es como sigue:"(1) *Le fait de procurer frauduleusement à autrui un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende. (2) Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 700 000 F d'amende lorsque l'infraction est commise: 1° Soit par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ; 2° Soit de manière habituelle; 3° Soit dans le dessein de faciliter la commission d'un crime ou de procurer l'impunité à son auteur*".

²⁹²El art 441- 6 establece concretamente "(1) *Le fait de se faire délivrer indûment par une administration publique o par un organisme chargé d'une mission de service public, par quelque moyen frauduleux que ce soit, un document destiné à constater un droit, une identité ou une qualité ou à accorder une autorisation est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende. (2) Est puni des mêmes peines le fait de fournir une déclaration mensongère en vue d'obtenir d'une administration publique o d'un organisme chargé d'une mission de service public une allocation, un paiement ou un avantage indû*".

constatando en ellos hechos materialmente falsos, como si se falsifica un testimonio o certificado originariamente sinceros o se hace uso de los mismos²⁹³.

En relación con los certificados y testimonios falsos de la primera modalidad comisiva del art. 441-6, aquéllos en los que se testimonian hechos materialmente inexactos, el art. 441-8 prevé una modalidad de corrupción específica. La forma de corrupción incriminada puede ser pasiva, por parte del profesional que solicita o admite ofrecimientos, promesas, dádivas, presentes o ventajas por emitir uno de estos documentos - agravada cuando la solicitud o admisión proviene de un profesional de la sanidad en uno de los testimonios enumerados en el pfo 3º del art. 441-8 -, o activa, en el supuesto en que se acceda a conceder aquellas peticiones, o se propongan al profesional o se utilicen vías de hecho o amenazas para conseguir este tipo de certificados o testimonios²⁹⁴.

Dejando de lado la tipificación de las distintas conductas falsarias, el art. 441-9 CP francés equipara en penalidad la tentativa de distintas falsedades documentales previstas en este capítulo al delito consumado, salvo en el caso del art. 441-3, que criminaliza la posesión de documentos administrativos falsos.

Para finalizar con el análisis del Derecho positivo francés en materia de falsedad, debe tan sólo advertirse que, junto a las penas privativas de libertad y las de multa que prevén los arts. 441-1 a 441-8, el art. 441-10 del mencionado Código establece una serie de penas aplicables a las personas físicas culpables de falsedad acumulables a las ya señaladas. Estas sanciones consisten en determinadas interdicciones y el comiso de los instrumentos utilizados para perpetrar la falsedad o del objeto falso mismo²⁹⁵. Asimismo, el art. 441-11 permite la aplicación de la sanción de interdicción de territorio francés a los extranjeros que

²⁹³El art. 441-7 reza "(1) *Indépendamment des cas prévus au présent chapitre, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende le fait: 1º D'établir une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexactes; 2º De falsifier une attestation ou un certificat originellement sincère; 3º De faire usage d'une attestation ou d'un certificat inexact ou falsifié.* (2) *Les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 300 000 F d'amende lorsque l'infraction est commise en vue de porter préjudice au Trésor public ou au patrimoine d'autrui*".

²⁹⁴El art. 441-8 establece "(1) *Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende le fait, par une personne agissant dans l'exercice de sa profession, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques pour établir une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexactes.* (2) *Est puni des mêmes peines le fait de céder aux sollicitations prévues à l'alinéa précédent ou d'user de voies de fait ou de menaces ou de proposer, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne agissant dans l'exercice de sa profession qu'elle établisse une attestation ou un certificat faisant état de faits inexactes.* (3) *La peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 F d'amende lorsque la personne visée aux deux premiers alinéas exerce une profession médicale ou de santé et que l'attestation faisant état de faits inexactes dissimule ou certifie faussement l'existence d'une maladie, d'une infirmité ou d'un état de grossesse, ou fournit des indications mensongères sur l'origine d'une maladie ou d'une infirmité ou sur la cause d'un décès.*"

²⁹⁵Según el art. 441-10 "(1) *Les personnes physiques coupables des crimes et délits prévus au présent chapitre encourent également les peines suivantes: 1º L'interdiction des droits civiques, civils et de famille suivant les modalités prévues par l'article 131-26; 2º L'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité de nature professionnelle ou sociale selon les modalités prévues par l'article 131-27; 3º L'exclusion des marchés publics; 4º La confiscation de la chose qui ha servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des objets susceptibles de restitution*".

cometan estos delitos²⁹⁶ y el art. 441-12 instaura, de acuerdo con la introducción de la responsabilidad penal de las personas “morales”, la posibilidad de imponer medidas -penas- a las personas jurídicas responsables de tales ilícitos²⁹⁷.

D) Código penal portugués

El texto punitivo portugués, el más moderno de los cuerpos jurídico-penales europeos analizados hasta el momento -promulgado el 17 de febrero de 1995 y vigente desde el 1 de octubre del mismo año- presenta un relativo interés científico, teniendo en cuenta que toma como modelo y sigue casi al pie de la letra al StGB, por lo menos en algunos aspectos de su regulación. Sin embargo, esta afirmación ha de matizarse en nuestro tema, en el sentido de que, si bien la influencia alemana es clara en la propia definición de documento o de registro técnico que da el Código, se aprecian en la tipificación de las falsedades características más propias del sistema francés o latino que del germánico. El ascendente francés se evidencia en la protección reforzada que el art. 256.3 establece para cierto tipo de documentos o con la previsión dentro del mismo capítulo dedicado a las falsedades, y no fuera de éste como ocurre en el StGB, de conductas falsarias que únicamente pueden ser cometidas por funcionario en ejercicio de sus funciones - art. 257-. Asimismo, la admisibilidad de la comisión de falsedades ideológicas por particular que se deduce del tenor del art. 256 constituye otra muestra de la influencia latina.

Las falsedades documentales se ubican en el capítulo II -en su sección II- dentro del Título IV, rubricado “de los delitos -*crimes*- contra la vida en sociedad” del Código penal portugués. Como inicio del capítulo -que lleva por título “de los delitos de falsificación”- se incluye una sección I que contiene un único artículo, el 255, en el que se establecen las definiciones de documento, registro técnico -*notação técnica*-, documento de identidad y moneda.

El concepto de documento dado por el art. 255.1 CP portugués²⁹⁸ no sólo incluye al escrito, sino al registrado en disco, cinta magnética o cualquier otro medio técnico, incluso a las señales o marcas realizadas sobre una cosa para probar hechos jurídicamente relevantes²⁹⁹, con lo que pueden entenderse incluidos aquí

²⁹⁶Art. 441-11 “*L’interdiction du territoire français peut être prononcée dans les conditions prévues par l’article 131-30, soit a titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, à l’encontre de tout étranger coupable de l’une des infractions définies au présent chapitre*”.

²⁹⁷En virtud del art. 441-12 “(1) *Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l’article 121-2, des infractions définies au présent chapitre.* (2) *Les peines encourues par les personnes morales sont: 1° L’amende suivant les modalités prévues par l’article 131-38; 2° Les peines mentionnées à l’article 131-39.* (3) *L’interdiction mentionnée au 2° de l’article 131-39 porte sur l’activité dans l’exercice de laquelle l’infraction a été commise*”.

²⁹⁸Para su confección según MAIA GONÇALVES, *Código penal português. Anotado e comentado e legislação complementar*, 7ª edição, 1994, Almedina, Coimbra, 1994, p. 549, se aprovecharon las disquisiciones de la doctrina alemana.

²⁹⁹El art. 255, letra a), establece “*Documento: a declaração corporizada em escrito, ou registrada em disco, fita gravada ou qualquer outro meio técnico, inteligível para a generalidade das pessoas ou para um certo círculo de pessoas, que, permitindo reconhecer o emitente, é idónea para provar facto juridicamente relevante, quer tal destino lhe seja dado do momento da sua emissão quer posteriormente; e bem assim o sinal materialmente feito, dado ou posto numa coisa para provar facto juridicamente relevante e que permite reconhecer à generalidade das pessoas ou a um certo círculo de pessoas o seu destino e a prova que dele resulta*”.

los *Beweiszeichen* que la jurisprudencia alemana ha equiparado al documento³⁰⁰. No solamente las declaraciones humanas destinadas desde el momento de su confección a hacer prueba son documentos -llamados documentos intencionales-, sino que también lo son aquellas en las que la determinación probatoria se produce tras su confección, los documentos ocasionales .

Las acciones falsarias que son comisibles por todos, tanto por funcionario como por particular, las fija el art. 256 CP portugués³⁰¹. Con este precepto se inicia la sección II del capítulo II, dedicada a la falsificación de documentos. En él se prevén tres modos de conducta distintos: por un lado, la fabricación de documento falso, el falsificar o alterar un documento, o abusar de la firma de otra persona -esto es, falsedades materiales-; por otro, hacer constar hechos jurídicamente relevantes falsamente en un documento -falsedad ideológica- ; por último, usar un documento fabricado o falsificado por otro. No basta cometer una de estas acciones para que la falsedad sea jurídicamente relevante, sino que además es necesario que las mismas se realicen “con intención de causar un perjuicio a otra persona o al Estado o de obtener para sí o para otro un beneficio económico”.

De todo esto resulta que la falsedad documental genérica en el Código penal portugués es en un aspecto más amplia, pero en otro más restringida en amplitud que la prevista en el § 267 StGB. Más vasta porque del texto del artículo puede deducirse la admisión de la comisión de falsedad ideológica por particular, que no se incluye en el Código penal alemán si no es con la figura de la falsa documentación mediata del § 271 o como participación en el § 348 StGB. Más estricta porque se exige la concurrencia de un específico ánimo no necesario en el StGB para que la falsedad sea susceptible de ser penada, como es el ánimo de causar perjuicio o de obtener beneficio ilegítimo.

La protección otorgada a todo tipo de documentos no es la misma en el Código penal portugués. El art. 256.3 establece una protección reforzada instrumentalizada a través de una mayor amenaza punitiva cuando se trata de ciertas clases de documentos; así los auténticos, los testamentos cerrados o ciertos títulos valores. En ese extremo difiere este cuerpo legislativo del Código penal alemán, que en su § 267 no establece diferencia alguna en función de cual sea el tipo de documento sobre el que recaiga la falsedad.

Tampoco es idéntica la penalidad aplicable a todos los hipotéticos sujetos activos que cometan una falsedad documental de las relacionadas en el art. 256 CP portugués. El nº 4 de este precepto instaura una agravación en la sanción penal cuando estas conductas las realicen funcionarios en el ejercicio de sus funciones o agentes³⁰². También en eso el Código penal portugués se separa del alemán, que no prevé agravación para los funcionarios en el delito previsto en el § 267. Incluso

³⁰⁰Vid. sobre el concepto *Beweiszeichen* supra cap. I, apartado 2.1.

³⁰¹El texto del art. establece “*Falsificação de documento. 1- Quem, com intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo: a) Fabricar documento falso, falsificar ou alterar documento, ou abusar da assinatura de outra pessoa para elaborar documento falso; b) Fizer constar falsamente de documento facto juridicamente relevante; ou c) Usar documento a que se referem as alíneas anteriores, fabricado ou falsificado por outra perssoa; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2- A tentativa é punível. 3- Se os factos referidos no nº 1 disserem respeito a documento autêntico ou com igual força, a testamento cerrado, a vale do correio, a letra de câmbio, a cheque ou a outro documento comercial transmissível por endosso, ou a qualquer outro título de crédito não compreendido no artigo 267 °, o agente é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos ou com pena de multa de 60 a 600 dias. 4- Se os factos referidos nos nº 1 e 3 forem praticados por funcionário, no exercício da suas funções, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.*”

³⁰²Tal agravación para el funcionario se repite en la falsificación de registro técnico (art. 258.4) y en el daño u sustracción de documento (art. 259.3).

el art. 257 CP portugués pune ciertas conductas falsarias, como omitir en un documento al que la ley atribuya fe pública hechos que el documento certifica o autentica o intercalar, incumpliendo las formalidades legales, un documento en protocolo, registro o libro oficial³⁰³.

Al igual que otros Códigos penales europeos ya analizados, el Código portugués dedica un precepto a la tipificación de conductas falsarias en testimonios y certificados y, lo mismo que aquellos otros textos punitivos, también es este caso la sanción prevista para estas acciones es inferior a la de la falsedad documental genérica, lo que configura un tipo privilegiado. El art. 260 es el dedicado a la regulación de tales conductas³⁰⁴. En él se prevén, tanto las emisiones de certificados o testimonios falsos por parte de médicos u otro tipo de personal sanitario expresamente mencionado en el precepto -en documentos de este carácter referidos a la salud, al nacimiento o muerte de una persona-, como la conducta del veterinario que confecciona testimonios o certificados falsos relacionados con animales. También se incluyen aquí -tal como hace el § 277 StGB en su primera modalidad comisiva- emitir dichos documentos arrogándose falsamente las cualidades o funciones (profesionales) necesarias para librarlos, o usar estos certificados o testimonios con la finalidad de engañar a una autoridad pública o perjudicar los intereses de otra persona.

Asimismo, en el art. 261 CP portugués se protegen otro tipo de documentos, aunque, contrariamente a lo que ocurre con el art. 260³⁰⁵ al que se acaba de hacer mención, el precepto no tipifica conductas falsarias propiamente dichas, sino los usos de documentos de identificación³⁰⁶ ajenos. En consecuencia, las acciones falsarias que tengan por objeto este tipo de documentos deberán reconducirse al art. 256, que criminaliza la falsedad documental genérica, mientras los usos abusivos de documentos de identidad auténticos pero emitidos en favor de otra

³⁰³Según el art. 257 “*Falsificação praticada por funcionário. O funcionario que, no exercício das suas funções: a) Omitir em documento, a que lei atribui fé pública, facto que esse documento se destina a certificar ou autenticar; ou b) Intercalar acto ou documento em protocolo, registo o livro oficial, sem cumprir as formalidades legais; com intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos*”.

³⁰⁴El texto del art. 260 es del siguiente tenor “*Atestado falso. 1- O médico, dentista, enfermeiro, parteira, dirigente ou empregado de laboratório o de instituição de investigação que sirva fins médicos, ou pessoa encarregada de fazer autópsias, que passar atestado ou certificado que sabe não corresponder à verdade, sobre o estado do corpo ou da saúde física ou mental, o nascimento ou a morte de uma pessoa, destinado a fazer fé perante autoridade pública ou a prejudicar interesses de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. 2- Na mesma pena incorre o veterinário que passar atestados nos termos e com os fins descritos no número anterior relativamente a animais. 3- Na mesma pena incorre quem passar atestado ou certificado referido nos números anteriores, arrogandose falsamente as qualidades ou funções neles referidas. 4- Quem fizer uso dos referidos certificados ou atestados falsos, com o fim de enganar autoridade pública ou prejudicar interesses de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias*”.

³⁰⁵Que, según afirma MAIA GONÇALVES, *Código penal português*, 7ª edición, op. cit., p. 554, constituye una disposición especial con respecto a la falsedad documental. Mantiene su opinión en *Código penal português*, 10ª edición, op. cit., p. 757.

³⁰⁶El Código penal portugués acoge un concepto amplio de documento de identificación, pues el art. 255, letra c), donde se define, dice “*Documento de identificação: o bilhete de identidade, o passaporte, a cédula ou outros certificados ou atestados a que a lei atribui força de identificação das pessoas, ou do seu estado ou situação profissional, donde possam resultar direitos ou vantagens, designadamente no que toca a subsistência, aboletamento, descolocação, assistência, saúde ou meios de ganhar a vida ou de melhorar o seu nível*”.

persona encuentran asiento en el art. 261 CP portugués³⁰⁷. También en esta concreta cuestión es patente el influjo que sobre el texto penal luso ha tenido el Código penal alemán, pues realizando un análisis comparativo de los Códigos penales estudiados hasta ahora, sólo el Código penal germano incluye dentro de las falsedades documentales los abusos de documento de identidad, en el § 281 StGB, otorgándoles con ello una protección reforzada. En ningún otro caso se pena específicamente el uso de un documento auténtico y verdadero emitido en favor de otra persona, conducta que, por otra parte, tiene poco que ver con el ilícito falsario documental.

Donde más clara resulta la ascendencia germana en la regulación de las falsedades documentales establecidas por el Código penal portugués es en la previsión de falsedades en registros técnicos³⁰⁸, en su art. 258³⁰⁹. El precepto incrimina acciones falsarias que atentan contra la autenticidad del registro - fabricar un registro falso o alterar uno auténtico- y las que lo hacen contra la veracidad del mismo -hacer constar falsamente en el registro hechos jurídicamente relevantes- o hacer uso éstos, así como la equiparación a estas conductas de las acciones perturbadoras sobre los aparatos técnicos que influyan sobre los resultados del registro. No obstante, las acciones descritas en el art. 258 CP portugués no se corresponden exactamente con las contenidas en el § 268 StGB vigente, en el que sólo se incluían, como ya se vio, la creación de un registro inauténtico y la alteración de uno auténtico, y la equiparación a éstas de las intervenciones molestas en la máquina que emite el registro, además de no exigirse la intención de causar perjuicio a otra persona o al Estado o de obtener para sí o para otro un beneficio ilegítimo, como hace el texto portugués.

Para concluir, debe mencionarse que la protección de la autenticidad o veracidad de los documentos o registros técnicos no es lo único que el Código penal portugués tutela en la falsedad documental. También protege la incolumidad o intangibilidad de estos objetos, dado que en el art. 259 de este cuerpo legal se criminalizan las conductas de daño o sustracción tanto de documentos cuanto de registros técnicos de los que el autor no pueda disponer o no pueda hacerlo en exclusiva o de los que otra persona pueda legalmente exigir la entrega o presentación³¹⁰.

³⁰⁷El precepto establece “*Quem, com intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, utilizar documento de identificação emitido a favor de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias*”.

³⁰⁸Que vienen definidos en el art. 255, letra b), CP portugués exactamente en los mismos términos en los que se caracterizan en el § 268.2 StGB, como “*a notação de um valor, de um peso ou de uma medida, de um estado ou do decurso de um acontecimento, feita através de aparelho técnico que actua, total ou parcialmente, de forma automática, que permite reconhecer à generalidade das pessoas ou a um certo círculo de pessoas os seus resultados e se destina à prova de facto juridicamente relevante, quer tal destino lhe seja dado no momento da sua realização quer posteriormente*”.

³⁰⁹El artículo, cuyo tenor es el siguiente “1- *Quem, com intenção de causar un prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo: a) Fabricar notação técnica falsa; b) Falsificar ou alterar notação técnica; c) Fizer constar falsamente de notação técnica facto juridicamente relevante; ou d) Fizer uso de notação técnica a que se referem as alíneas anteriores, falsificada por outra pessoa; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2- É equiparável à falsificação de notação técnica a acção perturbadora sobre aparelhos técnicos ou automáticos por meio da qual se influenciem os resultados da notação. 3- A tentativa é punível. 4- É correspondente aplicável o disposto no nº 4 do artigo 256º.*”, se corresponde con el § 266 del Código penal alemán de 1940, según afirma MAIA GONÇALVES, *Código penal português*, 10ª edición, op. cit, p. 755.

³¹⁰El art. 259 establece “1- *Quem com intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo, destruir,*

danificar, tornar não utilizável, fizer desaparecer, dissimular ou subtrair documento ou notação técnica, de que não pode ou não pode exclusivamente dispor, ou de que outra pessoa pode legalmente exigir a entrega ou apresentação, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2- A tentativa é punível. 3- É correspondentemente aplicável o disposto no nº 4 do artigo 256.º. 4- Quando sejam particulares os ofendidos, o procedimento criminal depende de queixa.”

2- ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO

2.1- Estudio de los modos comisivos enumerados en el art. 390 CP

El Código penal de 1995, conforme ya se advirtió en el epígrafe dedicado a la evolución histórica en la regulación de las falsedades en los textos punitivos españoles, ha supuesto, sin cambiar estructuralmente la tipificación de las falsedades en relación con nuestro derecho histórico, una importante simplificación del casuismo reinante en los modelos regulativos anteriores. Tanto es así que los distintos estudiosos del delito habían intentado establecer criterios en virtud de los cuales pudieran clasificarse las nueve modalidades comisivas que el art. 302 CP de 1973 establecía como falsedades documentales, bien atendiendo a si se trataba de falsedades materiales o ideológicas³¹¹, bien agrupándolas en torno al triple criterio de alterar un documento verdadero ya existente, de constatación falsa de un hecho o de formación de un documento totalmente falso³¹², o sintetizándolas en función de si la esencia de la acción se circunscribe a la alteración del contenido verdadero de un documento o a la confección de un documento falso³¹³.

³¹¹QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 188-189, mantenía que podía sintetizarse el casuismo acoplando los preceptos del Código penal a la clásica bipartición de las formas falsarias en materiales e ideológicas. De tal manera, constituirían falsedades materiales las de los números 1, 5, 6, 8 y 9 del art. 302 CP de 1973 e ideológicas las de los números 2 y 3, entendiendo que eran mixtas y que, por tanto, podían perpetrarse de ambas maneras las de los números 4 y 7 del art. 302 CP de 1973. En parecido sentido, aunque sin coincidir en las modalidades falsarias incluibles en cada una de las subdivisiones, CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. II (*parte especial*), op. cit., p. 264, para quien eran falsedades materiales las de los números 1, 6, 8 y 9 del art. 302 CP de 1973 e ideológicas las de los números 2, 3, 4, 5 y 7 del mismo precepto, aunque advertía que en el núm. 5 si la alteración de la fecha se efectuara raspando o haciendo desaparecer la legítima y sustituyéndola por la falsa, el hecho constituiría la falsedad material del núm. 6. También CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 531, sostiene que los procedimientos del art. 302 pueden ser clasificados en materiales e ideológicos, siendo del primer tipo los de los núms. 1, 6, 8 y 9 del art. 302 CP de 1973, y del segundo los núms. 2, 3, y 7, mientras el núm. 5 de carácter mixto, de manera que será material si la falsedad se efectúa sustituyendo la fecha verdadera por la falsa y será ideológica “si se comete declarando, a los efectos de que conste en un documento, una fecha por otra”.

³¹²RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 979, para quien se incluirían en la alteración de los documentos verdaderos ya existentes los núms. 1, 6 y 8 del art. 302, pertenecerían a la constatación falsa de un hecho los núms. 2, 3, 4, 5, y el segundo inciso del núm. 7 y positivizarían la formación de un documento totalmente falso tanto el núm. 9, cuanto el primer inciso del núm. 7, el dar copia en forma fehaciente de un documento supuesto. En el mismo sentido, BUSTOS, *Manual de derecho penal. Parte especial*, op. cit., pp. 346-347, asume la diferenciación establecida por RODRÍGUEZ DEVESA.

³¹³BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., pp. 328-329, parte de la diferenciación entre aquello que constituya alteración del contenido verdadero de un documento que el autor es competente para extender o expedir (en relación, por tanto, a la falsedad cometida por funcionario con abuso de su cargo), “sobre

La nueva regulación de las modalidades comisivas que establece el art. 390 CP³¹⁴ -que, aunque referido a las falsedades cometidas por funcionario en el ejercicio de sus funciones, es punto de partida obligado para poder caracterizar la conducta típica en los demás supuestos de falsedad- es mucho más sistemática que la del art. 302 CP de 1973; por tanto, no se halla tan necesitada de fijación de criterios clasificadores que simplifiquen la regulación. Sin embargo, esto no ha evitado que haya habido quien aplica también a la nueva tipificación la distinción tradicional entre falsedad material y falsedad ideológica³¹⁵.

No obstante, la ausencia de acuerdo doctrinal sobre el significado de los conceptos de falsedad material e ideológica, así como la mayor simplicidad en las descripción de las conductas en el art. 390 CP, constituyen fundamentos que nos conducen abandonar este criterio. Ello no obsta a que, en virtud de la distinta esencia de cada uno de los comportamientos previstos, pueda encontrarse un criterio acorde con el bien jurídico protegido en las falsedades documentales en función del cual proceder a la caracterización de las modalidades comisivas. Siendo el objeto a proteger en este delito, como ya se dijo, las distintas funciones que el

todo documentando falsamente en él circunstancias referidas a la identidad y circunstancias de las partes (núm. 2), a sus manifestaciones o a sus hechos (núms. 3, 4 y 6), a las fechas de las mismas (núm. 8), a la existencia de otro documento (núm. 7)", y aquello que integre la confección de un documento inauténtico, esto es, las acciones descritas en los núms. 1 y 9 de art. 302 CP de 1973. Acoge también el criterio clasificador establecido por BACIGALUPO, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 308 y ss, quien, siguiendo a CARNELUTTI, afirma que "la modificación de un documento puede llevarse a cabo en el mismo instante en el que se forma, mediante la constatación en él de hechos relevantes jurídicamente, distintos de los que legítimamente deberían aparecer", sosteniendo con ello un concepto amplio de alteración que le permite incluir en la misma no sólo intervenciones materiales sobre documentos ya confeccionados, sino alteraciones del contenido que "debería tener" el documento en el momento de confeccionarlo. También DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 86, recondujo el casuismo del art. 302 CP de 1973 a dos fórmulas fundamentales: la alteración de un documento originariamente verdadero, bien en sus elementos formales o en su contenido, y la creación de un documento enteramente falso.

³¹⁴En virtud del pfo. 1º de este precepto "Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos."

³¹⁵En este sentido LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., p. 170, para quienes "con la presente regulación es posible la distinción entre falsedad ideológica y falsedad material", aunque consideran que la falsedad ideológica es "la alteración de contenido o creación de signo o documento totalmente falso" y la material es "la intervención sobre documento o signo previamente existente, para alterar su significado". Vuelve a observarse aquí la poca unanimidad de la doctrina en orden a caracterizar los conceptos de falsedad ideológica y material, puesto que la creación de un documento falso *ex novo*, que tradicionalmente se ha considerado como una forma de falsedad material -vid. supra cap. II, apartado 1.1.2- se caracteriza por los autores aquí referidos como una falsedad ideológica. Cfr. también, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 663, para quien los supuestos 1º y 2º art. 390 CP son falsedades materiales y los núms. 3º y 4º constituyen formas falsarias ideológicas; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 1735 y ss; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 187 y ss.; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 317 y ss.; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 235; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *La falsedad ideológica*, op. cit., pp. 429 y ss.

documento desempeña en el tráfico jurídico -esto es, la función de garantía, la de perpetuación y la probatoria- puede observarse como no todas las conductas establecidas en el art. 302 CP afectan por igual a las tres tareas que el documento desarrolla. De tal manera, cabe afirmar que la alteración de documento, prevista en el núm. 1º del art. 390.1, afecta fundamentalmente a la función de perpetuación del soporte, en tanto supone una modificación de un documento ya existente. Frente a ello, con la simulación total o parcial de documento -art. 390.1.2º CP- se ve esencialmente alterada la función de garantía. Finalmente, es la función probatoria la inmediatamente alterada en los supuestos previstos en los núms. 3 y 4 del art. 390.1 CP, en aquellos casos en que se supone en un acto la intervención de personas que no la han tenido o se atribuye a las que lo han hecho declaraciones o manifestaciones que no hubiesen efectuado, o se falta a la verdad en la narración de los hechos³¹⁶.

No se pretende con esto afirmar que cada una de las modalidades previstas en el art. 390 CP afecten única y exclusivamente a una de las funciones que la institución del documento está llamada a desempeñar. Estas funciones no constituyen compartimentos estanco; de ahí que, por ejemplo, la atribución de una declaración documental a alguien que no la ha efectuado, lo que constituiría una simulación de documento afectante fundamentalmente a la función de garantía, no dejaría intacta la función probatoria de ese documento. Sin embargo, sí es cierto que todas las acciones falsarias incluíbles en cada una de las modalidades previstas en el art. 390 CP afectan siempre e inmediatamente a la misma función del documento, pudiendo atentar eventualmente contra las demás. Por tal razón, ha de ser esta función directa e invariablemente alterada por cada una de las conductas la utilizada de manera primordial para la caracterización de las mismas. Lo que se pretende pues, en los epígrafes siguientes, es operar una interpretación del tipo de la falsedad documental en clave funcionalista que permita, además de establecer las características de cada una de las modalidades falsarias, dibujar los límites de la tipicidad.

2.1.1- Afectación a la función de perpetuación del documento

La conducta tipificada en el núm. 1 del art. 390.1 CP, esto es, la alteración de un documento en alguno de sus requisitos o elementos de carácter esencial, afecta fundamentalmente a la función de perpetuación del documento³¹⁷, que es aquella que diferencia a los documentos, las declaraciones fijadas sobre un soporte material y que perduran en el tiempo, de las manifestaciones orales. No obstante, las alteraciones efectuadas sobre un documento ya confeccionado no siempre afectan exclusivamente a la mencionada función; la afectación preferente a la función de perpetuación se produce claramente cuando quien efectúa la modificación es el propio autor del documento en un momento posterior en el que haya perdido toda disponibilidad sobre el mismo, pero no en los casos, más comunes, en que es persona distinta del propio autor quien efectúa la modificación. En el segundo grupo de supuestos, la función directamente alterada, además de la

³¹⁶En parecido sentido, BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 3; sigue a este autor, LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1065; implícitamente QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 508, en que advierte que se protege la autenticidad y la veracidad, pero también la integridad documental. De distinta opinión, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 295, quien considera que las agresiones a la indemnidad del documento -a la función de perpetuación- no se protegen en la falsedad documental por tener una menor trascendencia.

³¹⁷Ya FINZI, *I reati di falso*, 1920, op. cit., p. 437, admitía que con la creación de una cosa falsa se atentaba contra la genuinidad, mientras que con la alteración de una cosa verdadera se atentaba contra lo que el denominó "*inalteratezza*".

de perpetuación, es la de garantía, desde el momento en que se está atribuyendo a una persona una declaración distinta a la efectuada, disociándose, por tanto, el autor real y el aparente del documento.

Dentro del actual núm. 1 del art. 390.1 CP podrán entenderse incluidas tanto las alteraciones genéricas previstas anteriormente en el núm. 6 del art. 302 CP de 1973, cuanto otros supuestos específicos establecidos en aquel mismo precepto y que no eran más que formas de alteración expresamente tipificadas. Esto puede predicarse de las alteraciones de fecha verdadera, recogidas en el núm. 5 del art. 302 CP de 1973 -siempre y cuando se tratase de casos en los que la fecha se modificase en un documento ya acabado³¹⁸ y no en aquellos supuestos en los que en el momento de efectuarse la documentación se antedatase o postdatase un documento, que ahora habrán de incluirse en el “faltar a la verdad en la narración de los hechos”- o los tipificados en el anterior núm. 8, “intercalando cualquier escritura en un protocolo, registro o libro oficial”³¹⁹.

A) Concepto de alteración

La alteración ha sido tradicionalmente concebida como una forma específica de falsedad material³²⁰, intermedia entre la supresión y la contrafacción³²¹. Consiste en la realización de cualquier modificación sobre un documento ya acabado, en cualquier variación del tenor de un documento ya existente. Supone, pues, la intervención sobre el “soporte” documental que muta su originaria forma³²²; de

³¹⁸CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. II (*parte especial*), op. cit., p. 264, defendía ya en el anterior Código penal la aplicación del núm 6, esto es, de la alteración genérica en estos casos.

³¹⁹Aunque aparentemente tal conducta constituiría una modalidad de alteración de un documento complejo, ha sido lo suficientemente problemático el tratamiento de este tipo de falsedades en Alemania como para que se le dedique más adelante un mínimo de atención. Ya JIMÉNEZ ASEÑO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 484, incluía dentro del concepto de alteración los núms. 5, 6 y 8 del art. 302 CP de 1973. Para QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1736, dentro del art. 390.1.1º se incluye, además de los supuestos previstos en los núms. 5, 6, y 8 CP de 1973, el contrahacer y fingir firma.

³²⁰En este sentido vid., por todos, CARRARA, *Programa de Derecho criminal. Parte especial*, pp. 274 y ss, §§ 3648 y ss, quien incluye entre las falsedades materiales la fabricación de un documento falso y la alteración de documento verdadero; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 605; para QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit, p. 661, el núm 6 del art. 302 CP de 1973 consignaba una mera definición de la falsedad material, que podía servir de modelo a todas ellas y que hacía superflua la casuística precedente y subsiguiente. Pero en ningún caso ha de otorgarse al concepto de alteración del art. 390.1.1º CP un sentido tan amplio como el dado a la misma por GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 309, en que considera también alteraciones las intervenciones ideológicas, y que ella utiliza como criterio aglutinador de los modos comisivos de la falsedad en el art. 302 CP de 1973. Puede observarse una cierta restricción del concepto de alteración que actualmente mantiene esta autora en GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 114.

³²¹Así CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., p. 44, para quien la alteración tenía esta naturaleza intermedia en virtud de que supone la supresión de una prueba que debería existir y pone en su lugar otra diversa, resultando de la combinación de una supresión y una contrafacción parcial; de parecida opinión, CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 12, para quien la contrafacción y la supresión constituyen dos polos, positivo y negativo, de un comportamiento material sobre el instrumento de prueba, en relación con los cuales la alteración es la figura intermedia.

³²²La estrecha relación de la modalidad falsaria de la alteración con la materialidad del documento se evidencia en aquellos estudios existentes sobre técnicas de falsificación orientados específicamente a esta modalidad (además de a la simulación). Un amplio

modo que, tras la realización de esta modalidad falsaria, se produce con el documento la impresión de procedencia de la declaración en la forma actual por parte del autor inicial de la misma sin que ello sea así³²³. Tal modificación del inicial tenor del documento puede producirse de tres diversos modos³²⁴: en primer lugar, mediante la supresión de palabras, frases, números o datos que formaban parte del texto del documento inicial y que dejan de hacerlo tras la alteración, cualquiera que sea el medio empleado para ello -piénsese, por ejemplo, en un supuesto en el que una secretaria encargada de custodiar las actas donde se contienen las calificaciones de los alumnos, visto que el profesor había suspendido a un conocido, borra el nombre del mismo y la calificación obtenida por éste-. En segundo lugar, añadiendo al documento palabras, frases, números o datos que no se contenían en él inicialmente -como podría ser la introducción de una cláusula en un contrato en un momento posterior al de su perfección³²⁵-. Finalmente, realizando

análisis de los modernos métodos de detección de manipulaciones falsarias puede verse en PIRONE, *Il falso in scrittura*, Ed. Cedam, Padova, 1996 o en ANTÓN BARBERÁ/MÉNDEZ BAQUERA, *Análisis de textos manuscritos, firmas y alteraciones documentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

³²³En este sentido, en relación con la *Verfälschung* alemana, vid. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 142, MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit. p. 217; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 315. En la doctrina italiana vid. FINZI, *I reati di falso*, 1920, op. cit., p. 437.

³²⁴La generalidad de la doctrina admite estos tres modos como aquellos mediante los cuales puede articularse la alteración, cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 836; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 CP*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 58; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 77-78, que entiende que los casos de sustitución de uno de los elementos del documento resultan de la combinación de una supresión y de una contrafacción parcial; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 438; MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 78; CRESPI/STELLA/ZUCALLA, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., p. 890; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2023, nm. 65; SCHILLING, *Reform der Urkundenverbrechen*, op. cit., pp. 34 y ss., cuando habla de alteraciones documentales que aumentan o disminuyen los signos que contienen los documentos y de aquellas que suponen la supresión de determinados signos y la adición de otros. La intercalación, a que se hacía referencia en el art. 302.6 CP de 1973 y que se omite en el actual art. 390.1.1º no sería más que una forma específica de adición, según la opinión de GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 310; en la doctrina francesa, DELVAL, *Faux et fraudes. La criminalité internationale des faux documents*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1998, pp. 72 y ss.

³²⁵Califica este supuesto como de alteración en documento privado, esto es, art. 306 en relación con el art. 302. 6 CP de 1973 la STS de 2 febrero 1985 (RJ 1121); en el supuesto en que un recibo de arrendamiento en el que se añaden, una vez firmado por las partes, datos destinados a suponer que parte de la cantidad se debía a fianza y sólo una pequeña porción a cuota mensual, calificado por el TS, en sentencia de 25 octubre 1982 (RJ 5683), como falsedad del art. 306 en relación con el 302.6 CP de 1973; o el caso en el que en un cheque ya realizado se intercale la frase "pendiente de conformidad", calificado por el art. 303 en relación con el art. 302. 6 CP de 1973 por el Tribunal Supremo en STS 9 marzo 1987 (RJ 2557); el supuesto en el que en un documento privado en que otorga la concesión vitalicia y gratuita de disfrutar un piso se añaden la de gratuidad de los suministros de agua, luz, fuerza y gas, constitutivo de falsedad del art. 306 en relación con el art. 302.6 CP de 1973 según la STS 3 junio 1983 (RJ 3083); el caso en el que el director de un colegio privado, tras hacer firmar a una profesora despedida el devengo del último salario, añade la palabra "con lo que considero finiquitadas" en el escrito y el detalle de la liquidación, considerado por el TS, en sentencia de 30 septiembre 1993 (RJ 7022), como un caso de falsedad del art. 306 en relación con el art. 302.6 CP de 1973; adición a un pagaré ya firmado por el librador de una cláusula que modifica la naturaleza del documento, calificada como falsedad del art. 302.6 en relación con el 303 CP de 1973 por STS 3 abril 1996 (RJ 2871).

las dos operaciones mencionadas, esto es, suprimiendo o destruyendo una parte del documento que es, a su vez, sustituida por otra distinta. Ésta última constituye, en definitiva, la forma más común de alteración documental, como lo demuestra la praxis jurisprudencial, en los numerosos casos en los que la conducta del falseador consiste en la sustitución de la fotografía del titular de un documento de identidad o de un permiso de conducir genuino³²⁶ -con eventual modificación de los datos personales del beneficiario- o aquellos otros en los que se alteran cantidades consignadas en distintos títulos valores -como cheques, talones, pagarés o letras de cambio³²⁷-, además de otros muchos supuestos imaginables³²⁸.

La alteración por supresión de partes del documento no sólo ha de hacerse extensiva a aquello que constituya el tenor del documento, o sea, a aquello que se

³²⁶En este sentido, cfr. SsTS 14 junio 1983 (RJ 3416), 24 febrero 1983 (RJ 1722), 8 julio 1985 (RJ 3996), 27 enero 1986 (RJ 186), 17 marzo 1986 (RJ 1650), 25 marzo 1986 (RJ 1687), 9 febrero 1988 (RJ 984), 29 febrero 1988 (RJ 1362), 22 marzo 1988 (RJ 2074), 25 marzo 1988 (RJ 2097), 4 julio 1988 (RJ 6476), 12 julio 1988 (RJ 6565), 28 octubre 1988 (RJ 8242), 15 febrero 1989 (RJ 1576), 10 marzo 1989 (RJ 2601), 23 diciembre 1989 (RJ 9766), 10 abril 1989 (RJ 3417), 18 febrero 1989 (RJ 1596), 4 febrero 1991 (RJ 741), 17 mayo 1991 (RJ 3689), 27 mayo 1991 (RJ 3872), 31 octubre 1991 (RJ 7478), 29 febrero 1992 (RJ 1507), 17 marzo 1994 (RJ 2327), 3 mayo 1994 (RJ 3646), 24 octubre 1994 (RJ 8172), 19 enero 1995 (RJ 570), 22 junio 1995 (RJ 4582); 18 julio 1996 (RJ 6069); 22 enero 1997 (RJ 45); 23 marzo 1998 (RJ 2814). Dado el tratamiento punitivo unitario que ahora tienen las falsedades en documentos de identidad y permisos de conducir, que la jurisprudencia del TS ha considerado tradicionalmente documento oficiales, es por lo que en las sentencias arriba enumeradas se han incluido, sin distinguos, las alteraciones efectuadas en los dos tipos de documentos.

³²⁷En este sentido, cfr., entre otras, SsTS, 22 noviembre 1989 (8695) y 4 mayo 1990 (RJ 3848) sobre el cambio de cuantía en un talón, 13 diciembre 1990 (RJ 1990), respecto de una letra de cambio en blanco en la que se altera la cifra puesta, 10 julio 1992 (RJ 6666) en que se cambia la cantidad por la que se había librado un cheque. Si bien en los casos en los que, no modificándose la cantidad originariamente establecida, sino añadiéndose a la misma un dígito en la cantidad establecida en números y una palabra en la cantidad establecida en letras nos hallaremos ante un caso de alteración por adición (así en el supuesto enjuiciado por la STS 1 julio 1991 (RJ 5495), en el que se añaden la palabra ciento y el dígito 1 a las cantidad en cifras y en letras de un cheque). También se incluirán aquí los supuestos en los que se altere el número de un billete de lotería, por ejemplo, que aunque en algunas ocasiones el TS había calificado como de falsedad por alteración en documento del art. 303 CP de 1973, lo había hecho no sin interrogarse sobre la posible aplicación al caso del art. 291 CP de 1973, dedicado a la falsificación de títulos al portador. Vid. también sobre el cambio de número en un cupón de la ONCE verdadero la STS de 18 enero 1991 (RJ 149), que lo califica como falsedad del art. 302.6 en relación con el art. 303 CP de 1973.

³²⁸A modo de ejemplo caben los siguientes supuestos extraídos de la jurisprudencia del TS: cambiar el nombre y fecha de nacimiento del titular y la fecha de expedición de un permiso de conducir, calificado por el TS como falsedad en documento oficial del art. 303 CP de 1973 en relación con el art. 302.6, en STS de 23 marzo 1983 (RJ 2167); alterar el segundo apellido en una partida de bautismo para poder contraer segundo matrimonio sin estar aún disuelto el primero, STS de 23 noviembre 1983 (RJ 5686); cambiar en una certificación del acta de nacimiento el nombre real por otro distinto, en la STS de 7 mayo 1984 (RJ 2476); sustituir en un documento las palabras "orden de pedido" por las de "factura provisional", que el TS, en sentencia de 2 de enero de 1986 (RJ 118) calificó de falsedad en documento mercantil del art. 302.6 en relación con el art. 303 CP de 1973; el supuesto en que un funcionario auxiliar, no miembro de un tribunal de pruebas de acceso a la universidad modificó en las actas las calificaciones obtenidas por distintos alumnos, STS 9 junio 1987 (RJ 4698)); el cambio en una receta de la Seguridad Social del nombre del medicamento que el médico indicó en ella por otro distinto, STS de 18 mayo 1993 (RJ 4168); o la sustitución, en un automóvil, de la placa de matrícula legítima por otra distinta, que el Tribunal Supremo califica como falsedad por alteración en STS 27 marzo 1998 (RJ 4015).

incorpore sobre la base física que le sirve de soporte -lo que conformará el texto en los documentos escritos-, sino también a aquellas conductas en que se dañe la misma base física sobre la que la declaración humana se plasma, siempre que con ello se altere la declaración³²⁹. Así, constituirán alteraciones documentales los casos en los que se rasgue parte del papel en el que se contiene una determinada manifestación, o en los que de una declaración, contenida en varios folios, se separe uno o varios de ellos, se destruyan éstos o no, y cuando con ello no se impida reconocer al autor de la parte de declaración que queda inalterada. Y esto por la sencilla razón de que, si bien en los documentos escritos es relativamente fácil distinguir entre lo que constituya destrucción parcial del soporte, por un lado, y destrucción parcial de la declaración, por otro, en otro tipo de soportes documentales aparecidos con las nuevas tecnologías, resulta más difícil operar tal disociación. Piénsese, como muestra, en las cintas magnetofónicas, en las que, aunque cabe borrar parte de la cinta sin alterar la misma, es complicado cortar una porción ésta sin que con ello se afecte a la propia declaración, y lo mismo cabría decir de los documentos electromagnéticos contenidos en disquetes de ordenador.

Ahora bien, tal interpretación del concepto alteración no puede hacernos llegar tan lejos que permita incluir en el art. 390.1.1º CP supuestos de destrucción u ocultación total del documento³³⁰. No se discute que son tanto o más atentatorios que la destrucción por alteración parcial contra la función de perpetuación del documento; sin embargo, nuestro legislador no ha pretendido incluirlos en las falsedades documentales, a pesar de que otros Ordenamientos Jurídicos sí lo hayan hecho³³¹. Operar con un concepto tan amplio de alteración que criminalizara estos supuestos vía falsedad supondría una interpretación extensiva de la Ley penal contraria al reo. El resultado de estas conductas no consiste en la subsistencia de una declaración en el tráfico de distinto tenor al de la inicialmente otorgada, sino en la desaparición de la declaración misma³³².

La característica fundamental de la alteración y la razón por la cual se considera que afecta fundamentalmente a la función de perpetuación del documento la constituye la necesidad de que se opere sobre un documento ya existente completo, que tenga todos los elementos esenciales para poder ser considerado documento en virtud de lo que dispone el art. 26 CP. La previa existencia del documento constituye, a su vez, la diferencia básica entre la alteración por adición y la simulación parcial de documento, pensada para supuestos en los que el documento no se halla completamente confeccionado³³³.

³²⁹CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 837, admite que la alteración de documento puede producirse por supresión alguna de sus partes incluso "no escritas". En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código penal de 1995*, op. cit., p. 56.

³³⁰En sentido contrario, BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades*, op. cit., p. 3, quien, partiendo de que alterar es sinónimo de dañar, considera que en la alteración del art. 390.1.1º CP caben los casos de destrucción o daño de un documento.

³³¹Así el art. 259 CP portugués, el art. 490 CP italiano o el § 274 StGB.

³³²En el mismo sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 115; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 317.

³³³En tal sentido CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 221, entendía que la diferencia entre alteración y contrafacción consiste en el hecho de que la contrafacción se produce sin que exista antes un documento genuino, mientras que la alteración viene efectuada sobre un documento, no importa si genuino o, a su vez, falso; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 381, hace también hincapié en que la alteración presupone la existencia de un documento o de una representación de pensamiento fijada sobre una base, lo que justamente diferencia a la alteración de la supresión; en el mismo sentido, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 790. CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1061, consideraba, sin embargo, incluido en el anterior art. 302.6 CP de 1973 el supuesto de

Es decir, el incluir una nueva cláusula en un contrato ya finalizado y firmado por las partes será subsumible en el art. 390.1.1º CP, mientras que si el contrato no está aún del todo confeccionado, pero es ya individualizable su autor -por la firma o porque así se desprenda del escrito-, la misma adición de la cláusula no se criminalizará como falsedad por alteración, puesto que no se halla escriturada una declaración completa cuya función de perpetuación pueda resultar afectada. Cabrá entonces acudir al art. 390.1.2º CP, al afectarse a la función de garantía, desde el momento en que se atribuye a unas determinadas personas, los otorgantes del contrato, una declaración que éstos no hayan efectuado.

La misma jurisprudencia del Tribunal Supremo ha exigido también que la alteración debe operar sobre un documento ya existente al que se cambie su sentido³³⁴. A pesar de ello no siempre ha respetado la premisa por ella misma aceptada, condenando por la modalidad comisiva del art. 302. 6 CP de 1973 en casos en los que la actividad falsaria tenía lugar sobre un documento no concluido o en el mismo momento de efectuarse la documentación³³⁵, con lo que en puridad no puede hablarse de alteración.

En conclusión, puede decirse que la falsedad por alteración es la única de las modalidades falsarias que presupone la existencia de un documento perfecto que se modifica, haciendo aparecer como otorgada por el inicial autor una declaración distinta de la que realmente efectuó. En contraposición, las demás modalidades comisivas previstas en el art. 390 CP consisten en conductas que se producen en el momento de efectuarse la documentación, ya afecten fundamentalmente a la función de garantía o a la probatoria del documento.

creación o formación parcial falsa, puesto que, según su parecer, no podía reconocerse como válida la hipótesis de documento parcialmente formado sin que se integrase esta formación en un documento preexistente.

³³⁴La STS 22 de marzo 1992 (RJ 2587) establece que la modalidad comisiva del art. 302.6 CP de 1973 suponía la existencia de un documento verdadero en el que se llevase a cabo la alteración que cambiase sustancialmente su sentido.

³³⁵Cfr. SsTS de 1 junio 1984 (RJ 3497), en la que se condena por el art. 302.6 CP de 1973 a unos funcionarios encargados de la venta de impresos oficiales que incrementan en número de impresos nulos apropiándose del precio de venta y liquidando más impresos como nulos de los realmente existentes en el parte que diariamente remiten al Ministerio de Justicia; 15 febrero 1984 (RJ 1135), en el supuesto en que una persona que recibe recetas de la Seguridad social con la firma del médico ya falsificada las rellena a su nombre y con determinado fármaco, en que se condena por la falsedad ideológica del núm. 2 del art. 302 CP de 1973 junto a la modalidad de alteración de documento; 29 mayo 1985 (RJ 2556), en que se condena por el art. 303 CP de 1973 en relación con el art. 302.4 y 6 a un conductor de ambulancia contratado por el INSALUD que presenta a este organismo facturas por mayor kilometraje y mayor cuantía que los realmente efectuados con los pacientes; por los mismos preceptos que esta última castiga la STS 16 diciembre 1987 (RJ 9786) a un funcionario que elabora una lista que sirve de base a la lista definitiva de beneficiarios del servicio especial de autónomos de la Seguridad Social incluyendo a personas no afiliadas; 28 febrero 1991 (RJ 1567) en el que el TS condena por el art. 303 en relación con el 302.6 a una persona que vende una finca y consigna un precio superior al real para evitar que opere el retracto de un vecino; 5 marzo 1992 (RJ 1735) en que un empresario incluye en un boletín de cotización de la Seguridad Social más trabajadores de los que realmente tenía para obtener una subcontrata; STS 2 diciembre 1994 (RJ 10005) en que se califica por los núms. 4, 6, 7, y 9 del art. 302 CP de 1973 la conducta de una persona que se hace con impresos 110, justificantes de ingresos en delegaciones de Hacienda, en los que aparece el sello legítimo de la sección de recepción de documentos de Hacienda y rellena el impreso haciendo ver que ha ingresado determinadas cantidades confiadas a él para el pago de impuestos de las que se ha apropiado; y la misma calificación había dado en ocasiones al abuso de firma en blanco, así en STS de 29 septiembre 1987 (RJ 6600), en un documento privado en el que el mandatario debía consignar una renuncia de los firmantes al cobro de ciertas comisiones que les pertenecían y en el que añade, contra el mandato, un reconocimiento de deuda de éstos a su favor.

Ahora bien, el Código penal de 1995 presenta respecto al anterior texto punitivo una modificación que puede parecer fundamental, pues mientras el último exigía en el art. 302.6 que la alteración o intercalación se produjese sobre un “documento verdadero”, el art. 390.1.1º CP omite toda referencia a la veracidad o autenticidad del documento sobre el que se opera una modificación constitutiva de falsedad. Este significativo cambio puede tener trascendencia en el supuesto de ulterior falsificación de un documento ya falso o falsificado. No se nos oculta que este tipo de actividades falsarias se subsumirán generalmente en la modalidad comisiva que ahora nos ocupa. Sin embargo, la necesidad de analizar previamente otros conceptos relacionados con la falsedad documental -como el de autenticidad- nos hace retrotraer su estudio al momento en que se trate la falsedad en documento inválido³³⁶.

B) Criterios para la determinación de la esencialidad en la alteración

El supuesto contemplado en el art. 390.1.1º CP es el único en el que para la tipicidad de la falsedad se exige que la acción haya de recaer sobre un elemento o requisito esencial del documento³³⁷. A pesar de continuar siendo esta la única modalidad falsaria en la que se produce dicha exigencia, la doctrina³³⁸, así como la jurisprudencia³³⁹ española, han considerado que tal requisito debería extenderse a todas las formas en que la falsedad puede efectuarse, esto es, a todos y cada una de los modos comisivos enumerados en el actual art. 390 CP. No ha faltado tampoco quien postula que el único caso en el que procede que el tipo haga referencia a la esencialidad de la falsedad es el de la alteración³⁴⁰.

³³⁶Cfr. infra cap. II, apartado 2.3.

³³⁷En parecido sentido, el núm. 6º del art. 302 CP de 1973 el único en el que se requería que la alteración o intercalación variase el sentido del documento.

³³⁸QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 184, consideraba que sería deseable que “en lugar de consignarse como vergonzantemente en el texto del número de un artículo” la exigencia de que la falsedad variase el sentido del documento “se estampase como presupuesto elemental de las falsedades documentales todas”. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 661.

³³⁹La doctrina del Tribunal Supremo se ha referido a la esencialidad de la falsedad en concreto para los supuestos de alteración del documento, así, por ejemplo, en la STS 26 noviembre 1990 (RJ 9162), en la que se establece que la alteración “ha de afectar a partes esenciales, que el significado, contenido, repercusión y efectos del documento se varíe de manera trascendental, notoria, importante y manifiesta; de parecido tenor cfr. STS 22 marzo 1990 (RJ 2587). No obstante, tal requisito lo ha extendido también a otras modalidades falsarias, como la prevista en el núm. 4 del art. 302 CP de 1973, vid. SsTS 4 febrero 1987 (RJ 1190), 16 mayo 1992 (RJ 4318), 3 diciembre 1992 (RJ 9914), 25 enero 1993 (RJ 195), 21 diciembre 1993 (RJ 9600), para la que la jurisprudencia se ha visto abocada a efectuar una interpretación restrictiva del tipo, sobre todo por la posible comisión del “faltar a la verdad en la narración de los hechos” por los particulares en el CP de 1973; no obstante, la esencialidad en la mutación de la verdad la ha hecho extensiva al concepto mismo de falsedad y predicable, por consiguiente, de cualquiera de las modalidades falsarias; cfr., en este sentido SsTS 25 octubre 1982 (RJ 5683), 20 diciembre 1982 (RJ 7747), 20 enero 1983 (RJ 28), 1 marzo 1983 (RJ 1743), 27 junio 1983 (RJ 3591), 16 julio 1984 (RJ 4056), 25 junio 1985 (RJ 3049), 23 diciembre 1985 (RJ 6460), 6 marzo 1986 (RJ 1265), 15 diciembre 1986 (RJ 7916), 5 junio 1987 (RJ 4517), 30 mayo 1987 (RJ 4058), 15 marzo 1988 (RJ 2025), 24 junio 1988 (RJ 5345), 5 marzo 1992 (RJ 1736), 28 junio 1993 (RJ 5297), 15 enero 1994 (RJ 15), 18 marzo 1994 (RJ 2343), 25 abril 1994 (RJ 3437), 18 mayo 1994 (RJ 3931), 18 octubre 1994 (RJ 1994), 19 diciembre 1994 (RJ 10595), 8 noviembre 1995 (RJ 8092); 20 febrero 1998 (RJ 1181); 2 marzo 1998 (RJ 1758); 26 mayo 1998 (RJ 4995); 8 junio 1998 (RJ 5155).

³⁴⁰Mantienen esta opinión, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 979, nota 4. Modifica posteriormente su parecer SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 656, para quien la

Ha sido justamente la exigencia de la esencialidad de la falsedad la que ha conducido a la jurisprudencia a operar una interpretación restrictiva del tipo de las falsedades³⁴¹ que le ha llevado a declarar la impunidad de determinadas conductas que colman las exigencias de los tipos falsarios pero que, en realidad, no integran la antijuricidad material propia de la falsedad documental³⁴².

No obstante, los criterios en virtud de los cuales la praxis jurisprudencial y los juristas determinan la esencialidad de la falsedad no son unívocos. La jurisprudencia, por su parte, ha contrapuesto los extremos esenciales del documento con los inocuos o inanes³⁴³, lo que, a *contrario sensu*, supone que elemento esencial lo será aquel cuya modificación pueda suponer algún tipo de perjuicio³⁴⁴, o bien la esencialidad del elemento como sinónimo de que su modificación supone que el significado, contenido, repercusión y efectos del documento se varíen de manera trascendental³⁴⁵, o que su modificación tenga entidad suficiente para perturbar y alterar el tráfico jurídico³⁴⁶, o cuando sean circunstancias que el respectivo documento tenga por finalidad probar³⁴⁷. No obstante, tales interpretaciones no han llevado a la fijación de criterios que permitan excluir *ab initio* determinados tipos de manipulación en documentos, de manera que las sentencias no siempre han sido unánimes en sus apreciaciones. El Tribunal Supremo ha llegado incluso, en recientes fallos, a reconocer que la necesidad de que la inveracidad recaiga sobre extremos esenciales del documento es un criterio más cuantitativo que cualitativo sometido siempre a puntos de vista que nunca serán unánimes porque tampoco podrán nunca establecerse reglas apriorísticas exactas y concretas³⁴⁸.

esencialidad supone que el elemento o requisito que se falsea ha de tener entidad suficiente para que el documento pueda sufrir los efectos que pretendía el falsificador.

³⁴¹Según la STS de 27 mayo 1988 (RJ 4098) es lícita una interpretación restrictiva de la ley que requiera que la inveracidad o *mutatio veritatis* varíe la esencia, la sustancia o la genuinidad del documento en sus extremos esenciales.

³⁴²Así, por ejemplo, en la STS de 4 abril 1984 (RJ 2315) se absuelve al procesado que reconoció en un testamento a una hija legítima sin ser cierto con base en que la falsedad no afectaba a un extremo esencial de ese documento; o en la STS 26 noviembre 1990 (RJ 9162) se absuelve a la persona que en una escritura notarial intercala entre dos líneas la situación y linderos de la finca objeto del negocio por no alterar tal modificación al tráfico jurídico; o en la STS 27 abril 1995 (RJ 3086) en que varios concejales de un Ayuntamiento que ya habían firmado una moción de censura, descubren posteriormente que falta una firma para que la misma triunfe, de forma que cortan la parte en la que se contienen las firmas en el documento inicial y confeccionan un segundo escrito, del mismo tenor, al que pegan esa parte y añadiendo otro concejal su firma, en que se los absuelve de falsedad por responder también el segundo documento a la voluntad de los concejales firmantes; o en la STS 2 marzo 1998 (RJ 1758) en que se absuelve a quienes en reunión de una Junta de Centro penitenciario adoptan un acuerdo relativo a un recluso que en ese momento no se hallaba en el centro, siendo que con posterioridad, cuando el preso ya se hallaba en el mismo, se redacta la documentación relativa al acuerdo.

³⁴³Cfr. SsTS 15 diciembre 1986 (RJ 7916), 30 mayo 1987 (RJ 4058), 5 junio 1987 (RJ 4517).

³⁴⁴Así, entre otras, SsTS 24 abril 1997 (RJ 4288) según la cual, si la conducta típica carece de la menor lesividad potencial, resulta irrelevante al no haber intención falsaria ni perjudicial. De tal manera, si el dato alterado no causa daño material, no hay tipo falsario.

³⁴⁵Vid. SsTS 26 noviembre 1990 (RJ 9162); 21 noviembre 1996 (RJ 7996); 26 abril 1997 (RJ 3374).

³⁴⁶De este tenor, SsTS 8 noviembre 1995 (RJ 8092); 15 febrero 1996 (RJ 876); 25 marzo 1996 (RJ 2191); 3 febrero 1997 (RJ 689); 22 julio 1997 (RJ 5768); 8 junio 1998 (RJ 5155).

³⁴⁷STS 28 junio 1993 (RJ 5297).

³⁴⁸En este sentido, SsTS 21 enero 1994 (RJ 84), 28 septiembre 1995 (RJ 6757), en la que se afirma que el juicio de valor de cada caso determinará la importancia o

La doctrina, por su lado, tampoco se muestra unánime a la hora de encontrar criterios que permitan fundamentar la esencialidad o accesoriedad de los elementos o requisitos de un documento. Se ha afirmado que lo son aquellos cuya modificación atribuye al documento unos efectos o alcance distintos a los que originariamente le correspondían³⁴⁹, los que implican la variación de la significación o sentido del documento³⁵⁰ o los que se identifican con la idoneidad de la alteración³⁵¹. Aunque se reconoce, al igual que hace la jurisprudencia, que la determinación de la esencialidad de la falsedad depende de la clase de documento sobre la que la misma opera³⁵².

En los últimos tiempos y fruto de la influencia que en el delito de falsedad va adquiriendo la doctrina alemana, la jurisprudencia y la doctrina han atendido, para delimitar lo esencial de lo accesorio en el documento, a las funciones que el mismo desempeña en el tráfico jurídico. Según ha establecido el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias, para que exista falsedad ha de afectarse a alguna de las tres funciones que el documento cumple en el tráfico jurídico³⁵³. Tales resoluciones exponen, en la mayoría de las ocasiones, la tesis de BACIGALUPO, quien ha

trascendencia de la presunta alteración; 12 julio 1997 (RJ 4891); 20 febrero 1998 (RJ 1181); 26 mayo 1998 (RJ 4995), 20 julio 1998 (RJ 5844); .

³⁴⁹De esta opinión, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 836.

³⁵⁰Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. II (*parte especial*), op. cit., p. 268; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3673. En el mismo sentido vid., TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 144, considera que no existe alteración cuando la modificación deja intacto el sentido del documento. De la misma opinión, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2023, nm. 67. Para ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1745, son esenciales los elementos que al ser alterados determinan una mutación en el origen, la esencia, sentido o función del documento de que se trate, como la imitación de la firma de otro o el cambio de la fecha.

³⁵¹Cfr. FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 190, para quien la esencialidad supone una doble consecuencia: formal -respecto a que se pretenda castigar las falsificaciones parciales de un documento- y sustancial -en cuanto al contenido de dicha falsedad-. De la misma opinión, MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 236.

³⁵²Según CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 856, la falsedad tiene carácter sustancial en los casos en los que afecte a la realización de los fines que el documento de que se trate intente cumplir, lo que lógicamente está en función del tipo de documento. Para QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., p. 1736, los elementos esenciales de un documento "son todos aquellos que condicionen su sentido y función: lugar, fecha, intervinientes y contenido relevante para la eventual futura prueba", aunque reconoce que este último elemento es imprecisable a priori y que se desprenderá del sentido de cada documento examinado contraponiéndolo al sentido que sus creadores persiguieron plasmar en él. Según QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 520, esencial es siempre la alteración del soporte y la del autor del documento, para el contenido del documento será esencial en función del contexto legal y material del mismo.

³⁵³En este sentido SsTS 25 abril 1994, (RJ 3437), 15 julio 1994 (RJ 6454), que establece en relación con el modo comisivo previsto en el anterior art. 302.4 CP de 1973 que la falta de verdad en la narración de los hechos es esencial cuando afecta a la función de garantía, probatoria o de perpetuación del documento, o STS 3 abril 1996 (RJ 2871); 8 mayo 1996 (RJ 3803); para la que las funciones del documento se afectan cuando se altera un documento auténtico o cuando se confecciona un documento inauténtico, pero no cuando sólo se produce el incumplimiento de un contrato; 5 diciembre 1996 (RJ 8840), según la que la alteración del documento ha de afectar a la función de garantía, la de perpetuación o la probatoria; 24 febrero 1997 (RJ 1373) para la que no hay falsedad cuando no se afecte a una de las funciones que el documento desempeña; 1 marzo 1997 (RJ 2325) que refiere la esencialidad sólo a la función probatoria del documento; 13 junio 1997 (RJ 4896); 26 febrero 198 (RJ 1196) (caso Argentinia Trust).

advertido que el criterio que ha de utilizarse para deslindar los elementos esenciales de los accidentales del delito ha de ser la afectación o no de su modificación a alguna de las funciones características del documento³⁵⁴. Con ello se pretende la fijación de un criterio conceptual que intenta superar los criterios pragmáticos que la jurisprudencia había venido utilizando hasta ahora y que va siendo asumido por algunos autores en la actualidad³⁵⁵.

Parece mucho más seguro acudir a las funciones que el documento desarrolla en el tráfico a la hora de fijar la tipicidad de una conducta de alteración que tomar como parámetros expedientes tan etéreos en sus contornos como los efectos, las finalidades, o el mismo significado del documento. En colocar las funciones del documento como parámetro que fije la tipicidad de las conductas de alteración estamos plenamente de acuerdo con BACIGALUPO. Ahora bien, no compartimos todas las consecuencias a las que el autor llega. En primer lugar, afirma que la función de perpetuación se ve afectada básicamente cuando el documento es destruido o deteriorado³⁵⁶. Aunque ello sea así efectivamente, no sólo en estos supuestos se afecta a la función de perpetuación, sino que también en los casos en los que se producen alteraciones del documento tal función es afectada, como hemos afirmado al iniciar el estudio de la modalidad típica contenida en el art. 390.1.1º CP. En segundo lugar, admite que la destrucción de documento puede incluirse en el precepto mencionado³⁵⁷, lo que no puede compartirse por suponer una interpretación extensiva en perjuicio del reo. Sin embargo, la objeción de más peso que cabe hacer a su teoría es que con la mera referencia a la función de perpetuación no conseguiríamos establecer un límite a la tipicidad. Incurriríamos en un círculo vicioso si, por un lado, afirmamos que la función de perpetuación se ve afectada por la alteración y, por otro, que esa misma alteración es esencial cuando, a su vez, afecta a la función de perpetuación.

Por estas razones ha de recurrirse a las otras dos funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico para determinar cuándo el atentado a la función de perpetuación es esencial. Con ello no se pretende dar una solución global a la esencialidad genérica en la falsedad -que ha de fijarse en cada modalidad comisiva en concreto-, ni tampoco determinar en qué consiste la falsedad inocua³⁵⁸, sino tan sólo fijar los concretos términos en que ha de

³⁵⁴BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 3; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 23 y ss. En parecido sentido, vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 634.

³⁵⁵Cfr. ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 314 y 318, para este autor "si el bien jurídico de estos delitos es el valor instrumental que a causa de sus funciones en cuanto medios de prueba tienen los documentos para la ordenada efectuada de las relaciones jurídicas, ha de entenderse que las agresiones a la autenticidad y veracidad del documento en que se resumen las modalidades de conducta falsaria, han de afectar -conforme indica la orientación minoritaria de la jurisprudencia- a estas funciones", haciendo especial hincapié en la probatoria; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., pp. 787-788; implícitamente alude también a la función probatoria del documento para determinar la esencialidad, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 99, cuando se refiere a la eficacia probatoria para determinar la esencialidad de la falsedad; MOYNA MÉNGUEZ, *Las falsedades documentales*, en *La Ley*, 1996-3, p. 1322; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial. II (2) Delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 772, nota 3, en que asume la posición últimamente adoptada por la jurisprudencia; SOTO NIETO, *Falsedad en documento público, oficial o mercantil. Humanización y realismo en la función interpretativa*, op. cit., p. 16.

³⁵⁶Cfr. BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 3; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 23.

³⁵⁷BACIGALUPO, *ibidem*.

³⁵⁸Dicha cuestión será objeto de ulterior tratamiento. Cfr. *infra* cap. II, apartado 2.4.1.

conceptuarse la esencialidad en la alteración. La alteración será generalmente esencial cuando la efectúe una persona distinta de quien ha confeccionado el documento, pues con ello, además de afectarse a la función de perpetuación, se está afectando a la de garantía, ya que el documento modificado está también atribuyendo la declaración alterada a una persona que no la efectuó así en su origen. No obstante, siempre la esencialidad de la alteración viene determinada por la afectación a la función probatoria. Al modificar la función probatoria que los documentos desempeñan la alteración será jurídico-penalmente relevante, lo mismo si además afecta a las otras dos funciones como si sólo afecta a la de perpetuación. Para determinar cuándo ésta se altera ha de tenerse en cuenta lo que sobre el valor probatorio de los documentos establecen los arts. 1218 y ss CC. De ellos se deduce, como dice BACIGALUPO³⁵⁹, que elementos de los que hacen prueba los documentos públicos son la emisión de las declaraciones de las partes, la fecha de emisión y la identidad del sujeto que asume las declaraciones, mientras que en los documentos privados lo son las declaraciones manifestadas y la identidad del sujeto a quien se atribuyen. La consideración de la afectación a la función probatoria junto a la función de perpetuación tiene una importancia fundamental para determinar los supuestos en los que la alteración de las fechas verdaderas -previstos en el anterior art. 302.5 CP de 1973- serán típicos; pues no todos los casos en los que se modifique la fecha de emisión de un documento serán falsedades típicas, ya que no en todos los supuestos el documento hace prueba de la fecha en que se emitió. En virtud de la regulación civil del valor probatorio de los documentos, sólo los públicos hacen prueba de la fecha de su emisión, de manera que generalmente sólo en ellos cabrá admitir la tipicidad de la alteración de la fecha³⁶⁰. Será más fácil afirmar la concurrencia de falsedad documental cuando el comprador de un inmueble cambie la fecha de la escritura pública de compraventa para aparecer como comprador en un momento posterior al de disolución de la sociedad de gananciales ante un proceso de divorcio que en aquel otro supuesto en que se altera la fecha de emisión de una factura para evitar que el ingreso con ella obtenido se incluya en el cómputo de la anualidad corriente de la cuota de un impuesto. No obstante, además de la fuerza probatoria reforzada del documento, puede afectarse con la alteración un extremo del documento que no goce de ese específico valor probatorio -así cuando en una escritura notarial se modifica posteriormente el valor de venta de un inmueble-. También en este caso puede admitirse la concurrencia de alteración sobre un elemento esencial. Para la determinación de la esencialidad en la alteración basta, pues, con que se modifique algún aspecto en que el documento sea apto para otorgar prueba, sin necesidad de que alcance un valor probatorio específico.

La exigencia de esencialidad de la alteración puede servir también para excluir la tipicidad de ciertas alteraciones que consistan en la corrección de errores, como, por ejemplo, aquellos en los que quien modifica el documento sólo lo hace

³⁵⁹BACIGALUPO, *ibidem*.

³⁶⁰Vid. SsTS 24 junio 1988 (RJ 5346), en que se reconoce expresamente que los documentos privados no hacen prueba de la fecha de emisión salvo lo establecido en el art. 1227 CC; 4 abril 1991 (RJ 2573), en que se considera aspecto esencial de los documentos públicos su fecha de libramiento. La acción de mutación de la fecha incluíble en esta modalidad comisiva es sólo aquella que se produce una vez que el documento ya está formado, otra cosa será el supuesto en que se consigne, en el momento de efectuarse la documentación de una declaración una fecha que no sea la real, caso en el que no se efectará a las funciones de perpetuación y probatoria del documento, sino sólo a esta última. Vid. sobre la diferencia entre ambos supuestos, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 660.

suprimiendo errores ortográficos³⁶¹. En este sentido, la doctrina italiana ha diferenciado la corrección de errores materiales y conceptuales. La de los primeros no constituye falsedad, salvo en el supuesto en que se prevea un procedimiento especial para corregirlos; por contra, la de errores conceptuales sí puede integrar el delito³⁶², a no ser que falte el dolo necesario para la falsedad, esto es, que se incurra en error de tipo, aunque cabe quizá con mayor fundamento plantearse la posibilidad de falta de concurrencia de la conciencia de antijuricidad. A pesar de que el problema consistirá, justamente, en deslindar ambos tipos de error³⁶³.

C) La alteración por el mismo autor del documento

Íntimamente relacionado con la cuestión de la protección de la función perpetuadora del documento se encuentra el problema de la modificación posterior del documento por el propio autor de la declaración, que ha sido fruto de un intenso debate doctrinal en Alemania. En relación con los sujetos activos que operen la modificación de un documento una vez que el mismo está completamente formado, cabe distinguir dos subcasos³⁶⁴. El primero está constituido por aquellos en los que el autor de la modificación es una persona distinta a quien ha efectuado la declaración documental, de forma que con la modificación posterior se atribuye al mismo autor una declaración distinta a la que inicialmente efectuó. Con esta conducta se está afectando a la autenticidad del documento o, lo que es lo mismo, a la función de garantía que el mismo desempeña en el tráfico jurídico. No plantea ningún problema en cuanto a su tipicidad como falsedad documental justamente por esa razón. Aunque podría incluirse en la segunda alternativa comisiva prevista en el art. 390 CP por llevar a error sobre la autenticidad del documento³⁶⁵, parece

³⁶¹En este sentido TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 144, para quien en tales supuestos no se cambia el sentido del documento; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2023, nm. 67.

³⁶²Vid. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 791-792; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 135, que incluye dentro de la falsedad inútil o supérflua los casos de corrección de errores materiales; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 438, si bien admiten que no es falsedad la corrección de errores conceptuales cuando tiene por finalidad hacer más conforme con la verdad el documento, y critican la concepción formalista de la casación que condena por falsedad en estos casos.

³⁶³MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 289-290, diferencia tres tipos de error, a saber: el error de ejecución, en el que “hay una divergencia entre la representación (exacta) y la realización (inexacta) debida generalmente a un error en los movimientos del cuerpo (lapsus, etc.); el error de sentido o de percepción, por el que hay una divergencia entre la realidad y su representación, debida a un mal funcionamiento de los sentidos, como ocurre en casos de miopía o sordera; y, por último, el error de juicio, “por el cual hay una divergencia entre las asociaciones de conceptos y su coordinación lógica por parte del sujeto”. En los dos primeros tipos de errores, en tanto que materiales, no constituye falsedad su corrección, mientras que sí lo constituirá la corrección de errores conceptuales o de juicio, pero siempre y cuando exista un contraste entre los derechos representados por el documento correcto y aquellos que representa el documento erróneo. Sobre esta cuestión cfr. asimismo MALINVERNI, *La “correzione” di un atto pubblico e la prova del documento*, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1953, pp. 346-347. Según DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 581, los errores materiales son los derivados de vicios de la percepción o de reproducción o descripción de quien redacta el documento, que son involuntarios aunque se produzcan por negligencia, mientras que los errores conceptuales son los de razonamiento.

³⁶⁴TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 142 y ss. efectúa esta distinción para explicar con una sistemática más clara los problemas que la alteración plantea.

³⁶⁵La práctica totalidad de la doctrina alemana considera que los supuestos en que una persona distinta del librador es quien efectúa la modificación son un subcaso específico de producción de un documento inauténtico, concluyendo que para esos supuestos

más correcto subsumirlo en la alteración por cuanto la manipulación falsaría se efectúa sobre un documento ya existente y auténtico, lo que, como ya se ha dicho, constituye la diferencia esencial entre la modalidad de alteración y de simulación³⁶⁶.

El segundo de los supuestos que en la alteración puede plantearse desde el punto de vista del sujeto activo viene constituido por aquellos casos en que la mutación física del documento la efectúa el mismo autor de la declaración inicial, una vez que ha perdido el poder de disposición sobre el documento o que un tercero ha adquirido un determinado derecho o expectativa sobre éste. Son éstos los que más problemas han planteado en orden a su inclusión en la modalidad típica de la alteración. La doctrina germana ha mantenido al respecto dos opiniones distintas. Por una parte, la defendida por la doctrina mayoritaria, por lo menos hasta épocas recientes, que incluye estos casos en la alteración de documento auténtico³⁶⁷; opinión que también ha mantenido la doctrina italiana que se ha ocupado de la cuestión³⁶⁸. La segunda de las interpretaciones posibles, que va ganando adeptos en los últimos tiempos, es la que considera que la alteración hecha por un autor sobre el mismo documento que él ha confeccionado en ningún caso puede admitirse que implique un engaño en la identidad, que convierta al documento en inauténtico. Para estos autores, lo que en realidad supone la modificación posterior del documento por su autor es la destrucción o supresión de

concretos no hubiera sido necesario crear una modalidad comisiva específica. Cfr, por todos, BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 102; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 316; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 142.

³⁶⁶Estableciendo un paralelismo entre las modalidades de producción de un documento inauténtico y la de falsificación previstas en el § 267 StGB con las de simulación y alteración de documento previstas en el art. 390 CP, para FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., p. 34, la única especialidad de la alternativa de falsificación frente a la producción de un documento inauténtico no es el producto de la acción, que en todo caso es un documento inauténtico, sino el material de partida, que en la falsificación es un documento auténtico. Según WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 178, cuando la modificación en un documento la produce persona distinta del librador, aunque sea en definitiva producción de un documento inauténtico, la primera alternativa del § 267, la producción de un documento inauténtico, pasa a segundo plano ante la especialidad de la falsificación.

³⁶⁷De esta opinión, MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 217, considera que aunando el problema de la autenticidad con el de la autorización, cabe la falsificación producida por el mismo autor del documento cuando un tercero haya adquirido un derecho sobre el documento. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 153; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1377, nm. 19; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1147, nm. 20; MAURACH/ SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 149, nm. 64; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 187, nm. 496; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 178; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 104; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 688, opina que también este caso es producción de un documento inauténtico; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 315; GEPPERT, *Zum Verhältnis der Urkundendelikte untereinander, insbesondere zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung (§§ 267 und 274 I Nr. 1 StGB)*, op. cit., p. 160; SAX, *Probleme des Urkundenstrafrechts*, op. cit., pp. 150-151; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 82-83.

³⁶⁸Vid. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 605, para quien una vez que el documento es completo, se separa de su autor, de forma que si lo modifica a su arbitrio opera como un tercero cualquiera; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 313; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 77, a sensu contrario, cuando afirma que las adiciones hechas por el autor del documento antes de que el documento esté completamente formado no constituyen alteraciones; CRISTIANI, *Falsità in atti*, en *Novissimo Digesto Italiano*, op. cit., p. 12.

un documento auténtico -el que contenía la declaración en su estado inicial-; por tal razón, no ha de incluirse dentro del 267, sino en el § 274.I.1 StGB, que es el encargado de tipificar las ocultaciones de documento auténtico³⁶⁹. Sin embargo, tampoco la opción de no incluir estos casos en el § 267 StGB llega a un absoluto acuerdo, pues parte de estos autores sostienen que la modificación hecha por el librador del documento una vez perdido el poder de disposición sobre el mismo no ha de tener relevancia como ilícito documental, pues no supone más que una mentira escrita³⁷⁰.

Por otra parte, para quienes defienden la posible inclusión de la modificación ulterior del librador en la falsificación -*Verfälschung*-, la existencia de esta modalidad comisiva junto a la producción de un documento inauténtico en el § 267 StGB se justifica precisamente por tener como finalidad recoger estos casos³⁷¹, no los de modificaciones en un documento ya acabado producidas por persona distinta de quien lo emite. Estos últimos, como se ha dicho, no son más que una forma de producción de un documento inauténtico, por lo que se encuentran ya incluidos en la primera alternativa comisiva del § 267 StGB. Sin embargo, quienes sostienen la opinión contraria han argüido frente a la concepción mayoritaria que con ella se mantiene un doble concepto de autenticidad³⁷²; el que podría denominarse estricto, que incluye únicamente el engaño sobre la identidad del autor del documento, utilizado para la primera modalidad comisiva del § 267 StGB -producción de un documento inauténtico- y el amplio, el sostenido cuando de alteraciones efectuadas por el mismo librador se trata, que no suponen engaño en la identidad. Para este sector doctrinal, la alteración posterior del documento por su autor implica todo lo más engaños sobre la declaración o sobre la fecha de emisión de la misma, que no

³⁶⁹De esta opinión, PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 639; PUPPE, *Die neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten-1. Teil*, op. cit., p. 945; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, pp. 45-46, nms. 86-88; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2024, nm. 68; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 172, nm. 20; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267) in den neuen Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 768; SCHILLING, *Der Strafrechtliche Schutz des Augenscheinsbeweises*, op. cit., p. 113; KIENAPFEL, *Zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung*, op. cit., p. 193; KAUFMANN, *Die Urkunden- und Beweismittelfälschung im Entwurf 1959*, op. cit., p. 409 y ss.

³⁷⁰En este sentido, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 375, para quien no se engaña sobre la identidad del librador, sino sobre el momento de la dación de la declaración, lo que constituye una mentira escrita impune; según LAMPE, *Die sogenannte Gesamtkunde und das Problem der Urkundenfälschung durch den Aussteller*, op. cit., pp. 328 y ss, que critica la posición jurisprudencial de admitir la posible falsificación por el librador cuando existe el interés de un tercero en la incolumidad del documento porque el concepto de interés jurídico es demasiado confuso y porque resulta demasiado estricta la admisión de que el derecho a la modificación del librador se pierde por la mera pretensión de incolumidad del documento de un tercero, solamente en los casos en los que se protege la veracidad puede prohibirse tal modificación.

³⁷¹En este sentido, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1147, nm. 21, en que reconoce que la segunda modalidad comisiva del § 267 StGB sólo tiene significado independiente cuando el autor es él mismo quien falsifica el documento. Vid., además OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 364; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 315.

³⁷²Cfr. CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2024, nm. 68; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 86, para quien con la admisión de tal posible modificación no se están sosteniendo sólo distintos conceptos de autenticidad, sino distintos bienes jurídicos a proteger en cada una de las modalidades comisivas del § 267 StGB; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung. (2. Teil)*, op. cit., p. 662; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 769.

han de incluirse en el § 267 StGB, que sería así objeto de una desmesurada ampliación, en detrimento del § 274 StGB³⁷³.

La doctrina mayoritaria ha intentado, no obstante, justificar la afectación a la autenticidad de este tipo de actividades falsarias, ya con base en que el autor del documento en uno y otro caso son personas distintas en el tiempo³⁷⁴, ya entendiendo la autenticidad no sólo en relación con la identidad del autor del documento, sino también en referencia a la persistencia de la declaración en su original estado³⁷⁵. Los defensores de la opción más seguida, por su parte, también han formulado objeciones a la opinión contraria, tales como que con la contratesis no se puede justificar la pervivencia en el § 267 StGB de la segunda modalidad falsaria, la denominada *Verfälschung*³⁷⁶, o que no se puede resolver el caso en el que un funcionario modifica posteriormente de manera ilegítima el documento público que él mismo ha creado³⁷⁷.

Pese a estas objeciones, la opción que aparece más acorde con la concepción de la falsedad aquí mantenida es la que se ha tildado de minoritaria. En consecuencia, las modificaciones que el propio autor efectúa en el documento una vez que ya ha perdido la disponibilidad sobre el mismo - cuando éste ha entrado en el tráfico jurídico-, no constituyen atentados contra la autenticidad del documento, contra la función de garantía que el mismo desarrolla en las relaciones interpersonales, sino contra su subsistencia inmodificada, contra la misma intangibilidad o incolumidad del documento, lo que no constituye más que un ataque a la función de perpetuación de la declaración que realizan los documentos. Sin embargo, en el Código penal español falta, dentro del capítulo dedicado a las falsedades documentales, un precepto que proteja la existencia inmodificada de los

³⁷³Vid. OTTO, *ibidem*; SCHILLING, *Reform der Urkundenverbrechen*, op. cit., p. 44.

³⁷⁴En este sentido SAX, *Probleme des Urkundenstrafrechts*, op. cit., pp. 150-151, parte de la diferenciación de dos momentos en el tiempo; el que él denomina “momento x” en el que el librador tiene aún la disponibilidad absoluta sobre el documento que ha realizado y en el que la modificación no sería punible como falsedad, y el “momento y”, en el que el documento se ha introducido ya en el tráfico jurídico y no puede modificarlo. A cada uno de estos momentos corresponden dos libradores o autores distintos, el autor X e Y respectivamente, que son la misma persona. Ello no obsta a que cuando el “autor Y” modifica el documento en el “momento y”, en el documento aparece como si tal modificación estuviera ya hecha en el “momento x” y por el “autor X”, por tanto, a pesar de ser físicamente la misma persona, jurídicamente son personas distintas.

³⁷⁵Así STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 83, para el que un documento es auténtico no sólo cuando el librador aparente y el auténtico son la misma persona, sino que además ha de agregarse que la declaración corporeizada ha de permanecer en su redacción original, tal como se configuró en su creación. Lo que, en definitiva, recuerda a las definiciones de genuidad sostendidas por algunos autores italianos, vid. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 605, quien sostiene que la genuidad del documento requiere dos condiciones, por una parte que el documento provenga de aquél que figura en el mismo como autor y, por otra, que no haya sufrido alteraciones.

³⁷⁶Cfr. GEPPERT, *Zum Verhältnis der Urkundendelikte untereinander...*, op. cit., p. 160. En efecto, para quienes defienden que la alteración posterior por parte del autor del documento no atenta en modo alguno contra la autenticidad del mismo, sino contra su existencia -razón por la cual han de reconducirse al § 274 StGB-, la falsificación del § 267 es superflua, pues los restantes modos de falsificación no operados por el autor suponen la creación de un documento inauténtico. En este sentido vid., por todos, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, p. 43, nm. 81.

³⁷⁷En este sentido TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 158, quien además afirma que es difícil incluir estos casos en el § 348 StGB. Por consiguiente, siguiendo a la doctrina minoritaria, los documentos públicos no se protegerían frente a la falsificación del mismo autor si no se hubiese obrado con intención de causar un perjuicio -elemento subjetivo del injusto exigido por el § 274 StGB-. Sobre los elementos típicos de este último párrafo vid. supra comentario a la regulación alemana de las falsedades documentales.

documentos, a salvo de la primera modalidad comisiva del art. 390 CP. Por tal razón, y en ausencia de tipificación en nuestro texto punitivo de un precepto similar al recogido en el § 274 StGB, deberemos conformarnos con incluir estos casos entre las alteraciones documentales³⁷⁸. Ésta y no otra es la causa por la que se ha admitido que la primera forma de falsedad establecida en el art. 390 CP afecta fundamentalmente a la función de perpetuación del documento; pues, aunque sea cierto que las modificaciones de un documento completo efectuadas por alguien distinto de la persona que en él aparece como autor atentan también a la función de garantía, el denominador común de todas las alteraciones realizadas por cualquiera que sea el sujeto activo -incluido el real autor del documento- es la afectación a la función de perpetuación del mismo.

La inexistencia de un precepto que en nuestro Ordenamiento jurídico-penal tutele de forma completa la función de perpetuación es lo que nos aboca a defender la subsunción de las alteraciones realizadas por el autor del documento en el art. 390.1.1º CP, ante la alternativa de dejarlas impunes. Por lo menos en los casos en que, a la vez, se vea afectada la función probatoria del documento, lo que generalmente sucederá en los documentos públicos, que por mor del art. 1218 CC hacen prueba de la fecha en que fueron emitidos. Tal solución coincide con la defendida por la doctrina alemana mayoritaria en cuanto a la subsunción de la conducta, a pesar de parecernos más correcta la sostenida por la opción minoritaria, que presupone un deslinde claro entre las distintas funciones del documento -en concreto las de garantía y perpetuación-. La coincidencia con la posición mayoritaria en Alemania se produce, pues, por distintos motivos; no por sostener un concepto amplio de autenticidad que podría suponer una ampliación considerable del tipo de la simulación de documento prevista en el art. 390.1.2º, sino ante la ausencia de un precepto que tutele directamente la función de perpetuación del documento.

En definitiva, el Código penal español no incluye entre los delitos relativos a la falsedad documental un precepto que criminalice las destrucciones, supresiones y ocultaciones de documentos, tanto parciales como totales, que constituyen atentados en toda regla contra una de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico. El legislador de 1995 ha establecido tan sólo una protección

³⁷⁸Conviene aquí hacer referencia a la interesante STS de 3 de abril de 1996 (RJ 2871), cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo, en la que se absuelve por falsedad en documento mercantil a los procesados, libradores de tres facturas, que añadieron posteriormente un dígito que elevaba a diez millones el importe facturado, aumentando de manera irreal el crédito que de ellas surgía. La solución se fundamenta en que “se trata de un engaño escrito que no afecta a la función probatoria del documento, pues lo que éste prueba es la pertenencia de la declaración al que la suscribe, no la veracidad de lo declarado”, además de afirmar que “quien confecciona un documento con su propia declaración nunca puede realizar el supuesto típico del art. 302.6 CP, pues no altera un documento preexistente”. Cabría preguntarse, no obstante, cuál sería la calificación de este caso en base al actual Código penal, sobre todo teniendo en cuenta que el mismo BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 3, llega a admitir que la destrucción de documento puede entenderse incluida en la alteración del art. 390.1.1º, aunque sin pronunciarse acerca de la falsificación cometida por el mismo autor del documento una vez ha perdido el poder de disposición sobre el mismo. Coinciden con la opción defendida en el texto ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 317-318; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 791; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 111. Sin embargo, ninguno de estos dos autores admite abiertamente que esta modalidad comisiva atente contra la incolumidad del documento. De ahí que, para evitar caer en una peligrosa interpretación amplia de la autenticidad, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 318, acabe reconociendo que “esta modalidad de conducta protege también la intangibilidad del documento”, a costa de incurrir en una contradicción con su planteamiento inicial.

fragmentaria de esta específica función del documento, sin incluir una norma que penalice las conductas que la alteren completamente. Desprecia así una oportunidad difícilmente repetible a corto plazo para introducir un precepto, que bien podía ser el mismo art. 390.1.1^o, dedicado a la tutela de la perpetuación de los documentos³⁷⁹. Estableciendo un paralelismo con la función de garantía: de la misma manera en que ésta puede alterarse totalmente con la creación *ex novo* de un documento completamente falso o parcialmente con la introducción de una alteración o con una simulación parcial, también la función de perpetuación del documento puede afectarse en parte -mediante la alteración del mismo autor o dañando en parte el documento-, y globalmente por medio de la destrucción del mismo, rasgándolo, quemándolo, etc. La única diferencia viene determinada porque mientras en relación con la función de garantía se protege el ataque total o parcial a la misma, respecto de la de perpetuación se tutela lo menos pero no lo más mediante la falsedad documental. La destrucción total o la ocultación de un documento resultarán atípicas en tanto que falsedades documentales, lo que no prejuzga que no existan otros preceptos en el Código penal -así los arts. 250.4, 264.2, 413, 416 ó 465- que protejan de una forma indirecta la mencionada función³⁸⁰.

Las distintas tipificaciones afectantes a la función de perpetuación del documento diseminadas en distintos capítulos del Código penal demuestran que el legislador infravalora tal función respecto de las otras que el documento desempeña³⁸¹. Esta es la causa de que los atentados a la misma sólo en determinados contextos tengan relevancia penal, aunque no por suponer la lesión de la incolumidad del documento, sino en cuanto tiendan a afectar al patrimonio o al buen funcionamiento de la Administración Pública o de Justicia. De lo que resulta

³⁷⁹CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1078, ya advirtió respecto de la PANCP de 1983 acerca de la oportunidad de incluir entre las modalidades de falsedad el supuesto de supresión de documento.

³⁸⁰La estafa agravada del art. 250. 4 CP prevé el supuesto de la sustracción, ocultación o inutilización de procesos, expedientes, protocolos o documentos públicos u oficiales. En el delito de daños, el art. 264.2, incrimina conductas como las de destruir o inutilizar, además de las de dañar o alterar, sólo cuando el objeto material lo constituyan datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos. En puridad, este precepto viene a criminalizar el sabotaje informático. Sin embargo, conductas como las de alteración o daño de los objetos que se describen en el precepto pueden plantear problemas concursales con la modalidad falsaria que ahora se analiza. Para GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit. p. 115, la alteración de los documentos electrónicos habrá de interpretarse siempre como alteración íntegra de su contenido que daña a su eficacia probatoria; en otro caso, la modificación será constitutiva de falsedad documental. En el art. 413 CP, dentro de los delitos contra la Administración Pública, se tipifica la conducta de la Autoridad o funcionario que sustraiga, destruya, inutilice u oculte, total o parcialmente, documentos que le estén confiados por razón de su cargo; y en el art. 416 CP se otorga relevancia penal a esas conductas cuando las cometan particulares “encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo”. Por último, en el art. 465 CP, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, se hace referencia a quien destruya, inutilice u oculte documentos o actuaciones sea un abogado o procurador interviniente en un proceso de los que haya recibido traslado en tal calidad, o bien un particular que realice estas actividades y los haya obtenido en el contexto de un proceso. Además de éstos, también el art. 263 CP podría aplicarse a estos supuestos, si bien tendrá escasa virtualidad atendiendo a que el valor del soporte ha de exceder de 50.000 pesetas; en caso contrario, deberá acudir a la falta prevista en el art. 625 CP.

³⁸¹De esta opinión, QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 509, quien afirma que la protección de la integridad del documento en el nuevo Código penal es sólo fragmentaria y desigual.

que la destrucción, por ejemplo, de un contrato de compraventa que pruebe la propiedad sobre un bien de una determinada persona por parte de quien, sin tener dominio sobre el mismo, lo pretende, sólo constituirá delito si se efectúa en el seno de un procedimiento judicial o si, siendo escritura pública, la destruye un funcionario que la tenga a su cargo por razón de su oficio, o si lo hace un particular que, con la misma, cometa también una estafa.

Hubiera sido preferible, en lugar de tal dispersión regulativa, que la destrucción, la inutilización, o la ocultación de documento se hubiesen incorporado en el Título XVIII CP como ilícitos falsarios documentales, sin necesidad de ulteriores precisiones que no sean las propias de cualquier falsedad documental. Semejante omisión hace suponer que nuestro legislador se encuentra apegado a la concepción de la falsedad como contrariedad a la verdad, como *immutatio veritatis*, del derecho a la verdad y de su hermana la fe pública, que debería haber sido ya superada basándose en las nuevas corrientes doctrinales e incluso jurisprudenciales que abogan por dar una importancia cada vez mayor a las funciones del documento como auténtica esencia de los ilícitos falsarios³⁸².

También como consecuencia de la omisión del legislador, los casos en que una persona suprime la firma de un documento y la sustituye por la propia, que en puridad suponen la creación de un documento auténtico, habrán de incluirse en el art. 390.1.1º CP. La autenticidad del documento se deriva en tales casos de la asunción de la declaración que inicialmente había efectuado otro, por lo que en buena lógica habrían de tratarse como supresiones de documento³⁸³.

D) La alteración en especiales tipos de documentos

Existen conductas falsarias, que generalmente podrán reconducirse siempre a la modalidad típica de la alteración, que afectan a especiales clases de documentos, como los documentos complejos -*Gesamturkunde* en la terminología germana- y los documentos compuestos -o *Zusammengesetzte Urkunde*-. Las acciones falsarias que puedan operarse sobre ellos no siempre han tenido una calificación pacífica, por lo menos en Alemania, donde tanto doctrina como jurisprudencia han tratado con mayor profundidad estas cuestiones.

Comenzando por el tratamiento otorgado a las falsedades que tienen por objeto documentos complejos³⁸⁴, su estudio presenta cierto interés en nuestro país, a pesar de que no haya sido ampliamente tratado. El desaparecido núm. 8 del art. 302 CP de 1973 criminalizaba expresamente “la intercalación de escritura en protocolo, registro o libro oficial”, esto es, la falsedad de un documento complejo, que, caso de ser típica conforme al nuevo Código penal, debería incluirse en la modalidad comisiva que aquí se comenta³⁸⁵. Ahora bien, la doctrina alemana no ha

³⁸²En este sentido, JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documento*, op. cit., pp. 484-485, se congratulaba de que nuestro Código penal no incluyera entre las falsedades estas conductas, pues, en su opinión, no eran más que formas negativas de falsedad material que no constituían auténticas falsedades, dado que presupuesto indispensable para que haya falsedad documental es la existencia de un escrito falso.

³⁸³CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2025, nm. 72, considera que estos supuestos han de incluirse en el § 274 StGB.

³⁸⁴Vid. sobre el concepto de documento complejo, supra cap. I, apartado 2.1.2.

³⁸⁵De distinta opinión, ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1758, considera que esta modalidad es la que suscita más dudas de ubicación en el actual art. 390 CP, si bien la acaba incluyendo en el núm. 2º, esto es, como forma de simulación. No obstante, la doctrina española ha venido admitiendo desde antiguo que tal modalidad comisiva no era más que una forma específica de alteración, cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 187; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 663; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 484; BENÉYTEZ MERINO, *Código penal comentado*, op. cit., p. 557, explica la escasa

sido unánime en orden a admitir como falsedades documentales las manipulaciones falsarias que en esta clase de documentos se efectúen. El rechazo a la criminalización no se ha predicado con carácter general, sino sólo en los supuestos para los que jurisprudencialmente se creó tal figura en aquel país, esto es, para aquellos en que en los libros de comercio se efectúan inscripciones antedatadas o postdatas por parte de quienes los llevan o se destruyen asientos indebidamente; cuestión que, por tanto, se halla estrechamente relacionada con la admisión de la falsificación por el propio autor del documento. Junto a quienes en Alemania han admitido que tales acciones constituyen falsificaciones de documento complejo³⁸⁶, ha habido un sector de la doctrina que se ha mostrado especialmente reacio a admitir que constituya cualquier tipo de falsedad la inclusión de asientos en un momento posterior por parte del mismo autor del documento³⁸⁷.

La solución de la calificación jurídica que deba darse en Derecho positivo español en relación con a las actividades falsarias comisibles en documentos complejos pasa necesariamente por tomar posición respecto de la admisión del documento complejo en tanto que documento unitario. Si el conjunto de documentos singulares unidos entre sí no se considera un único documento³⁸⁸, las acciones falsarias habrán de tenerse en cuenta tan sólo referidas a los documentos que lo integran singularmente considerados. De tal forma, por ejemplo, la destrucción u ocultación de una de las partes no será delito si la comete un particular -a salvo de lo dispuesto en los arts. 250.4, 264.2, 416 y 465 CP-, mientras que si esta conducta la efectúa un funcionario que tiene encomendada la custodia de estos documentos podrá ser penado por el delito previsto en el art. 413 CP³⁸⁹.

utilización jurisprudencial de este precepto justamente por constituir una repetición del art. 302.6 CP de 1973.

³⁸⁶Este sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 145 y 147; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., pp. 2023-2024, nm. 67; DREHER/TRÖNDLE, *Stragesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1378, nm. 19b; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1148, nm. 21; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 107; EBERMAYER, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 425.

³⁸⁷En este sentido, LAMPE, *Die sogenannte Gesamturkunde und das Problem der Urkundenfälschung durch den Aussteller*, op. cit., pp. 324 y ss, quien, en p. 332, propone la creación de un tipo en el StGB que incluya estos supuestos, del siguiente tenor "§ X: *Unvollständige oder unrichtige Gesamtheiten von Urkunden. (1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr rechtlich erhebliche Tatsachen, zu deren zusammenfassender Beurkundung er verpflichtet ist, unvollständig oder nicht wahrheitsgemäß beurkundet, derartige Beurkundungen löscht oder andere als die bezeichneten Tatsachen an gleicher Stelle beurkundet, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer eine unvollständige oder unwahre Gesamtheit von Urkunden (Absatz 1) zur Täuschung im Rechtsverkehr gebrauchte*"; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 376; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (2. Teil)*, op. cit., pp. 661 y 662; KIENAPFEL, *Zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung*, op. cit., pp. 192-193; PUPPE, *Erscheinungsformen der Urkunde*, op. cit., p. 22; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 89.

³⁸⁸Para LAMPE, *Die sogenannte Gesamturkunde und das Problem der Urkundenfälschung durch den Aussteller*, op. cit., pp. 325-326, el documento complejo en cuanto tal no tiene un autor y le falta la declaración de pensamiento; según SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (2. Teil)*, op. cit., p. 661, el documento complejo no tiene significado para el documento mismo, sino que es una construcción de ayuda para la interpretación del concepto de autenticidad.

³⁸⁹En la doctrina alemana se ha defendido que la separación de uno de los documentos del conjunto puede constituir el ilícito previsto en el § 274 StGB, en este sentido, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (2. Teil)*, op. cit., p. 661; GEPPERT, *Zum Verhältnis der Urkundendelikte untereinander...*, op. cit., p. 162, mantiene que en este caso existe concurso de delitos entre los §§ 267.2 y 274 StGB, dado que para él el documento complejo es algo más que una suma de documentos singulares y con esta

En el caso en que la acción realizada no sea la de extraer, sino la de incluir un documento singular en el complejo, no necesitaríamos acudir a la figura del documento complejo si el incluido fuese falso³⁹⁰, puesto que la mera falsedad del documento singular podría servir para condenar al introductor si él lo ha falseado, o por el uso de documento falso cuando se den las condiciones previstas en el los arts. 393 -y, en su caso, 396 CP-. No obstante, cuando el documento introducido es auténtico pero la introducción la lleva a cabo una persona distinta de quien produce el documento, no podría defenderse que exista falsedad documental de considerar que el documento complejo no constituye una unidad³⁹¹. Cuando la inclusión del documento inauténtico la efectúe el mismo librador del documento compuesto -el caso paradigmático en Alemania es un asiento antedatado en libro de comercio introducido después por el comerciante- la solución dependerá de si se admite la simulación de documento por el mismo librador con fecha falsa³⁹² y, en defecto, de si puede punirse la conducta en tanto que falsedad del art. 390.1.4º CP.

Contrariamente, si se entiende que el documento complejo es algo más que una suma de documentos singulares y que cumple todas las condiciones para ser considerado documento en su globalidad, toda intervención en él mismo que afecte a sus elementos o requisitos de carácter esencial -que afecte a una de las tres funciones que el mismo desempeña en el tráfico jurídico- podrá conceptuarse como alteración documental del art. 390.1.1º CP. Por consiguiente, sería más fácil aceptar la relevancia penal de las intervenciones de particulares en documentos complejos que la ley les obliga a confeccionar -como hacen los arts. 25 a 49 CCom. en relación con los libros y cuentas anuales que deben realizar los empresarios-. Sin embargo, no parece ser ésta la *ratio* de la criminalización de la alteración documental, máxime teniendo en cuenta la existencia de falsedades expresamente previstas en los arts. 290 CP -para los administradores que falseen las cuentas anuales de una empresa u “otros documentos que deban reflejar la situación

acción se lesionan dos bienes jurídicos; por un lado, la autenticidad del documento complejo y, por otro, la intangibilidad o indemnidad del documento.

³⁹⁰La doctrina española no ha mantenido una posición unánime sobre esta cuestión, pues mientras hay quien ha defendido que la escritura intercalada a la que aludía el art. 302.8 debía ser necesariamente falsa, otros sostienen que el concepto de escritura incluye tanto las verdaderas como las falsas. De la primera opinión, vid. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, t. II (parte especial)*, op. cit., p. 270. En el segundo sentido, cfr. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 346; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 842; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 287.

³⁹¹SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (2. Teil)*, op. cit., p. 661, aún solventando las supuestas alteraciones de documento complejo sin atender a la institución en cuanto tal, y calificando las conductas en orden al modo en que afecten al documento singular que se introduce o sustrae del conjunto, no ofrece solución para este supuesto. Se limita a decir que la doctrina mayoritaria en Alemania lo conceptúa como una falsificación de documento compuesto y que tendrá escasa incidencia práctica, dado que serán contadas las ocasiones en que un no autorizado incluya en los complejos documentos auténticos.

³⁹²Según SAMSON, o.u.c., pp. 661-662, este es el supuesto en el que la doctrina alemana, conjugando la figura del documento complejo con la admisión de la alteración del documento por el mismo librador, ha admitido que la conducta es punible, como falsificación, conforme al § 267 StGB. Sin embargo, tal solución no podría admitirse sin tener en cuenta el complejo mismo, esto es, considerando solamente la acción falsaria en relación con el singular documento al que afecta, lo que, por ejemplo, en el caso en que se efectúe un asiento en un determinado libro dependerá de si se admite que es un documento simulado porque la fecha no coincide con la real, o bien que se ha faltado a la verdad en la narración de los hechos al mentir justamente sobre el momento de emisión del documento, conducta falsaria que, conforme al Código penal de 1995, sólo pueden efectuar los funcionarios públicos que actúen en el ejercicio de sus cargos.

jurídica o económica de la entidad"- y 310 CP -relativo al incumplimiento de obligaciones contables.

Sea cual sea la opción interpretativa seguida, no debe olvidarse la génesis de la criminalización de alteraciones en documentos complejos, circunscrita, por mor del art. 302.8º CP de 1973, a las intercalaciones de escrituras en protocolos, registros o libros oficiales, es decir, a los documentos públicos³⁹³, que no siempre la doctrina admitió que fuesen comisibles por particular³⁹⁴. Con tal recordatorio se pretende únicamente llamar la atención sobre que la falta de mención expresa de una específica forma de alteración en el Código penal de 1995 no ha de conducir a la ampliación de la tipicidad falsaria que vaya más allá de los casos para los que esa modalidad estuvo inicialmente prevista, conectada a formas muy específicas de documentos complejos.

En relación con los documentos compuestos³⁹⁵, tampoco en Alemania ha sido pacífica la consideración como falsificación del cambio del objeto de referencia *-Bezugsobjekt-* de la declaración. Sin embargo, la problemática en relación con estos tipos especiales de documento no ha sido tan árdua como la relativa a los documentos complejos, pues la doctrina claramente mayoritaria se inclina por incluir en el § 267 StGB los casos de sustitución del objeto perceptible por los sentidos³⁹⁶. Tan sólo algunos disidentes arguyen que el objeto de referencia no forma parte de la declaración y que su sustitución en modo alguno la afecta³⁹⁷, o

³⁹³Que para JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 484, no constituían auténticas falsedades, sino incumplimientos del deber profesional de mantener la intangibilidad.

³⁹⁴En este sentido GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 910, negaba que el particular pudiera cometer la conducta prevista en el art. 314.8º CP de 1870; no así FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 348, quien admitía que, en tanto falsedades materiales, eran comisibles por particular.

³⁹⁵Al hablar de documentos compuestos nos referimos a aquellos en los que un contenido declarativo se encuentra firmemente unido con objeto perceptible por los sentidos al que se refiere la declaración. Sobre el concepto de documento compuesto vid. más ampliamente supra cap. I, apartado 2.1.2. En relación con la terminología utilizada, SCHROEDER, *Urkundenstraftaten an entwerteten Fahrkarten*, op. cit., p. 302, considera que la expresión "*zusammengesetzte Urkunden*" es errónea, puesto que lo que caracteriza a estos documentos no es el compuesto sino el referirse a un objeto, por ello prefirere llamarlos "*trägerbezogene Urkunden*".

³⁹⁶Vid, por todos, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 150-151; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2023, nm. 65a; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 55 a 57; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1378, nm. 19c; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1148, nm. 22; por lo menos en lo relativo a documentos en los que el objeto de referencia está firmemente unido con la declaración, aunque las opiniones se vuelven más difusas en los casos en los que se trate de etiquetas de precio unidas con una prenda de ropa, que por otra parte, la jurisprudencia española no ha considerado nunca falsedades documentales, en las que la unión física de objeto y declaración y la consideración de documento de la etiqueta no están tan claros. Para LAMPE, *Zusammengesetzte und abhängige Urkunden*, op. cit., pp. 1747 a 1749, es necesario que el objeto forme parte de la declaración para que haya documento compuesto, esto no ocurre con la mera referencia de la declaración al objeto, sino que es además necesario que la declaración se configure mediante este objeto, de manera que tal unión no ha de ser sólo física u objetiva según él, sino que además es necesario que el autor del documento se proponga que dicho objeto forme parte de la protección de la autenticidad.

³⁹⁷En este sentido, SAMSON, *Fälschung von Beweiszeichen?*, op. cit., pp. 353 y ss, para quien la opinión mayoritaria no entiende que la unión entre cosa y declaración no tiene relevancia para el tratamiento de la falsedad en este tipo de documentos, puesto que la unión entre cosa y declaración permanece fuera de la declaración misma; cfr. también, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 375; SAMSON,

que la falsificación de objetos perceptibles por los sentidos no es punible de *lege lata*³⁹⁸; lo que los lleva a la conclusión de que o bien se trata de abusos documentales impunes³⁹⁹, o bien de abusos de una declaración inalterada penados en el § 281 StGB⁴⁰⁰.

En España, el ejemplo paradigmático de los documentos compuestos, aquellos en los que la declaración se une a una fotografía -los permisos de conducir, los pasaportes y los Documentos Nacionales de Identidad- ha tenido un tratamiento pacífico en la jurisprudencia. El Tribunal Supremo ha considerado invariablemente alteración de documento oficial el cambio de fotografía en los permisos de conducir⁴⁰¹ y alteración de documento de identidad -prevista en el art. 309 en el CP de 1973- el cambio de fotografía o de huella dactilar en un documento de identidad o pasaporte⁴⁰², por considerar que tales objetos constituyen elementos esenciales de estos documentos. En relación concretamente con la falsedad de documento de identidad, el Tribunal Supremo ha manifestado⁴⁰³ que “ésta supone al menos que las declaraciones contenidas en el documento de identidad (nombre y demás circunstancias personales) no correspondan a la persona cuya fotografía completa el mismo, induciendo a error sobre la identidad de quien utiliza el documento”. En consecuencia, no toda modificación de la fotografía tiene la consideración de falsedad documental, sino sólo aquella que represente a una

Grundprobleme der Urkundenfälschung (2. teil), op. cit., p. 661; SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., pp. 134-141; SAX, *Probleme des Urkundenstrafrechts*, op. cit., passim, para quien el objeto no forma parte de la declaración y la opinión contraria supone una ampliación de la interpretación que va contra la Norma Fundamental alemana.

³⁹⁸Según SCHILLING, *Der strafrechtliche Schutz des Augenscheinsbeweises*, op. cit., p. 113, la subsunción del cambio del objeto de referencia en la falsificación del § 267 supone una ampliación de la punición de la falsedad no aceptable, puesto que en derecho alemán la falsificación de objetos perceptibles por los sentidos no es punible, y con tal calificación se criminalizaría a través de de considerarlo falsificación de la declaración que se refiere al objeto.

³⁹⁹De esta opinión, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 375.

⁴⁰⁰SCHILLING, *Der strafrechtliche Schutz des Augenscheinsbeweises*, op. cit., p. 117.

⁴⁰¹Cfr., entre otras muchas, SsTS 24 febrero 1983 (RJ 1722), 8 julio 1985 (RJ 3996), 29 febrero 1988 (RJ 1362), 4 julio 1988 (RJ 6476), 12 julio 1988 (RJ 6565), 15 febrero 1989 (RJ 1576), 19 abril 1989 (RJ 3417) relativa al cambio de fotografía en un pasaporte que el TS califica excepcionalmente como falsedad en documento oficial, pues generalmente lo ha considerado documento de identidad; 19 enero 1995 (RJ 570); 8 diciembre 1996 (RJ 8840); 22 enero 1997 (RJ 45); 20 febrero 1997 (RJ 1562); 14 abril 1998 (RJ 3776).

⁴⁰²Cfr., a modo de ejemplo, SsTS 14 junio 1983 (RJ 3416), cambio de fotografía en DNI; 8 julio 1985 (RJ 3996), cambio de fotografía en DNI; 27 enero 1986 (RJ 186), cambio de fotografía en carta de identidad y pasaporte; 25 marzo 1986 (RJ 1687), en relación con las huellas dactilares en DNI; 22 marzo 1988 (RJ 2074), sustitución de fotografía en DNI; 10 marzo 1989 (2601), referida a las huellas dactilares en DNI; 28 abril 1989 (RJ 3559), relativa al cambio de fotografía en DNI; 7 junio 1990 (RJ 5154), sobre la mutación de fotografía en DNI; 4 febrero 1991 (RJ 741), sobre la incorporación de la fotografía del inculpado en documento de identidad extranjero; 24 octubre 1994 (RJ 8172), sustitución de fotografía en DNI; 22 junio 1995 (RJ 4582), en relación a un pasaporte en el que se había sustituido la fotografía y se había alterado la fecha de nacimiento; 18 julio 1996 (RJ 6069); 23 marzo 1998 (RJ 2814). Una reciente y residual jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la falsificación de DNI no es típica conforme al Código Penal de 1995 tras la desaparición del art. 309 CP de 1973 (cfr. SsTS 27 abril 1998 (RJ 3817), 18 julio 1998 (RJ 5687)). Sin embargo, dicha doctrina no pasará posiblemente de constituir una anécdota, puesto que tras la entrada en vigor del CP de 1995 la jurisprudencia ha considerado mayoritariamente típicas las falsificaciones operadas sobre documentos de identidad.

⁴⁰³STS 11 octubre 1995 (RJ 7229).

persona distinta del titular del documento⁴⁰⁴. No constituirá, pues, ilícito falsario la sustitución que el titular efectúe por una fotografía en la que esté más favorecido.

La doctrina, por su parte, ha mantenido también que la fotografía en este tipo de documentos es elemento esencial cuya mutación constituye falsificación⁴⁰⁵. El cambio de la misma, a pesar de no suponer una modificación física de la parte escrita de este tipo de documentos, sí altera la declaración, por cuanto que la autoridad competente para emitirlo declaró que los datos identificativos contenidos en el documento se corresponden con la imagen de una persona que no es la que aparece en el documento tras la alteración. Lo mismo puede decirse de las huellas dactilares, que constituyen uno de los elementos identificadores del individuo por excelencia⁴⁰⁶.

La figura del documento compuesto adquiere especial relevancia con la aprobación del nuevo Código penal, debido a la incriminación jurisprudencial de las falsedades relacionadas con placas de matrícula de automóviles en el art. 390 y ss. CP⁴⁰⁷. La placa de matrícula unida a un automóvil puede tener la consideración de documento compuesto siempre que se entienda que la misma placa contiene una declaración de pensamiento. Por ello, de cambiarse el objeto de referencia -en ese caso el vehículo- se altera la declaración referida a él. Podrán así incriminarse sin excesivos problemas en el art. 390 o 392 CP algunas de las conductas antes previstas en el art. 279 bis CP de 1973. No será, sin embargo, necesario acudir a la figura del documento compuesto para criminalizar las falsificaciones o las alteraciones de la placa, que ya de por sí suponen la simulación o la alteración de un "documento". Sí tendrá utilidad esta figura para incriminar los supuestos de "sustitución", en que la modificación del objeto de referencia implica la alteración de la declaración de pensamiento que la placa contiene. Sin embargo, será más discutible la inclusión en el concepto de alteración de la "omisión" de la placa, que también tipificaba como delito el anterior Código penal. A pesar de que un sector de la doctrina alemana ha considerado que constituye falsificación de documento compuesto cualquier conducta que tienda a la ruptura de la relación entre declaración y objeto, lo cierto es que el desprendimiento de la placa de un vehículo no implica la modificación del objeto hasta que es colocada en otro.

El principio de que la sustitución del objeto de referencia implica la modificación de la declaración a él referida puede hacerse extensivo a las

⁴⁰⁴En este sentido, la STS de 19 enero 1995 (RJ 569), que casa la sentencia dictada por la Audiencia que había condenado al procesado por uso de documento de identidad falso -art. 310 CP de 1973- al no cerciorarse de si la fotografía incluida en el pasaporte correspondía o no con la del titular, pues "la alteración material de documento, en particular, el cambio de la fotografía, es totalmente insuficiente si no se altera con ello la relación auténtica entre lo declarado por la autoridad y la persona identificada".

⁴⁰⁵Vid. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 962, si bien critica que la jurisprudencia haya aplicado el art. 309 CP de 1973 en caso de mutación de elementos que no cumplen la función de identificar al titular del documento, como la edad, el cambio de fecha de nacimiento o la profesión, en lo que coincide su opinión con la de GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 940, para quien en las cédulas de vecindad no eran circunstancias esenciales la fecha de expedición o la edad del titular. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, op. cit., p. 558, sin referirse en concreto a la fotografía, entiende que circunstancia esencial del art. 309.2 CP de 1973 es aquella que es decisiva para la identificación de una persona.

⁴⁰⁶En tal sentido, Cfr. STS 17 febrero 1997 (RJ 2207) en que se condena -por el art. 308 CP de 1973- al funcionario público que confecciona un DNI a nombre de una persona impresionando en el mismo la huella dactilar de otra.

⁴⁰⁷Cfr. SsTS 31 enero 1997 (RJ 881) en que se condena por falsedad en documento oficial a la persona que modifica los números de matrícula y bastidor de un automóvil; 26 febrero 1997 (RJ 1387) que otorga la misma calificación en un supuesto en que se sustituye la placa de matrícula; 12 mayo 1997 (RJ 3805); 27 noviembre 1997 (RJ 8224); 9 diciembre 1997 (RJ 8741); 27 marzo 1998 (RJ 4015)..

alteraciones en los documentos que LAMPE denomina “dependientes” -*abhängige Urkunden*⁴⁰⁸. En ellos el cambio del documento de referencia supone la falsificación del dependiente.

Junto a los ya referidos, la alteración de documento informático constituye otro supuesto paradigmático de alteración de una forma especial de documento. Ciertamente, el legislador de 1995 no ha incluido en la nueva redacción del art. 390 CP términos que la hagan claramente conciliable con las manipulaciones falsarias de nuevas formas de documentación⁴⁰⁹. El precepto continúa pensando en el tradicional documento cartáceo; se echa en falta la inclusión de expresiones como “registro”, “grabación”, o “almacenamiento”, más acordes con modernos soportes contenedores de información. No obstante, la voluntad legal de inclusión de estas nuevas formas de falsedad documental se evidencia en la definición de documento que formula el art. 26 CP. Como ya se advirtió, los mayores problemas de adaptación a la tipología falsaria existente se relacionan directamente con el concepto de autenticidad -y de autor- del documento trasladados a estos soportes, sobre todo porque las manipulaciones informáticas más graves suele efectuarlas personal interno de empresas o entes administrativos. Por lo que a la modalidad comisiva de alteración se refiere, lo dicho hasta ahora puede aplicarse al documento informático. La única especificidad que éste plantea en relación con el escriturado sobre papel consiste en que no podrá considerarse “alteración” el cambio de ubicación de un fichero o archivo en un aparato procesador de datos que imposibilite o dificulte su localización⁴¹⁰. En tales casos, tan sólo podrá plantearse la subsunción de la conducta en el art. 264.2 CP.

⁴⁰⁸LAMPE, *Zusammengesetzte und abhängige Urkunden*, op. cit., p. 1748, que son aquellos cuyo contenido depende del de otros documentos a los que éstos se refieren y que se encuentran firmemente unidos a ellos, como las letras de cambio o el documento de aval en relación con aquel en el que se reconoce una deuda.

⁴⁰⁹En tal sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 63, quien manifiesta que conductas como la manipulación de bases de datos, la alteración de programas de computadoras o el acceso mediante la red de correo electrónico a sistemas de información tienen difícil acogida en los arts. 390 y ss. CP; CORCOY/JOSHI, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, op. cit., p. 686, para quienes, en vigencia del anterior Código, eran difíciles de incluir entre las falsedades las manipulaciones informáticas producidas dentro del sistema (en lenguaje máquina), debido a que los tipos de los arts. 302 y ss. CP de 1973 sólo pensaban en la alteración de escritos, no en las manipulaciones realizadas sobre impulsos magnéticos y perforaciones; GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, op. cit., pp. 597-598 y 621. En contraposición, consideran suficiente la modificación del concepto tradicional de documento para incluir estas formas de criminalidad, ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, op. cit., p. 120, para quien cualquier iniciativa legislativa debería ir dirigida, más que a la modificación del concepto de documento, a su complementación. Añade este autor, en p. 83, que nada hay de específico, en lo concerniente a las modalidades falsarias del art. 302 CP de 1973, en relación con los documentos informáticos, a salvo de que por la propia naturaleza de estos documentos le parecían difíciles de cometer las previstas en los núms. 7 y 8 del mencionado precepto. PÉREZ VALLEJO, *La informática y el Derecho penal*, en *Actualidad Informática Aranzadi*, nº 19, 1996, p. 11, quien sólo se plantea problemas de inclusión de manipulaciones informáticas en las falsedades por el tradicional concepto de documento, que desaparecen con la introducción del art. 26 CP; en semejante sentido, DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho informático*, op. cit., pp. 321 a 323..

⁴¹⁰Vid. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1157, nm. 9; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nm. 31; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 156, nm. 43, quines consideran que tales supuestos pueden incluirse en la ocultación de documento prevista en el § 274 StGB. En distinto sentido, MÖHRENSCHLAGER, *El nuevo Derecho penal informático en Alemania*, op. cit., p. 121, para quien la modalidad de alteración

2.1.2- Afectación a la función de garantía del documento

La conducta prevista en el núm. 2º del art. 390.1 CP, la simulación total o parcial del documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, se caracteriza por afectar primordialmente a la función de garantía que el documento desempeña en el tráfico jurídico, es decir, la que liga al autor del documento con la declaración de voluntad o de pensamiento por él emitida. Esto no significa que sea única y exclusivamente esta tarea desempeñada por el documento la que se vea alterada con estas conductas, pues generalmente también se resentirá la función probatoria, en tanto que los documentos hacen prueba de quién los ha emitido. No obstante, esta ulterior afectación no supone un obstáculo para afirmar que lo que en mayor medida caracteriza a la conducta de simulación es justamente el atentado primordial a la relación representada en el documento entre el autor -sea persona física o jurídica- con su declaración⁴¹¹.

Es justamente la protección de la autenticidad del documento, conformadora de la función de garantía que el mismo desempeña, la que determina que los casos de la llamada falsedad veraz⁴¹² integren también esta modalidad comisiva, pues suponen la atribución de una determinada declaración a una persona que no la hizo. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que un acreedor que, ante la dificultad de cobrar la deuda que efectivamente una persona contrajo con él, confecciona un documento de reconocimiento en el que el deudor admite que le debe esa cantidad de dinero. Dicha conducta ha de considerarse típica en tanto se imputa al declarante una manifestación que no ha efectuado⁴¹³; pues de otro modo retrocederíamos a un concepto de falsedad como antónimo de verdad, sin prejuzgar con ello la concurrencia del dolo.

En la simulación total o parcial de documento del art. 390.1.2º CP pueden entenderse recogidas las conductas antes incluidas en el art. 302 núms. 1 y 9 CP de 1973. En ellas se prevenían la contrafacción o fingimiento de letra, firma o rúbrica y la simulación de un documento de manera que indujera a error sobre su autenticidad, sin hacer referencia expresa a la simulación parcial de documento. La contrafacción o el fingimiento de la letra, firma o rúbrica va generalmente dirigida a

prevista en el § 269 StGB comprende el supuesto en que un conjunto de datos, debido a una nueva ubicación, se haga imposible de encontrar.

⁴¹¹BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 328, incluye en un mismo grupo las conductas antes previstas en los núms. 1 y 9 art. 302 CP de 1973, porque suponen la confección de un documento inauténtico; en el mismo sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 315 y ss. No debe olvidarse que la autenticidad es concepto esencial para determinar en qué consiste la función de garantía del documento. Más concretamente, BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 3, establece que la función garantizadora se afecta básicamente cuando se falsifica la firma o cuando las manifestaciones contenidas en un documento auténtico se atribuyen a quien no las hizo; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 26.

⁴¹²En relación con ello, aunque respecto de las alteraciones en documento, QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 650, se interroga acerca de la pertinencia de penar aquellas falsedades que recaen sobre hechos que originariamente son ciertos y que suponen rectificaciones *veritatis causa* de los que se habían antes consignado legítimamente pero no verazmente, conviniendo que no se infiere de la letra de la ley que haya de incriminarse lo verdadero por no ser genuino. En el mismo sentido, aunque en relación con la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.3º CP, CONDE-PUMPIDO/BURHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3676.

⁴¹³En este sentido, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2021, nm. 54; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 125.

la creación de un documento falso *ex novo*, a la atribución de la declaración a una persona que no la ha efectuado⁴¹⁴, y esto tanto en los casos en los que la firma o la rúbrica se imitasen o como en los que sencillamente se suplantase la personalidad de otro suscribiendo por él sin necesidad de imitar su firma⁴¹⁵.

A) Concepto de simulación

Una vez aclarada la inclusión en la segunda modalidad comisiva del art. 390 CP de los supuestos previstos en los núms. 1 y 9 del art. 302 CP de 1973⁴¹⁶, dada su identidad estructural -el atentado que ambas suponen a la función de garantía que el documento desempeña-, conviene referirse a qué haya de entenderse por

⁴¹⁴ Así, por ejemplo, en todas aquellas sentencias en las que el TS condenaba por falsedad del art. 302.1 CP de 1973, generalmente en relación con el art. 303, en los casos de estampamiento de firmas del librador falsas en letras de cambio, cheques o talones, cheques de viaje o eurocheques o de aceptaciones falsas en letras de cambio, vid. SsTS, 12 febrero 1982 (RJ 653), 16 febrero 1982 (RJ 667), 16 junio 1982 (RJ 3537), 26 septiembre 1983 (RJ 4578), 2 noviembre 1984 (RJ 5424), 13 noviembre 1984 (RJ 5482), 29 junio 1984 (RJ 3710), 26 diciembre 1984 (RJ 6644), 6 diciembre 1985 (RJ 6003), 10 enero 1986 (RJ 121), 21 enero 1986 (RJ 164), 6 febrero 1986 (RJ 569), 14 abril 1986 (RJ 1968), 30 mayo 1986 (RJ 2905), 27 abril 1987 (RJ 2621), 25 mayo 1987 (RJ 3124), 30 mayo 1987 (RJ 4058), 25 marzo 1988 (RJ 2097), 7 abril 1988 (RJ 2752), 20 abril 1988 (RJ 2827), 10 junio 1988 (RJ 4696), 24 abril 1989 (RJ 3481), 28 abril 1989 (RJ 3556), 27 junio 1989 (RJ 5236), 20 septiembre 1989 (RJ 6759), 17 octubre 1989 (RJ 8461), 7 junio 1990 (RJ 5157), 29 junio 1990 (RJ 5741), 13 julio 1990 (RJ 6702), 16 enero 1991 (RJ 121), 7 febrero 1991 (RJ 899), 10 abril 1991 (RJ 2592), 21 junio 1991 (RJ 4787), 16 septiembre 1991 (RJ 6198), 29 junio 1992 (RJ 5550), 6 julio 1992 (RJ 6128), 12 octubre 1992 (RJ 8232), 18 noviembre 1992 (RJ 9600), 20 enero 1993 (RJ 133), 31 mayo 1993 (RJ 5082), 26 octubre 1993 (RJ 7961), 9 abril 1996 (RJ 2899), 26 abril 1996 (RJ 2999); respecto de la falsa firma en el aval de una letra de cambio cfr., entre otras, STS 8 marzo 1985 (RJ 1601); sobre la firma al dorso de un cheque equivalente al endoso vid. STS 24 mayo 1993 (RJ 4235); respecto del recibí en cheques, STS 2 marzo 1995 (RJ 4787); 15 febrero 1996 (RJ 876); 6 febrero 1997 (RJ 656); 12 junio 1997 (RJ 4891). Vid. también, sobre supuestos en que se condena por la misma modalidad falsaria por la imitación de la firma del médico en recetas del INSALUD o de otros centros médicos oficiales o bien en relación con aquellos medicamentos cuya dispensa necesita de receta, por todas, SsTS 11 junio 1982 (RJ 3520), 6 noviembre 1986 (RJ 6810), 21 marzo 1988 (RJ 2055), 20 abril 1990 (RJ 3282), 13 marzo 1992 (RJ 2089), 3 abril 1993 (RJ 3022), 22 marzo 1993 (RJ 2430); 19 diciembre 1996 (RJ 9496).

⁴¹⁵ No debe olvidarse que el anterior art. 302.1 se refería a dos posibles acciones típicas, a saber: contrahacer y fingir, que para CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 812, se caracterizaban, el contrahacer, por hacer una cosa tan parecida a la otra que con dificultad se distingan, y el fingir en simular o aparentar la firma, la letra o la rúbrica, concluyendo que ambas modalidades ostentaban idéntica significación. En el mismo sentido, JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documento*, op. cit., p. 482; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 272. Sin embargo, para BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido, concepto de documento...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., pp. 51 y 52, la contrafacción supone imitar, mientras el fingimiento tiene una significación distinta, que supone la simulación o engaño para que una cosa parezca diversa de lo que es, en el sentido de que la dirección de la acción es opuesta a la de la imitación, con ella se busca la disimilitud, lo que permite incluir aquí la desfiguración de la propia firma. En parecido sentido, la STS 30 mayo 1985 (RJ 2566), en la que el contrahacer se caracteriza como el hacer una cosa tan parecida a otra que con dificultad se pueda distinguir, mientras el fingir supone dar a entender lo que no es cierto.

⁴¹⁶ En relación con la introducción en el Código penal de 1944 de la novena modalidad comisiva, ya FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 346-347, advirtió que aunque tal artículo no existiese la conducta nunca resultaría atípica, puesto que quien simulase un documento en condiciones que pudiesen inducir a error sobre su autenticidad siempre incurriría en la conducta descrita en el primer apartado del art. 302 CP.

simulación. Por tal se puede considerar la formación integral de un documento falso⁴¹⁷, de un documento que no haya existido nunca antes y en el que tanto el contenido de la declaración cuanto la atribución de la misma a su autor sean apócrifas. No obstante, no ha de olvidarse que una de las formas tradicionales de falsedad material ha sido la contrafacción⁴¹⁸, que también puede entenderse comprendida en el término simulación, y que implica la imitación de una realidad ya existente. Cuando de contrafacción se trate, el documento contrahecho no necesariamente ha de ser falso en su contenido, es decir, no ha de adolecer de falsedad ideológica, sino que generalmente será sólo inauténtico, pues ha de atribuirse la manifestación de una declaración a un declarante que no la efectuó. Así, tanto en los casos en los que se forme un documento falso *ex novo* como en aquellos en los que la acción consista en la imitación de un documento ya antes existente, lo esencial en esta modalidad comisiva es la atribución a un determinado autor de una declaración que no ha efectuado. Denominador común de ambas conductas es la inclusión en el tráfico jurídico de una manifestación de pensamiento aparente, de la que no se responsabiliza una determinada persona física o jurídica, o de una declaración en la que autor aparente y real no coincidan⁴¹⁹. No se protege aquí, por tanto, la veracidad del documento, sino únicamente su autenticidad.

La contrafacción no es más que una forma específica de formación de un documento falso o de simulación⁴²⁰ que siempre ha de suponer la creación de un documento inauténtico. A los efectos de la función de garantía es equivalente la conducta de una persona que, pretendiendo de otra el cobro de una determinada cantidad de dinero, realice un documento apócrifo en el que aquella le reconozca una supuesta deuda, que la de quien, habiendo extraviado el reconocimiento de deuda que tenía en su poder, confeccione otro imitando el anterior y firmándolo cual si fuera el mismo deudor. Lo decisivo en ambos casos es el engaño sobre la persona que ha emitido el documento, siendo precisamente esta consideración la que ha llevado a afirmar que la diferenciación en función de la previa existencia de un modelo a seguir resulta superflua⁴²¹.

Junto a la simulación total, la segunda de las modalidades comisivas previstas en el art. 390 CP se refiere a la simulación parcial de documento⁴²². Tal posibilidad, sin embargo, es difícilmente caracterizable; máxime teniendo en cuenta que en la mayoría de ocasiones en las que se atribuya documentalmente una determinada declaración a una persona que no la ha efectuado todo el documento será inauténtico, y la globalidad de la declaración será extraña al autor al que se atribuye. Imagínese, por ejemplo, el caso de la confección de un certificado de estudios por el interesado simulando que haya sido emitido por el funcionario competente.

⁴¹⁷Vid., por todos, JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 482; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1064.

⁴¹⁸Vid. CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 12; sobre el concepto de contrafacción vid. asimismo, DELVAL, *Faux et fraudes*, op. cit., p. 67, en que identifica contrafacción con imitación de un original.

⁴¹⁹En este sentido, por todos, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 126; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2020, nm. 48; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 145, nm. 45; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 360; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 301, nm. 703.

⁴²⁰En este sentido, MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 291, quien afirma que la contrafacción es una especificación de la formación.

⁴²¹GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 319, para quien tal distinción parte de una concepción ya superada de la falsedad como imitación de la verdad.

⁴²²Dicha previsión normativa no se introduce por primera vez en el Código penal de 1995. Tanto el Proyecto de 1980, en su art. 419.3º, la PANCP de 1983, en su art. 352, como el Proyecto de 1992, en su art. 377, incluían ya la simulación parcial de documento.

Ha habido, no obstante, intentos de deslindar la formación total o parcial de un documento falso. En este sentido, se ha afirmado que ambas modalidades se diferencian en función de que la conducta de formación o contrafacción afecte al documento entero o a una parte del mismo⁴²³, de que no provenga en todo o en parte del autor aparente del documento⁴²⁴, de que la parte ilegal del documento se añada a una parte legal ya existente⁴²⁵, o bien cuando al documento ya completo se le añadan documentos accesorios falsos⁴²⁶.

A pesar de tales tentativas, no aparece aún con claridad el ámbito aplicativo en el que el legislador está pensando para la simulación parcial. Seguramente la *voluntas legislatoris* ha sido incluir aquí los casos antes previstos en el art. 302.1 CP de 1973, esto es, los de contrafacción o fingimiento de letra, firma o rúbrica; si bien, en la mayoría de ocasiones, no hubiera sido necesario establecer tal tipificación expresa. Por un lado, porque la confección de una firma falsa suele llevar aparejada la creación de un documento absolutamente inauténtico. Contra esto no cabe objetar que, aún sin ser auténtico, el documento puede ser veraz, pues no es en esta modalidad falsaria en la que la veracidad se protege. Por otro lado, porque la alusión a la inautenticidad de la firma o al tenor del documento como elementos separables que determinen, en caso de falsificación de uno sólo de ellos, la subsunción en la simulación parcial tampoco convence. En realidad, añadir a una declaración auténtica preexistente, pero aún no suscrita, una firma apócrifa que atribuya la declaración a una persona que no la ha hecho, convierte al documento en completamente inauténtico. Lo mismo cabe decir en el supuesto inverso, o sea, cuando sobre una firma efectuada en blanco alguien distinto del suscriptor redacta una determinada declaración; también aquí puede hablarse de inautenticidad absoluta, por lo menos en los casos en los que el redactor no tenga poder para documentar la declaración y en que la firma no vaya siquiera acompañada de una declaración incompleta⁴²⁷.

Quedan claramente fuera de la simulación parcial los casos en los que a un documento auténtico preexistente se le efectúen añadidos que cambien el inicial tenor, ampliándolo, de forma que aquella parte añadida convirtiera al documento en parcialmente inauténtico por no provenir del autor aparente de la declaración. Tal exclusión se deriva de la misma existencia de la primera modalidad comisiva del

⁴²³En este sentido, NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 65.

⁴²⁴De esta opinión, CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 220, para quien el documento no es genuino no sólo cuando no provenga de persona física diversa de la resultante del documento, sino también cuando sea formado en parte por persona que no figura como su autor, entendiéndose que el documento se compone de contenido y firma, dejando de ser genuino cuando uno de los elementos diverja de la realidad.

⁴²⁵Vid. DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 90.

⁴²⁶En este sentido, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 789 y ss, para quien estos documentos accesorios falsos pueden consistir en inscripciones, endosos o recibos. De tal manera, el falsario con ello no altera en sí mismo el documento genuino mismo, sino que forma una falsedad accesoria, que puede cometer tanto el autor del inicial documento jurídico como un tercero. Cuando de este último se trate, además de poder efectuar de tal modo una formación total de documento falso, también podrá hacerlo completando un escrito genuino de otro que por sí sólo no tuviese el carácter de documento, como en los casos en los que falta el tenor del documento o la individualización de su autor. En relación con este último supuesto, MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 388, sin calificarlo expresamente como formación parcial de documento falso, alude a los supuestos en los que el autor había escrito el documento de su puño y letra pero había dejado sin firmar y un tercero imita su firma, o el caso inverso, aquél en que el sujeto realiza su firma en un papel en blanco y el autor de la falsedad se aprovecha de tal circunstancia para escribir ante la firma una determinada declaración.

⁴²⁷Al respecto, MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 236, considera que son supuestos de simulación parcial las conductas consistentes en el relleno de aquellos documentos en blanco que se han de completar.

art. 390 CP -la alteración-, que es la que procede aplicar. Como ya se apuntó, la diferencia fundamental entre alteración y simulación consiste justamente en que la primera opera sobre la base de un documento completo, mientras la segunda se lleva a cabo en el momento de la documentación⁴²⁸.

La dificultad en encontrar un ámbito aplicativo a la simulación parcial ha llevado a postular la innecesariedad de su previsión específica⁴²⁹. Sin embargo, no debe olvidarse que existen documentos en los que hay múltiples declarantes, que pueden hacer una misma declaración de forma conjunta o distintas declaraciones. El primero de los casos se produce en los contratos, en los que los intervinientes son siempre dos como mínimo, de forma que la fingida intervención de uno de ellos y la falsificación de su firma al final del documento convierten al documento en totalmente inauténtico y fácilmente serían típicos como falsedad documental aún a falta de la previsión específica de la simulación parcial, pues la declaración se atribuye siempre, mancomunadamente, a las dos partes intervinientes. En el segundo de los casos, en que las declaraciones son distintas, puede ocurrir que la simulación de una de ellas no convierta en inauténtico a todo el documento. Tal supuesto lo reflejan aquellos documentos públicos en los que interviene un funcionario documentador que recoge las declaraciones que efectúan los otorgantes de un determinado acto o negocio con relevancia jurídica. De un lado, los intervinientes efectúan declaraciones relativas al negocio que celebran, mientras el funcionario declara transcribir esas manifestaciones conforme se han realizado y por parte de quien se afirman realizadas. En los casos en los que, por ejemplo, una persona otorga testamento público suplantando la identidad de otra y firmando como esa otra, resultaría un tanto forzado admitir que todo el documento es inauténtico. Desde el momento en que el efectivo autorizante -autor- de la escritura sea un determinado Notario que firma con su propio nombre, aunque la declaración del causante sea la principal en el documento, no puede hablarse de inautenticidad global del documento. Aun resultará más difícil admitirla cuando se suponga la intervención de un testigo⁴³⁰ en el testamento y se suplante su firma al final del documento. Justamente para estos supuestos en los que la suplantación de la firma o del signo de identificación perteneciente a uno de los intervinientes y en los que, por tanto, se vea afectada la función de garantía del documento, además de la probatoria, puede tener sentido la previsión específica de la simulación parcial. No se nos oculta que en tales casos puede cometerse, asimismo, la falsedad prevista

⁴²⁸Por tal razón, los casos en los que MANZINI habla de simulación parcial producidos sobre un documento anterior existente, o bien serían alteraciones si el añadido no tiene en sí la consideración de documento, o bien constituirían simulaciones totales cuando los mismos reúnan a su vez las características necesarias para ser documento - así en el caso del endoso en una letra de cambio- aunque tomen como referencia al documento genuino inicial.

⁴²⁹En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 316, quien en relación con el art. 377 PrCP 1992 establece que que la simulación parcial de un documento no se diferencia en nada de la intervención intelectual que aquel precepto incluía dentro de la definición de falsedad, puesto que ambas se producen en el momento de creación del documento, de forma que la simulación parcial como forma autónoma da lugar a la redundancia de la ley. En el mismo sentido, pero ya en relación con el art. 390.1.2º CP, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 116.

⁴³⁰Entre otros, el art. 685 CC prevé la posible intervención de dos testigos en testamento otorgado ante Notario cuando éste no conozca la identidad del testador. El art. 697 CC preceptúa la necesaria presencia de dos testigos idóneos cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, cuando, aún pudiendo hacerlo, sea ciego, declare que no sabe o no puede leer por sí el documento, o cuando testador o Notario lo soliciten.

en el art. 390.1.3º CP; sin embargo, la simulación de la firma constata la afección parcial a la función de garantía del documento⁴³¹.

El Tribunal Supremo -que ha defendido la necesidad de inclusión de esta modalidad-⁴³², ha conceptualizado la simulación como el “crear un documento configurándolo de tal forma que produzca una apariencia de veracidad tanto por su estructura como por su forma de confección”⁴³³, que crea una “apariencia documental referida en sus condiciones al documento genuino al que funcionalmente sustituye” y que es una infracción típica en los casos de complementación falsa de impresos con espacios en blanco que han de ser cubiertos en el momento de la creación del documento⁴³⁴. Si bien, en sentencias

⁴³¹ SOTO NIETO, *Falsedad en documento público, oficial o mercantil. Humanización y realismo en la función interpretativa*, op. cit., p. 16, considera que pueden incluirse en el art. 390.1.2º CP los casos de estampación de firmas de los supuestos intervinientes en un acto.

⁴³² Ha de tenerse en cuenta que la introducción de esta modalidad comisiva en el Código penal de 1944 fue justamente fruto de la necesidad, que la jurisprudencia puso de manifiesto, de la creación de un tipo comisivo que recogiese la creación *ex novo* de un documento falso. Así lo reconoce la STS 17 octubre 1991 (RJ 7288), según la cual el precepto “es una especie de “cajón de sastre” en este tipo de infracciones, de otro lado necesaria a la hora de acoger aquellas falsedades en donde por medio de una ficción total, se da vida a documentos con visos de autenticidad”. Esto pese a que autores como QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 187, afirmaran que el núm. 9 del art. 302 CP de 1973 que comprende la falsificación total de un documento elaborado de la nada repetía hipótesis ya previstas en los números anteriores de aquel precepto, pues “no se concibe la falsificación tal de un todo sin la de sus partes”.

⁴³³ Cfr. STS 18 septiembre 1993 (RJ 6773).

⁴³⁴ En este sentido, STS 17 octubre 1991. Como ejemplos de conductas falsarias calificadas conforme al art. 302.9 CP de 1973 en el relleno apócrifo de formularios con espacios en blanco, cabe citar, entre otras muchas, las SsTS 11 junio 1982 (RJ 3520) referido a la falsa cumplimentación de una receta médica sobre un medicamento para cuya dispensa es aquella necesaria; 5 junio 1987 (RJ 4517) en relación con la cumplimentación de un impreso de la Tesorería Territorial de la Seguridad Social; 7 octubre 1987 (RJ 7251) referida a recetas de la Seguridad Social; 30 mayo 1987 (RJ 4058) en un caso de firma falsa del librador en un cheque; 24 abril 1987 (RJ 2612) para la emisión de letras de cambio con librados imaginarios; 24 octubre 1988 (RJ 8387) en la falsificación de recetas del INSALUD; 16 marzo 1988 (RJ 2031) firmar por el padre el acepto de una letra de cambio; 24 mayo 1989 (RJ 4252) en el caso de una persona que obtiene hojas en blanco con el sello de la Sección de Certificados de Características técnicas de la Delegación de industria de Madrid para matricular vehículos y las rellena; 9 febrero 1989 (RJ 1529) en la falsificación de un boleto de quiniela; 14 marzo 1989 (RJ 2628) firma falsa de libramiento en un talón; 6 febrero 1990 (RJ 1173) en el caso de un empresario que confecciona un certificado falso de la Tesorería General de la Seguridad Social en el que se afirma que ha pagado las cuotas adeudadas a este organismo; 12 febrero 1990 (RJ 1473) en que un particular falsifica permisos temporales para conducir; 22 marzo 1990 (RJ 2587) referido a un certificado falso de haber efetuado los estudios de BUP y COU; 6 julio 1990 (RJ 6254) en el caso de un agente de la Guardia Civil que sin estar autorizado expende permisos de conducir temporales; 2 octubre 1990 (RJ 7628) para la confección de una certificación de estudios apócrifa; 27 diciembre 1990 (RJ 10094) en la confección de un permiso de conducir falso; 5 febrero 1991 (RJ 758) en el caso en que un funcionario que actúa como contable de una cooperativa falsifica un talón; 17 mayo 1991 (RJ 3687) para una persona que simula documentos de abono justificantes de pago de la tasa sobre el juego; 29 mayo 1991 (RJ 5023) al empresario que rellena falsamente los impresos TC 1 y TC 2 para justificar el pago de retenciones del IRPF y de cuotas sociales a Hacienda; 18 noviembre 1991 (RJ 8593) falsificación de un contrato de arrendamiento en impreso oficial; 13 marzo 1992 (RJ 2089) confección falsa de recetas del Servicio Provincial de Sanidad; 20 marzo 1992 (RJ 2373) en el que un empresario falsifica matrices de los recibos de cotización a la Tesorería General de la Seguridad Social; 29 junio 1992 (RJ 5550) para el acepto falso en una letra de cambio; 18 marzo 1992 (RJ 2361) simulación de facturas en las que se

más recientes se ha conceptualizado como simulado el documento “cuando en él se atribuye a un funcionario o particular una declaración de voluntad jurídicamente relevante que encubre una realidad inexistente”⁴³⁵.

Aunque sea cierto que gran cantidad de los casos en que la conducta falsaria se subsume en la modalidad de simulación son aquellos que tienen lugar utilizando impresos en blanco como base, no han faltado, sin embargo, supuestos en que el soporte físico sobre el que se opera la apariencia documental es el mismo papel en blanco. Así aquél en que un empresario crea un documento apócrifo de finiquito para algunos de los trabajadores a su cargo aprovechando firmas que tenía de los mismos en su poder y adjuntándolas a la declaración de liquidación⁴³⁶; o la falsificación de una carta privada donde la mujer autoriza al esposo a que venda un apartamento que pertenecía a la sociedad de gananciales⁴³⁷. También en supuestos como el del funcionario de un juzgado que en diligencia de notificación de la sentencia falsifica la firma del responsable⁴³⁸, el del administrador que gestiona créditos de sus clientes en la Xunta de Galicia y falsifica documentos acreditativos de tal institución en los que se afirma que se está estudiando su concesión⁴³⁹, o el de la creación de un auto simulado en virtud del cual se levanta el procesamiento contra el encausado por apropiación indebida⁴⁴⁰.

falsifica la firma del emisor con la finalidad de cobrar un seguro; 28 diciembre 1992 (RJ 10332) para el caso de un funcionario que falsifica facturas de hoteles con el fin de cobrar dietas de desplazamientos en el ejercicio del cargo; 22 febrero 1993 (RJ 1387) a un particular que falsifica un boleto de lotería primitiva; 16 marzo 1993 (RJ 2312) en que se falsifica la firma del padre en distintos talones; 20 mayo 1994 (RJ 9344) en que se confeccionan talonarios de infracciones de tráfico que son duplicados de los originarios, pero sin que conste que tales talonarios se hayan rellenado; 3 noviembre 1994 (RJ 8393) en los que se confeccionan recibos a nombre de personas inexistentes cuyas firmas se simulan; 19 diciembre 1996 (RJ 9496) para las personas que confeccionan recetas a nombre de un facultativo sobre talonarios que habían encargado a una imprenta; 11 febrero 1996 (RJ 723) en la emisión de pagarés a nombre de una empresa supuesta por parte de un inversionista para ocultar las desviaciones de capital que le habían entregado sus clientes; 3 marzo 1997 (RJ 2815) para el caso de un empresario que confecciona impresos TC 1 y TC 2 de cotizaciones a la Seguridad Social falsos; 15 abril 1997 (RJ 2823) en que se admite generalizadamente la comisión de esta modalidad aunque se utilice como vehículo un impreso en blanco que se rellena; 17 noviembre 1997 (RJ 7985) en el caso de un empresario que simulaba firmas de aceptos en letras de cambio para llevarlas al descuento; 6 marzo 1998 (RJ 1774) para el libramiento de letras de cambio con librados y aceptantes supuestos; 8 mayo 1998 (RJ 3439) en un caso de falsificación de firma del librador en talones..

⁴³⁵En este sentido, STS 5 mayo 1995 (RJ 3617).

⁴³⁶STS 27 junio 1983 (RJ 3591), haciendo posteriormente fotocopia del apócrifo documento que legaliza un Notario.

⁴³⁷STS 31 marzo 1989 (RJ 2780).

⁴³⁸STS 28 marzo 1990 (RJ 2637).

⁴³⁹STS 20 abril 1990 (RJ 32832).

⁴⁴⁰STS 17 julio 1990 (RJ 6722). Más recientemente pueden mencionarse las SsTS 31 octubre 1991 (RJ 7478), en que se había confeccionado una escritura notarial falsa simulada en la que se imitó la firma del Notario, y en que se condena a los procesados por uso de documento público falso del art. 304 CP de 1973 en relación con el art. 302.1º; 16 junio 1992 (RJ 5386) en que se condenó por el art. 303 CP de 1973 en relación con el art. 302.9 a un director de banco que concedía créditos con interés inferior al permitido y hacía dos copias distintas del contrato, la que enviaba al cliente y la que tenía como destino la dirección de la entidad de crédito; 28 septiembre 1994 (RJ 7229) en que un concejal de Ayuntamiento firma una carta a nombre privado en la que manifiesta, como propietario, que se reduzca una zona verde que afecta a su supuesta parcela; 3 marzo 1994 (RJ 1768) en que un encargado de una sucursal bancaria abre libretas sin comunicarlo a la caja para la que trabaja firmando en lugar del apoderado; 10 febrero 1995 (RJ 1037) en que un recaudador de impuestos de un Ayuntamiento, para quedarse con el dinero de la

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha manifestado también que la modalidad falsaria prevista en el núm. 2º del art. 390 CP consta de dos elementos, que son la propia simulación del documento y la inducción a error sobre su autenticidad. No obstante, no es del todo preciso deslindar ambos conceptos como si de compartimentos estancos se tratara, desde el momento en que la inducción a error sobre la autenticidad del documento ha de integrarse en el concepto mismo de simulación, operando como criterio que permite determinar cuándo un documento ha de considerarse simulado a efectos penales, lo que conduce necesariamente al estudio del término autenticidad como objeto sobre el que ha de producirse el error.

B) Concepto de autenticidad

La exigencia típica de que el documento simulado induzca a error sobre su autenticidad fue vista como un acierto del legislador de 1944 que debería haberse incluido al iniciarse el tipo⁴⁴¹. Puesto que la producción del error en la persona del autor del documento no puede predicarse de aquellas modalidades típicas en las que se protege exclusivamente la función probatoria del documento -no suponen engaño sobre la identidad del autor, sino sobre cuál hubiera debido ser el contenido de su declaración-, la exigencia típica del error es determinante para circunscribir las creaciones *ex novo* de un documento falso que han de tener relevancia penal.

No obstante, el ámbito de dicha limitación típica dependerá de la concepción que se acoja de la autenticidad. Como ya se ha mencionado en apartados anteriores, pueden diferenciarse dos concepciones distintas sobre la misma, la que podríamos denominar amplia y la estricta. Para la concepción amplia, el término autenticidad no incluye solamente al autor del documento, sino también el lugar y fecha en que el mismo se emite y el hecho o negocio que contiene, esto es, todos los elementos que sirven para identificar el documento⁴⁴². De tal forma, según los defensores de esta concepción, el documento será también inauténtico o no genuino cuando, a pesar de contener la correcta indicación del autor, no incluya, sin embargo, la indicación correcta del lugar o de la fecha en que la declaración se escritura⁴⁴³.

recaudación, confecciona un listado apócrifo de contribuyentes y lo presenta al banco para que éste abra una línea de descuento.

⁴⁴¹QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 188, para quien tal exigencia suponía estructurar la falsedad sobre bases de eficiencia potencial evitándose con ello la punición de la falsedad burda o inócua.

⁴⁴²Así CARNELUTTI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., pp. 154 y ss, para quien la contrafacción del documento supone que el mismo aparece como diferente de lo que es, al incidir sobre la identidad del documento, conformada por el autor y las circunstancias de tiempo y lugar; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 69; MIRTO, *La falsità in atti*, pp. 293 y ss, para quien una de las posibles maneras de formar un documento falso es la confección del mismo consagrando una situación jurídica no verdadera o no conforme a la verdad, y lo que llama *falsum scribere* o *falsa scriptura*, en que el documento inveraz es redactado en su contenido o en su substancia falsamente, lo que puede producirse en los documentos en que sea relevante la determinación de la identidad, del autor, del dónde y del cuando ha sido formado el documento.

⁴⁴³Para CARNELUTTI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., pp. 154 y ss, pueden diferenciarse dos tipos de contrafacción, la de proveniencia, que según dice ha de recaer sobre la parte del documento que sirva a la demostración de su autor, y la de fecha, que supone la inmutación del lugar o tiempo de emisión del documento, aunque la fecha falsa la ponga el mismo autor, esto es, aunque se trate de documento post o antedatado. En parecido sentido, NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 69 y ss, la contrafacción contiene tres tipos de conducta, a saber: la formación de documento de modo que parezca provenir de un autor diverso al verdadero o contrafacción de proveniencia, la formación de un documento que contenga falsa indicación de la fecha o lugar de emisión, la llamada

La aplicación de esta concepción de la autenticidad llega tan lejos que prácticamente vacía de contenido a las tradicionalmente denominadas falsedades ideológicas. La antedatación o postdatación de un documento efectuada por el mismo autor de la declaración habría de incluirse, según ella, en la modalidad de conducta prevista en el núm. 2º del art. 390 CP. Sin embargo, de la regulación de las falsedades documentales que establece el Código penal de 1995 y del sistema de remisiones en él contenidas se deduce que este tipo de conductas han de ser atípicas cuando el sujeto activo sea un particular. Admitir que se afecta a la genuinidad del documento al formar escritos que contengan negocios inexistentes supone afirmar que constituirían simulaciones de documento, por ejemplo, las emisiones de facturas por operaciones o servicios inexistentes⁴⁴⁴, o incluso contratos en los que concurre simulación civil⁴⁴⁵.

La confusión entre simulación civil y penal a que ello conduciría, trae como consecuencia que la formación de un documento *ex novo*, antedatado o postdatado o con contenido inveraz, pero cuyo autor real es quien aparece en el documento, no ha de considerarse inauténtico, y no puede incluirse en el art. 390.1.2º CP. Ello no es óbice para considerar que uno de tales documentos pueda ser instrumento para cometer un delito distinto, cual puede ser una estafa, o que integren la modalidad comisiva del núm. 4 del art. 390.1 CP cuando los sujetos activos sean funcionarios públicos. Adviértase, no obstante, que respecto de la alteración de documentos, sí se admitió que podían ser sujetos activos los mismos autores del documento, siempre y cuando con ello se afectase a la función probatoria del documento además de a su función de perpetuación. Esta diferencia en relación con el trato a otorgar a las acciones falsarias efectuadas por el mismo autor del documento no implica un trato diferencial huérfano de justificación. Se ha de recordar que los casos en los que el autor puede alterar el documento que él mismo confeccionó son aquellos en los que ha perdido ya el poder de hacer modificaciones en su declaración, en que el documento se ha introducido ya en el tráfico jurídico. En este momento existen ya personas que han tomado conocimiento de la declaración con

contrafacción de fecha, en que tienen relevancia los casos de antedatación o postdatación del documento por el mismo autor, pero aún llega más lejos que CARNELUTTI al admitir una tercera forma de contrafacción, que reconoce que está a caballo entre la falsedad material e ideológica, y que es aquella que supone la formación de un escrito que documento un negocio *-atto-* inexistente, y que será falsedad material en los documentos que contienen declaraciones de voluntad y no de ciencia, en los que este tipo de falsedad será siempre ideológica. DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 584, que establece como caso de contrafacción la formación de un testamento público en el que aparece como testador una persona diferente de la que es realmente interviniente o que aparezca redactado en un día o en un lugar diverso del verdadero; JIMÉNEZ ASEÑO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 482, quien, siguiendo a CARNELUTTI, admite la contrafacción de proveniencia o de fecha.

⁴⁴⁴En este sentido, NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 74.

⁴⁴⁵La simulación civil, que no ha de confundirse con el término simulación del art. 390.1.2º CP, se da “cuando se finge celebrar un negocio jurídico sin que se desee igualmente que surtan los efectos propios del mismo”, cfr. LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de derecho civil I. Parte general del Derecho civil*, vol. 3º. *El derecho subjetivo*, op. cit., p. 203 y ss. Puede ser absoluta o relativa, en función de que detrás del negocio simulado falte todo negocio o se oculte el verdaderamente querido, sea éste total o parcialmente simulado, vid. ALBALADEJO, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, vol. 2º, op. cit., p. 248. Acogiendo el concepto de contrafacción de NAPPI debería necesariamente concluirse que en los casos de simulación absoluta, en tanto el documento, sobre el que se redacta el contrato, recoge un negocio inexistente, estaría contrahecho, no sería genuino. Más discutible sería, sin embargo, mantener tal concepción cuando se tratase de simulación relativa, pues en tal caso el documento no escritura un negocio o hecho inexistente, sino distinto del real. Sobre la diferencia entre simulación civil y penal vid. *infra* cap. II, apartado 2.1.3.B.a).

carácter previo a la modificación y que pueden tener expectativas de cualquier tipo fundamentadas en aquella original manifestación. Por contra, en los supuestos de simulación documental no se ha introducido antes en el tráfico jurídico otra declaración distinta a la que se hace circular tras la confección del documento falso, y que todos atribuyen a su autor, tanto si se ha antedatado o postdatado, como si contiene un negocio inexistente.

Esto es, con la criminalización de la simulación de documento no se pretende proteger la veracidad intrínseca de la declaración, sino la autenticidad de la misma. Deben separarse la veracidad y la autenticidad del documento⁴⁴⁶. El documento puede ser inauténtico a pesar de que contenga un tenor que objetivamente sea cierto y viceversa, será auténtico aunque incluya manifestaciones que sean inveraces. Lo que con esta modalidad comisiva se pretende evitar es la introducción en el tráfico de declaraciones aparentes en las que el declarante o autor no está en la relación específica en que ha de estar un declarante con el texto por él efectuado⁴⁴⁷. Se persigue, pues, la protección inmediata de la función de garantía que el documento desempeña.

El desbordamiento del tipo de simulación que supondría el concepto amplio de autenticidad y la falta de adecuación del mismo a la propia estructura regulativa de la falsedad documental, conducen a desecharlo⁴⁴⁸. Esto supone la admisión de un concepto estricto de autenticidad, que toma como único referente la identidad del autor del documento. Dicho concepto, por otra parte, ha sido el dominante en la doctrina, tanto en Alemania -donde es unánime⁴⁴⁹-, como en Italia⁴⁵⁰ o España⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ Vid., por todos, WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 173, para quien la cuestión de la autenticidad depende sólo de la autoría del documento -*Urheberschaft*-, no de la veracidad de la declaración; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 100, quien afirma que la esencia de la falsedad está en el engaño en la persona del autor del documento y no en la incorrección de su contenido; BACIGALUPO, *Simulación de negocio jurídico y falsedad documental*, en *La Ley*, 1998, Diario 4524, p. 3; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 22.

⁴⁴⁷ En este sentido PUPPE, *Zur Abgrenzung von Urkunden- "Echtheit" und Urkundenwahrheit in Fällen von Namenstäuschung*, op. cit., p. 22.

⁴⁴⁸ TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 125 o CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2021, nm. 54, excluyen expresamente que las falsas indicaciones sobre el tiempo o el lugar de emisión de un documento lo conviertan en inauténtico.

⁴⁴⁹ Vid., por todos, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 209; LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 743; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., pp. 620 y ss.; LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., pp. 150 y ss.; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 216; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 172; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 187, nm. 494; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 77; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1378, nm. 20; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 102; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 313-314.

⁴⁵⁰ Cfr., entre otros, FINZI, *I reati di falso*, 1920, op. cit., p. 437; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 620; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 220; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 152; BOSCIA, *Della Falsità in atti*, op. cit., p. 7.

⁴⁵¹ CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 846; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 329; BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 2; BACIGALUPO, *El Delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 22 y 38 y ss; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 232 y ss; COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., p. 435; ECHANO BASALDUA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 305; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, op. cit., pp. 235 y ss;

Resulta preocupante, sin embargo, la interpretación operada actualmente por el Tribunal Supremo en relación con la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.2º CP, que implica una concepción amplia de la autenticidad. Según recientes resoluciones⁴⁵² han de diferenciarse los supuestos en que se efectúan declaraciones falsas ante un funcionario que no responden a la verdad de aquellos otros en que “el documento en su totalidad constituye una falacia”. En el primero de los casos, según el Tribunal, no se afecta a ninguna de las tres funciones que el documento desempeña, aunque sí en el segundo. Partiendo de un concepto de simulación que identifica con “fingir la existencia de un documento completamente irreal” llega a la conclusión de que pueden incluirse en la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.2º CP o 302.9 CP de 1973 conductas consistentes en la emisión de facturas que son inciertas en su totalidad, en que ninguno de los conceptos corresponde a una operación mercantil efectuada. Distinto es el supuesto en que en una factura cierta se contengan algunas partidas que no se ajustan a la realidad, en que habrá que hablar de falsedad ideológica a juicio del Tribunal Supremo.

En puridad, el alto Tribunal justifica con el razonamiento precedente que la emisión de facturas que obedecen a servicios que no han sido realmente prestados constituyen simulaciones documentales, obviando con ello la despenalización casi generalizada de la falsedad ideológica de particular en el actual Código penal. Si bien en anteriores resoluciones la jurisprudencia había acudido al art. 302.9 CP de 1973 para calificar estas conductas⁴⁵³, la aprobación de un Código penal más restrictivo en la criminalización de la falsedad ideológica ha provocado la reafirmación de esta postura. Frente a la peligrosa interpretación preconizada por el Tribunal Supremo -que podría contravenir la *voluntas legis*-, tan sólo puede afirmarse que confunde los conceptos de simulación penal y simulación y reserva mental civiles⁴⁵⁴. Estos últimos -que serán analizados con la modalidad comisiva del

BACIGALUPO, *Simulación de negocio jurídico y falsedad documental*, op. cit., passim; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *La falsedad ideológica*, op. cit., pp. 431 y ss.

⁴⁵²Vid. STS 13 junio 1997 (RJ 4895), según la cual, cuando las facturas representen el suministro de bienes y maquinaria por parte de sociedades inactivas “se ha simulado con la declaración ex novo un documento que induce a error sobre su autenticidad, exigencia esta última que, según mejor doctrina, se satisface si el documento así creado tiene idoneidad para engañar a un sujeto de características medias desde el punto de vista social, es decir, que la alteración de la verdad (“*immutatio veri*”) y el remedo de la misma (“*imitatio veri*”) es bastante para llevar a error al común de las gentes”. En parecidos términos STS 28 octubre 1997 (RJ 7843) (caso FILESA) en relación con la emisión de facturas de sociedades vinculadas con el PSOE a diferentes entidades mercantiles por servicios inexistentes con la finalidad de financiar al partido. También en este sentido, SsTS 25 noviembre 1997 (RJ 8321) en relación con un contrato simulado entre dos empresas de suministro de bienes y las facturas por bienes inexistentes entre ellas libradas; 7 noviembre 1997 (RJ 7844) en un supuesto semejante al anterior, si bien se absuelve al acusado porque la factura no podía afectar a la seguridad en el tráfico jurídico.

⁴⁵³Cfr. SsTS 18 octubre 1994 (RJ 8026); 29 octubre 1994 (RJ 8331); 21 julio 1997 (RJ 5908). En contra Cfr. SsTS 3 abril 1982 (RJ 2073), en que al titular de un taller de reparación que emitía facturas que no obedecían a operaciones reales se lo condena por el art. 303 en relación con el art. 302.4 CP de 1973 y no por núm. 9 del mismo precepto; 7 febrero 1994 (RJ 712) en que la emisión de facturas por cantidades más altas que las reales que obedecían a operaciones ficticias se subsume también en el art. 302.4 CP de 1973; Auto TS 22 diciembre 1995, de apertura de juicio oral contra los implicados en el asunto Filesa, que califica de falsedad ideológica la emisión de facturas por servicios inexistentes, llegando a declarar su atipicidad conforme al art. 302.4 CP de 1973, pues la factura, como documento privado que es, no hace prueba de la fecha en que fue emitida ni del contenido veraz o no de la declaración.

⁴⁵⁴De semejante opinión, BACIGALUPO, *Simulación de negocio jurídico y falsedad documental*, op. cit., p. 2; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 33 y ss.

faltar a la verdad en la narración de los hechos⁴⁵⁵- sólo constituirán falsedades documentales cuando sean subsumibles en el núm. 4º del art. 390 CP, y, por tanto, atípicas si el sujeto activo es un particular⁴⁵⁶. Dicha interpretación restrictiva la acogen también, afortunadamente, recientes sentencias del Tribunal Supremo⁴⁵⁷. Sin embargo, la emisión de votos particulares en resoluciones de uno u otro signo, así como los vaivenes de la doctrina del Tribunal Supremo, no generan más que inseguridad.

Aun acogiendo un concepto estricto de autenticidad como aquí se hace, no se resuelve el problema de cuándo un documento es auténtico y, por tanto, no simulado. Para ello es necesario fijar primero quién sea el autor real de la declaración, pues la inautenticidad ha de predicarse de aquellos escritos en los que el autor aparente de la declaración no coincide con el real. Esto es, para determinar si el documento es o no auténtico ha de realizarse una doble operación; primero establecer quién aparece como autor aparente del documento y, segundo, interrogarse sobre quién es autor real de la declaración. Por consiguiente, el documento será auténtico cuando autor aparente y real coincidan y no lo será cuando ambos sujetos no sean idénticos⁴⁵⁸.

Discusiones sobre el método más correcto de cómo descubrir la autenticidad del documento a parte, lo cierto es que la doctrina no es unánime a la hora de establecer quién haya de considerarse autor del documento. A este fin han

⁴⁵⁵Vid. infra cap. II, apartado 2.1.3.B.a).

⁴⁵⁶De esta opinión CÓRDOBA RODA, *Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima*, en *La Ley*, 1996-3, p. 1333; GÓMEZ BENÍTEZ, *Facturas y documentos mercantiles o societarios de contenido falso*, en *La Ley*, 1997, Diario 4337, p. 2, para quien la emisión de facturas por servicios no prestados constituirá el delito previsto en el art. 290 CP cuando tengan reflejo en las cuentas anuales o en cualquier otro documento de los aludidos en el precepto; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Ed. MacGraW-Hill, Madrid, 1997, pp. 18 y ss., si bien admitiendo que no puede subsumirse en el art. 290 CP la emisión de facturas por servicios no prestados; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 238. Mantendrán lógicamente la inclusión de tales supuestos en el art. 390.1.2º CP los autores que sostienen un concepto de simulación identificable con la falsedad material o ideológica -como falsedad general-. Así FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 216 y ss.

⁴⁵⁷ Cfr. STS 26 octubre 1998 (RJ 1196) (caso Argentinia Trust), en que el Tribunal razona, desde una visión funcionalista de la falsedad, que con la emisión de una factura por servicios no prestados sólo se incluye una inveracidad en el documento, sin afectarse su función de garantía, lo que resulta atípico en el nuevo Código Penal tratándose de sujeto activo particular. De tal forma, se afirma en la sentencia que la pretensión de que tal falsedad continuase siendo típica conforme a la simulación de documento supondría volver a penalizar una falsedad ideológica convirtiéndola en falsedad material. Sin embargo, en dicha sentencia se contiene un voto particular del Magistrado Sr. D. Puerta Luís proclive a incluir en el concepto de simulación facturas emitidas por servicios no prestados. En el mismo sentido que esta resolución, la STS 30 enero 1998 (RJ 3757) mantiene un concepto estricto de autenticidad y, por ende, de simulación, aunque también con voto particular en contra del Magistrado Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel.

⁴⁵⁸En este sentido, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 374; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 172, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 40; sin embargo, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 75-76, no está de acuerdo con esta opinión mayoritaria en Alemania. Según esta autora el documento inauténtico no es una forma especial de documento, sencillamente es un no documento, de manera que falseador del documento puede serlo el autor real del mismo, aunque éste no cumple ninguna de las condiciones que debe tener el autor del documento. No tiene sentido efectuar la doble interrogación arriba apuntada, pues como el documento inauténtico no tiene un autor, la prueba de la autenticidad se limita a la cuestión de si quien aparece en el mismo como autor es el verdadero, si no lo es, el documento es inauténtico sin más.

aparecido en Alemania las dos fundamentales teorías, ya mencionadas⁴⁵⁹, de la corporalidad y de la espiritualidad. Ya se advirtió como las objeciones formuladas a la primera -sobre todo en la confección de documentos mediante representante, en los realizados por quien es mero brazo ejecutor del declarante o en el envío de telegramas- propiciaron el surgimiento de la segunda de la doctrinas, que pone el acento en la procedencia mental de la declaración para determinar a su autor. Partiendo pues de esta base, autor del documento para la segunda tesis es aquel que quiere hacer valer la declaración contenida en un documento como suya, en definitiva, que se adhiere a ella y responde de la misma. También se dijo que las insuficiencias de ésta última han hecho surgir en aquel país ulteriores formulaciones de la misma que normativizan el concepto de autor - la teoría de la imputación jurídica, denominada *materiell-Zivilrechtsbezogene Ausstellerlehre*- e incluso han provocado el retorno a una teoría modificada de la corporalidad.

Sea cual sea la teoría de la que se parta para la determinación del autor de un documento, lo que a todas ellas une es que el documento sólo deja de ser auténtico en tanto se engañe sobre la identidad de su autor. No obstante, el empleo de una u otra de estas tesis puede llevar a soluciones divergentes en determinados supuestos específicos, como son los de declaraciones efectuadas por un representante, el abuso de firma en blanco o el otorgamiento de un documento con engaño o violencia.

Antes de proseguir, ha de hacerse una puntualización en referencia a la dicción del núm. 2 del art. 390.1 CP. En él no se exige que el documento sea inauténtico, sino solamente que induzca a error sobre su autenticidad. Tal diferencia puede dar lugar a dos distintas interpretaciones. La primera, y más adecuada, considera que el documento simulado ha de ser necesariamente inauténtico porque así se deduce del mismo término “simulación”, de manera que la inducción a error sobre la autenticidad no representa más que una exigencia típica ulterior relativa a la idoneidad para engañar intrínseca a todo tipo de falsedad⁴⁶⁰. Pero cabe aún una segunda interpretación, esta mucho más amplia, que admite la aplicación de la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.2º CP aún en supuestos en que el documento es auténtico, siempre y cuando pueda “inducir a error sobre su autenticidad”, lo que puede conducir a una ampliación considerable del tipo, como se deduce de algunas resoluciones del Tribunal Supremo a las que más adelante se hará referencia.

C) *Distinción entre engaño en el nombre y engaño en la identidad*

Uno de los elementos fundamentales utilizados en el tráfico para identificar a una persona es el nombre. Consecuencia de esta afirmación es que al uso de un nombre que no sea el propio corresponderá generalmente un engaño sobre la identidad del autor del documento. Esto es, el engaño en el nombre suele correr paralelo al engaño en la identidad⁴⁶¹. Sin embargo, hay determinados casos en que el engaño en el nombre no supone engaño en la identidad del autor del documento,

⁴⁵⁹vid. supra cap. I, apartado 2.2.1.

⁴⁶⁰En este sentido CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 846 y ss, para quien la idoneidad para inducir a error ha de predicarse del hombre medio, no de un sujeto concreto. Desde este punto de vista puede incluso llegarse a decir que la exigencia de inducción a error es superflua, pues la capacidad de engañar es inherente a toda falsedad documental, cfr. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1736.

⁴⁶¹STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267)*, op. cit., passim, admite la vigencia del principio de que el engaño en el nombre supone la inauténticidad del documento, que sólo admite contadas excepciones, que el autor recoge en pp. 218 y ss.

mientras el uso del nombre propio puede llevar a que el documento sea inauténtico.

La doctrina alemana no es unánime en orden a determinar en qué grupos de casos puede admitirse que el cambio de nombre lleve a la inautenticidad o en qué circunstancias el documento será auténtico a pesar de usarse un nombre distinto al propio. La opinión de los autores, simplificando, puede reducirse a dos grandes posiciones marco. De un lado, la de quienes separan netamente el engaño en el nombre del engaño en la identidad⁴⁶² y, de otro, la de quienes, partiendo de la consideración de que el nombre es signo identificativo por excelencia, consideran que el cambio del nombre lleva generalmente a la inautenticidad y el uso del propio nombre conduce a la autenticidad del documento⁴⁶³.

Para quienes establecen una tajante separación entre ambos engaños puede ocurrir que, a pesar de usarse un nombre que no coincida con el real, no se convierta el documento en inauténtico. Esto ocurre en los supuestos en que se usa un pseudónimo, un nombre artístico, o un nombre falso bajo el que el autor ha vivido largo tiempo. También cuando, a pesar de que el nombre no coincida con el legal, el emisor quiera realmente responder de su declaración o el receptor de la declaración no tenga interés alguno en conocer la identidad del emitente o bien por otras circunstancias presentes en el documento pueda deducirse la verdadera identidad de su autor⁴⁶⁴.

En los casos de uso de pseudónimo conocido generalmente o los de uso de un nombre artístico o incluso aquellos en los que el autor firma con un nombre falso bajo el que ha vivido gran parte de su vida, existe práctica unanimidad en la doctrina alemana en que no acarrear la inautenticidad del documento -también para quienes no separan nombre e identidad-⁴⁶⁵. Sin embargo, aquellos en los que

⁴⁶²En este sentido, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 233-235; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 216; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 128; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1146, nms. 18-19; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1379, nm. 21; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., pp. 363-364; OTTO, *Die probleme der Urkundenfälschung (§ 267) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., pp. 767-768; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 102; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 302, nm. 705; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 173; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 187, nm. 494; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 314-315; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., pp. 32-33; EBERMAYER, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 426.

⁴⁶³De esta opinión, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2020, nms. 48 a 51; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 44-46; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 374; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (2. Teil)*, op. cit., p. 659; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 67 y 69-70, SEIER, *Der Gebrauch falscher Namen und unzutreffender Zusatzbezeichnungen*, op. cit., p. 137; STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., pp. 113 y ss.

⁴⁶⁴Cfr. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 129, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1146, nm. 18; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 363; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 301-302, nm. 704, quien pone el ejemplo del que, queriendo permanecer de incógnito, pone en el libro registro de un hotel un nombre falso.

⁴⁶⁵CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2020, nm. 50, admite la autenticidad del documento cuando se firme con un pseudónimo o cuando se utilice un nombre falso con el que se ha vivido durante largo tiempo; SEIER, *Der Gebrauch falscher Namen und unzutreffender Zusatzbezeichnungen*, op. cit., p. 136, admite que el uso de pseudónimo que se conoce por la generalidad de las personas o por el círculo de interesados en el documento supone la creación de documento auténtico, siempre que el pseudónimo cumpla las funciones del nombre y que el documento no salga de la esfera de personas en que el mismo es conocido y lo mismo con el uso constante de un nombre falso;

la autenticidad del documento se predica no por circunstancias objetivas, sino atendiendo a la voluntad o interés del firmante o receptor de la declaración, han sido duramente criticados por quienes conceden capital importancia al nombre. En el rechazo late la consideración de que la autenticidad no debe ser un concepto flexible que dependa de las voluntades de los declarantes, sino que ha de poder determinarse conforme a parámetros objetivos⁴⁶⁶. Otra cosa será que en tales supuestos no concurra el dolo falsario, pero esto no excluye la tipicidad objetiva de la conducta.

La tesis que defiende la paritaria importancia del nombre con la de la identidad, que ha sido tildada de demasiado formalista⁴⁶⁷, tiene, sin embargo, su contrapartida en los casos de engaño en la identidad sin engañar sobre el nombre. Esto es, si bien puede suponer una ampliación del tipo cuando se use un nombre no propio en relación con la tesis que separa el nombre de la identidad, a menudo implica una limitación a la inautenticidad del documento en todos aquellos casos en que se use el nombre legal. Uno de estos casos puede ser el de la persona que usa su nombre propio sabiendo que, por las circunstancias de emisión del documento, puede llevar a equívoco e imputarse la declaración a otra persona que tenga el mismo nombre (como ocurre en ocasiones entre padres e hijos). Otro supuesto sería aquel en que al nombre propio se le añadan cualidades o cualificaciones que no pertenezcan al portador de ese nombre, como la de ser profesor o doctor. La solución a los mismos será distinta en función de cuál sea la teoría adoptada, pues generalmente quienes mantienen una especial relevancia para el nombre

STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., pp. 104 y ss., admite la autenticidad del documento a pesar del uso de nombres artísticos, pseudónimos o nombres falsos bajo los que se ha vivido largo tiempo siempre y cuando la persona sea suficientemente individualizable.

⁴⁶⁶SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 659; SEIER, *Der gebrauch falscher Namen und unzutreffender Zusatzbezeichnungen*, op. cit., p. 137; STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., pp. 121 y ss., en que postula la necesidad de acoger un concepto de autenticidad puramente objetivo, pues la cuestión de la autenticidad no puede hacerse depender de la voluntad del autor o de la de los concretos receptores de la declaración; MEURER, *Urkundenfälschung durch verwendung des eigenen Namens*, en NJW, 1995, p. 1656, quien opera con criterios objetivos cuando se utiliza el nombre "legal" o "jurídico".

⁴⁶⁷KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 302, nm. 705, objeta en este sentido la opinión de CRAMER.

concluirán que el documento es auténtico⁴⁶⁸, mientras la opinión contraria tenderá a admitir la inautenticidad⁴⁶⁹.

Sin embargo, los supuestos en los que mayor trascendencia tiene la asunción de una de las dos tesis son aquellos en los que una persona se atribuye un falso poder de representación. Por su complejidad, y por la gran cantidad de hipotéticas soluciones que sobre los mismos se han planteado, son objeto de tratamiento separado en el siguiente apartado.

En una zona fronteriza entre el engaño en la identidad del autor del documento y la misma ausencia de objeto material sobre el que pueda operar la falsedad se encuentran los supuestos de anonimato. Como ya se advirtiera, el anonimato puede ser de dos tipos, abierto *-offene Anonymität-* o encubierto *-versteckte Anonymität-*⁴⁷⁰. El anonimato abierto se produce generalmente cuando no hay indicación alguna sobre el autor del documento, o bien cuando se utilizan nombres históricos o literarios, o bien con el uso de pseudónimos⁴⁷¹. En tales casos, como ni siquiera existe un autor aparente de la declaración, la doctrina, de forma prácticamente unánime, admite la imposibilidad de operar la falsedad documental por la misma inexistencia de objeto material. Mal se puede afectar a la función de garantía que el documento desempeña si el soporte sobre el que la

⁴⁶⁸SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 44, sólo admite la inautenticidad del documento firmado con nombre propio cuando se atribuya al firmante un poder de representación que no le corresponde; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 69, donde afirma que el documento no se convierte en inauténtico porque el autor se atribuya una cualificación o un permiso que no le corresponda, nm. 79, en que tampoco es inauténtico el documento cuando, firmando con el propio nombre, actúe con la esperanza de que el receptor lo confunda con otra persona que tenga distinto nombre; SEIER, *Der Gebrauch falscher Namen und unzutreffender Zusatzbezeichnungen*, op. cit., p. 139, quien admite que cuando una persona se arroga condiciones o títulos que no tiene el documento es auténtico, salvo en casos en que la adición pueda llevar a confusión con otra persona que tenga el mismo nombre, o cuando esa adición sea más importante que el mismo nombre, esto es, que el documento deba su fuerza probatoria a que una persona tenga determinada cualidad; STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267)*, op. cit., p. 226, ni siquiera admite que el documento sea inauténtico cuando una persona se atribuye una determinada cualidad que es precisamente la que otorga una especial fuerza probatoria al documento, salvo cuando el autor del documento haga exclusiva referencia a esa cualidad o condición sin referirse al nombre.

⁴⁶⁹TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 130-131; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 148, nm. 58, que admiten que el documento es inauténtico aún a pesar de que la persona firme con su propio nombre pero de manera que la declaración valga para otro en el tráfico jurídico; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 363, si bien admite que el documento es inauténtico cuando se firma con nombre propio pero añadiendo "senior", por ejemplo, considera que es auténtico aunque pueda haberse provocado error para los destinatarios, que confundan al autor con otra persona que tenga el mismo nombre si no se hace adición alguna, en que cabrá admitir estafa, pero no falsedad; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 102, considera que el documento es inauténtico en estos últimos casos; vid. también BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 314-315.

⁴⁷⁰Vid. más ampliamente sobre ambos conceptos supra cap. I, apartado 2.2.3.

⁴⁷¹En este sentido vid. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 40. Si bien KIENAPFEL, *Urkunden im strafrecht*, op. cit., p. 271, incluye el uso de nombres literarios o artísticos como anonimato encubierto. En el mismo sentido PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 74, para quien el uso de nombres literarios o históricos es anonimato encubierto.

declaración se contiene no indica a un autor creíble desde el punto de vista del hombre medio.⁴⁷²

Cuestión distinta es la del anonimato encubierto, esto es, aquellos casos en los que se libra un documento y el autor, que realmente no quiere ligarse a la declaración, firma con un apellido común sin otra seña de identificación⁴⁷³. En tales casos existe un autor aparente de la declaración, lo que puede inducir a error sobre la autenticidad del documento, razón por la que la mayoría de la doctrina admite la creación de documento inauténtico⁴⁷⁴.

No obstante, aunque es cierto que con el uso de un apellido común a secas aparentemente existe un documento que cumple todas sus funciones, no se atribuye la declaración a una específica persona, y en eso consiste exactamente el atentado a la función de garantía que el documento desempeña. Para estos supuestos resultará definitiva la aptitud que el documento tenga de inducir a error sobre su autenticidad, porque en el caso concreto el receptor del documento puede creer que de la declaración responde de una determinada persona que tenga ese mismo apellido. En tales hipótesis no puede excluirse *ab initio* la falsedad documental, porque en el concreto caso las circunstancias pueden determinar la efectiva atribución de la declaración a otro. Tampoco puede postularse siempre la inautenticidad. Esto es así porque puede ocurrir que el documento se atribuya a una persona efectivamente inexistente -por lo menos en el círculo de los interesados por el contenido del documento-, y para afirmar en tales casos la inautenticidad ha de admitirse que cabe la simulación de documento que se atribuya a persona inexistente.

En relación con esta última cuestión, la doctrina alemana admite mayoritariamente que el documento es inauténtico a pesar de que como presunto autor aparezca un sujeto inexistente o imaginario⁴⁷⁵. Sin embargo, la doctrina

⁴⁷²Vid., por todos, STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung* (§ 267 StGB), op. cit., p. 98; solamente SEIER, *Der Gebrauch falscher Namen und unzutreffender Zusatzbezeichnungen*, op. cit., p. 134-135, hace depender la existencia de falsedad del punto de vista del receptor de la declaración, de que a él pueda inducírsele a engaño. En la doctrina española, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 179, admitió que el anónimo podía generar falsedad documental en base al art. 302.1 CP de 1973 al falsearse la letra; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 207, considera que en estos casos no existe falsedad documental. La STS 18 mayo 1992 (RJ 5862) absolvió del delito de falsedad documental a la persona que utilizó un anónimo para manifestar cosas inciertas, entendiendo que en estos casos el escrito puede ser continente para la realización de injurias, calumnias o falso testimonio, pero descartando la simulación de documento.

⁴⁷³Por todos, vid. CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2014, nm. 18.

⁴⁷⁴TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 127, para quien lo decisivo es si con ello podía producirse un engaño en la identidad; SEIER, *Der Gebrauch falscher Namen und unzutreffender Zusatzbezeichnungen*, op. cit., p. 136; para STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung* (§ 267), op. cit., p. 102, en estos casos el documento siempre sería inauténtico, pues cabe que aquel nombre pertenezca a otra persona; PUPPE, *Nomos kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 74, tampoco en estos casos el documento sería inauténtico, pues falta la reconocibilidad del autor.

⁴⁷⁵De esta opinión LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 743; BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 233; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 172; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 127; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2020, nm. 49; MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, *Strafgesetzbuch. Besonderer Teil*, op. cit., p. 148, nm. 57; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1379, nm. 21; SEIER, *Der Gebrauch falscher Namen und unzutreffender Zusatzbezeichnungen*, op. cit., p. 134. También en Italia, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 789.

española se ha mostrado en parte contraria a tal admisión⁴⁷⁶, aunque no ha faltado quien admita la simulación también en estos casos⁴⁷⁷. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, ha admitido, prácticamente sin fisuras, que cabe la falsedad documental en estos casos⁴⁷⁸.

En relación con la suplantación de firmas de personas inexistentes, sólo puede afirmarse claramente la inautenticidad del documento en los casos en que se suplante en un documento a una persona física difunta o a una persona jurídica ya disuelta, pues los demás intervinientes en el tráfico no tienen porqué conocer dicha eventualidad. También aquellos supuestos en que lo fundamental para que el documento adquiera relevancia probatoria o jurídica no es tanto la persona física que lo otorgue cuanto el cargo que ocupa, como ocurre en los documentos públicos u oficiales, que adquieren la condición de tales no porque los confeccione una determinada persona, sino porque los emite una Autoridad o funcionario⁴⁷⁹. En los restantes supuestos, la capacidad de inducir a error sobre la identidad no puede presuponerse, por lo que habrá que acudir a las concretas circunstancias del caso para verificar la potencialidad del engaño. Si dicha capacidad no concurre, en ningún modo ha de acudir a la tercera de las modalidades comisivas para considerar típicos estos casos -como suponer en un acto la intervención de

⁴⁷⁶FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 341; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al código penal*, t. III, op. cit., p. 848, para quien en los casos en los que se atribuye el documento a una persona que carezca de existencia real ha de rechazarse la inducción a error en la autenticidad que contenía el art. 302.9 CP de 1973, pues se da un menor desvalor de injusto al no suplantarse efectivamente la personalidad de alguien; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1746.

⁴⁷⁷CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 289; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, op. cit., p. 116; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. II; op. cit., p. 792..

⁴⁷⁸Cfr. SsTS 16 junio 1984 (RJ 3583) en que se condena por el art. 303 en relación con el art. 302.1 y 2 a un empleado de banco que sacó fondos de una libreta utilizando una firma imaginaria; 22 marzo 1985 (RJ 2019), que admite la aplicación del art. 302.9 CP de 1973 aun cuando se trate de una persona imaginaria; 31 marzo 1987 (RJ 2246) en el caso de una persona que compra productos y firma talones para pagarlos con un nombre imaginario, en que el Tribunal admite expresamente que no puede aplicarse el núm 2º del art. 302 CP de 1973, al no suponerse la intervención de nadie, pero que sí resulta de aplicación el núm. 9, puesto que “el mandato de pago de persona inexistente es orden de pago simulada”; 30 abril 1988 (RJ 2920) en que para la concurrencia de los núms 1 y 2 del art. 302 CP de 1973 se establece que no es preciso imitar una determinada firma, bastando con que se suplante la firma de una determinada persona o simplemente se estampe una firma sin pretensión de imitación, atribuyéndola a quien debió firmar o a alguien inexistente; 8 junio 1988 (RJ 4570), en que se condena por el art. 302.2 en relación con el 303 a la persona que confecciona letras con librados o libradores imaginarios; 27 marzo 1990 (RJ 2635) en que se condena por el art. 303 en relación con el 302. 1, 2, y 4 CP de 1973 a un encargado de almacén de una SA que confecciona albaranes a favor de personas imaginarias; 21 junio 1991 (RJ 4787) en que se subsume en la modalidad comisiva del art. 302.1 el supuesto en que se falsifica en un cheque la firma de un difunto; 21 junio 1991 (RJ 4787) en que se condena por falsedad en documento privado al amante de una mujer ya difunta que simula un contrato de compraventa en el que la mujer aparecía como vendedora falsificando su firma; 16 septiembre 1991 (RJ 6198) en que se atribuye el acepto de una letra de cambio a una persona inexistente; 10 julio 1992 (RJ 6660) en que se condena por falsedad en documento mercantil a quien abre una cuenta corriente a nombre de una persona imaginaria y simula su firma; 12 mayo 1997 (RJ 3804) en el supuesto en que una persona ingresa en una cuenta corriente un cheque librado por persona inexistente; 6 marzo 1998 (RJ 1774) en un supuesto de aceptos y librados inexistentes en letras de cambio.

⁴⁷⁹En tal sentido ORTS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 235, en relación con el núm 1º del art. 302 CP de 1973.

personas que no la han tenido-, pues de lo que aquí se trata es de enjuiciar la autenticidad de un determinado documento, lo que es completamente distinto a que su contenido sea veraz.

Esto último ha de hacerse también extensivo a los supuestos en que se usurpe el nombre de otra persona pero sin imitar su firma, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha subsumido tradicionalmente en el suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido⁴⁸⁰. Lo que ha de indagarse en estos casos es si, a pesar de que falte la imitación de la firma y rúbrica del portador del nombre, el documento es con ello idóneo para inducir a error sobre la autenticidad⁴⁸¹. Si esto no es así, la falsedad no será típica, pero no lo será tampoco conforme al núm. 3º del art. 390 CP. La doctrina del Tribunal Supremo en estos casos supone la tipicidad de conductas que, de no serlo conforme a las modalidades comisivas que en el anterior Código Penal protegían la autenticidad del documento, se subsumirían en las que protegen la veracidad documental. El ataque a la función de garantía que el documento desempeña supondrá generalmente un atentado a la función probatoria, en tanto que todos los documentos hacen prueba del sujeto que los emite. No obstante, no ocurre a la inversa, no siempre la lesión de la función probatoria supone la de garantía, aunque la vía interpretativa defendida por el alto Tribunal conduzca a esta consecuencia en los casos que se están analizando⁴⁸².

⁴⁸⁰16 marzo 1988 (RJ 2031), en que se subsume en el art. 303 en relación con los arts. 302.2 y 9 CP de 1973 al hijo que acepta en nombre del padre una letra de cambio, pero sin imitar la firma de aquél; 21 abril 1989 (RJ 3481) en que el Tribunal admite que cuando se firman talones sustraídos al titular de la cuenta por persona distinta al mismo, el hecho se subsume en el art. 302.1 CP de 1973 si se hace imitando la firma y en el art. 302.2 CP de 1973 si se estampa la firma de aquél sin imitarla; 17 septiembre 1990 (RJ 7612), en que se condena por el art. 302. 2 en relación con el 303 en el caso en que se libre un cheque a nombre del titular de una cuenta de la que no se puede disponer pero sin contrahacer su firma; 15 febrero 1996 (RJ 876) en que se condena por falsedad del art. 302.2 en relación con el 303 CP de 1973 en un caso en que se falsifica la firma de un cheque bancario; 10 abril 1997 (RJ 2773) en que el Tribunal viene a defender la intercambiabilidad absoluta de las modalidades comisivas de los núms. 1, 2 y 4 del art. 302 CP de 1973 y las aplica al empleado de un banco que unas veces imitó la firma de sus clientes y otras les atribuyó declaraciones diferentes de las realizadas. De la misma opinión, CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 272.

⁴⁸¹En este sentido, algunos de los autores que se habían planteado la relevancia penal de estos supuestos lo han hecho siempre en relación con el núm. 1º del art. 302 CP de 1973, pero no en relación con el núm. 2º. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 176 y CÓRDOBA RODA, *Comentarios al código Penal*, t. III, op. cit., p. 813, quienes niegan que cupiese en esa modalidad falsaria. Sin embargo, CÓRDOBA, o. u. c., p. 844, admite que el núm 9º del art. 302 CP de 1973 puede suponer una ampliación del tipo delictivo, pues de su tenor se deduce que no es necesario que la firma se imite. Que la imitación de la firma -su contrafacción- constituye el modo usual de simulación documental lo demuestra que gran parte de los desarrollos de la grafología forense están centrados en la identificación de las firmas falsas; sobre las técnicas de detección vid. PIRONE, *Il falso in scritture*, op. cit., pp. 111 y ss.

⁴⁸²El Tribunal Supremo ha llegado incluso a condenar por simulación -art 302.9 CP de 1973- en casos en los que una persona rellena un cheque sustraído o encontrado y estampa su propia firma, sobre la base de que en tales casos se produce una incorporación del derecho al documento, de forma que el librado está obligado si el título está regularmente obtenido, aunque no hay irregularidad mayor que el libramiento por parte de quien no es titular de la provisión, de tal forma, un título extrínsecamente real y auténtico firmado por el no titular afecta a la totalidad del documento. Además, la identidad del librador se conoce por los dígitos que contiene el título, pero tal serie sólo la conocen el librador y su banco, con lo que resulta fácil inducir a error sobre la autenticidad. Cfr. SsTS 15 diciembre 1988 (RJ 9515), en que se condena por la falsedad del art. 303 en relación con el 302.9 CP de 1973; 11 diciembre 1989 (RJ 9515) en que el mismo supuesto se

Estrechamente relacionado con el anonimato está el caso de una persona que firme un documento con firma ilegible o con un mero garabato. Tanto es así que algunos de los autores alemanes lo han considerado un caso de anonimato abierto⁴⁸³, por tanto, impune. Sin embargo, no ha sido esta la doctrina seguida por el Tribunal Supremo, que ha condenado por falsedad documental en supuestos en que la firma estampada en el documento era ilegible⁴⁸⁴.

No parece, no obstante, que en estos casos pueda afirmarse la inexistencia de documento sin más, puesto que la firma de muchas personas es justamente ilegible, se reduce a un garabato o a la mera rúbrica. Tal circunstancia ha de determinar que cuando se simule la firma de un determinado sujeto que la haga ilegible usualmente, el documento es inauténtico⁴⁸⁵. Es más, tal precisión ha de hacerse solamente en los supuestos en que el único elemento identificador del sujeto en el documento sea la firma ilegible. Puede ocurrir que un documento se libere como persona que ostenta determinado cargo, por ejemplo, por ello lo fundamental en él no es tanto el nombre del individuo cuanto la posición que ocupa. Se creará así un documento inauténtico si se le atribuye una determinada declaración que no ha efectuado, y ello aun cuando la firma sea ilegible. Tan sólo puede excluirse en estos casos la falsedad documental atendiendo a su oscuridad o imperfección de la misma, cuando sea evidente que se trata de un documento simulado. En puridad, lo que importa es que en el documento aparezca un autor distinto del real para que pueda hablarse de simulación.

Cuestión íntimamente relacionada con el posible engaño en la identidad sin que se produzca engaño en el nombre es el de la llamada autofalsificación o la desfiguración de la propia firma. Puede admitirse que en estos casos el documento es inauténtico si se sostiene la diametral separación entre el engaño en el nombre y

subsume en el art. 302.2 y 3 CP de 1973; 11 diciembre 1989 (RJ 9520), en que se condena con base en el art. 302.2 CP de 1973 a quien acepta dos letras de cambio con la propia firma cuando el librado no era él, sino el hermano; 7 marzo 1990 (RJ 2049) en que se califica por el art. 302.4 en relación con el 303 a quien libra un talón con la propia firma sin ser titular de la cuenta; 14 enero 1991 (79) en que se subsume en el art. 302. 9 CP de 1973 en relación con el art. 303 a quien estampa la propia firma en cheque ajeno sin consentimiento del titular de la cuenta, ante la imposibilidad de aplicar el 302.1 al no contrahacerse la firma; 18 septiembre 1993 (RJ 6773) en que por el mismo razonamiento se considera documento simulado el cheque que contiene la firma como librador de una persona que no es titular de la cuenta.

⁴⁸³En este sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 127; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 148, nm. 58.

⁴⁸⁴Cfr. SsTS 21 enero 1989 (RJ 64) en que se condena por falsedad en documento mercantil a la persona que firma el acepto de una letra de cambio con una firma ilegible, con base en el art. 303.2 en relación con el 303 CP de 1973; 6 julio 1989 (RJ 6101), en que se califica igual que en el caso anterior el mismo supuesto, con la consideración de que no cabe aplicar el art. 302.1 al no imitarse la firma de nadie; 25 abril 1995 (RJ 2874) en que se condena por falsedad en documento oficial del art. 303 CP de 1973 al ordenanza de la Seguridad Social que rellena con una máquina de escribir y un impreso con membrete de la Tesorería Territorial de la Seguridad Social un certificado conforme al cual una determinada empresa se hallaba al corriente del pago de prestaciones de sus trabajadores a este organismo y firmó con firma ilegible. Vid. también CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario Breve al Codice penale*, op. cit., p. 891, en que se menciona que la jurisprudencia italiana ha admitido que puede cometerse el delito de formación de documento falso -art. 476 CP italiano- cuando en el documento se consigne una firma ilegible, puesto que en tal caso el documento aparecerá escrito por otra persona y no por el verdadero firmante.

⁴⁸⁵En este sentido, STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., p. 96, para quien cuando se usa el rasgo individual de otro entonces el documento puede ser falso aunque la firma sea ilegible.

el engaño en la identidad⁴⁸⁶. En España, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado ampliamente del tema, por razón de su gran incidencia práctica. Su importancia en la praxis se evidencia en los casos en que la firma se desfigura en los títulos valores -básicamente en los aceptos de las letras de cambio- para, ante el protesto de la letra o ante un hipotético proceso ejecutivo cambiario, excepcionar su pago alegando la falsedad en la aceptación⁴⁸⁷. Son los casos denominados de maliciosa o incierta tacha de falsedad en la aceptación⁴⁸⁸.

No obstante, debe separarse netamente la acción consistente en estampar la propia firma desfigurada de la relativa a negar ante Notario o en un proceso cambiario que la firma así estampada es la propia. La primera de las conductas, que es la que aquí interesa, ha sido tradicionalmente considerada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como un caso de fingimiento de firma y, por tanto, subsumible en el art. 302.1º CP de 1973⁴⁸⁹. Contrariamente, la doctrina

⁴⁸⁶Ejemplo de ello es la opinión de TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 130, que justamente admite la producción de documento inauténtico a pesar del uso del propio nombre en los supuestos en los que se desfigure la propia firma. En el mismo sentido, STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., p. 226, en los supuestos en que se desfigure la propia firma o, a diferencia de como se había hecho hasta ahora, el sujeto la hace ilegible, si bien parte de la consideración de que cuando no hay engaño en el nombre no cabe el engaño en la identidad.

⁴⁸⁷El art. 67 LCCH establece, en su párrafo segundo, que “El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes: 1º la inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.”

⁴⁸⁸Dos autores españoles han tratado expresamente la cuestión de la calificación jurídica que merece la conducta de quien, una vez desfigurada la firma en una cambial, manifiesta ante Notario, al protestarse la letra, que la firma del título es falsa, aunque no hacen referencia a la anterior falsedad, esto es, a la estampación de una firma propia pero desfigurada. Cfr. JIMÉNEZ ASENJO, *La tacha incierta de falsedad cambiaria*, en *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp. 516, quien admite que la manifestación inveraz en protesto notarial de que la firma es falsa constituye una falsedad ideológica en documento público del art. 302.4 CP de 1973; contrariamente OMAR Y GELPÍ, *Letra de cambio. La maliciosa tacha de falsedad en la aceptación, Una solución para un viejo problema*, op. cit., p. 532, para quien carece de sentido decir que la maliciosa tacha de falsedad en el protesto notarial constituya una falsedad en documento público, del mismo modo en que tampoco admite que pueda conceptuarse como falsedad en documento mercantil estimando que el acta del protesto sea un documento mercantil por constituir un apéndice o complemento de la letra de cambio. El Tribunal Supremo, por su parte, ha manifestado, en STS de 12 junio 1989 (RJ 5095), que la tacha incierta de falsedad ante Notario no constituye una falsedad en documento público del art. 302.4 en relación con el 303 CP de 1973, afirmando que “el particular requerido en protesto notarial o juicio ejecutivo no trata con ello de falsear ideológicamente y con fines de acreditar de manera perdurable y preconstituída un acto que es de naturaleza oral que no ha creado y que si se ha de documentar por escrito es por razones independientes de la voluntad del particular”. Sobre la necesidad de que el protesto cambiario continúe siendo una actividad propia del Notario en Derecho italiano, vid. MALINVERNI, *Falso ideológico in atto di protesto*, en *Rivista Italiana di Diritto penale*, 1956, pp. 167 y ss.

⁴⁸⁹Cfr. STS 26 enero 1968 (RJ 637), en un caso de desfiguración de la propia firma en una letra de cambio, que se califica como falsedad del art. 302.1 en relación con el art. 303 CP de 1973 con base en que “la forma del falseamiento allí prevista tiene dos modalidades: a), contrahacer, y b), fingir letra, firma o rúbrica, sin que la Ley distinga, ni quepa, por consiguiente, distinguir, si la letra, firma o rúbrica contrahecha o imitada sea la propia o la ajena, pues no cabe negar que una forma de alterar la verdad, de verificar una mutación del contenido documental puede ser, sin duda alterar, desfigurándola, delimitando la propia firma para poder alegar en juicio su falta de certeza” además de advertir que “comoquiera que contrahacer es “hacer en contra”, tanto se falsifica y se hace lo contrario de lo real cuando se imita una letra o firma ajena, como cuando dolosamente, con plena malicia, se desfigura con otra enteramente distinta la propia y habitual firma que se “finge a

mayoritaria ha estimado que tal conducta no podía incluirse en aquella modalidad ejecutiva y que ni siquiera había de considerarse falsedad documental, sino una específica forma de cometer estafa⁴⁹⁰. Sin embargo, ha habido voces disidentes que, con base en que mediante este procedimiento puede afectarse el valor probatorio eventual del documento⁴⁹¹, o por la interpretación del término “fingir” del art. 302.1 CP de 1973⁴⁹², lo subsumen en la falsedad.

La cuestión de si la desfiguración de la propia firma puede considerarse falsedad documental en el Código penal de 1995 se circunscribe, a falta de una prescripción equivalente a la del art. 302.1 CP de 1973, a su posible inclusión en el núm. 2º del art. 390.1 CP. A pesar de ello, no pueden considerarse casos de simulación de documento aquellos para los que tradicionalmente se había pensado la desfiguración de la propia firma, los de aceptos de letras de cambio. Esto independientemente de la intención del autor, pues no se atribuye en ningún caso una declaración a alguien distinto del que la ha efectuado, y el documento no puede

la inversa”, pero sin que falte el “fingimiento” esencia de la tipicidad incriminada (...). En el mismo sentido vid. SsTS 8 agosto 1939 (RJ 113), 23 mayo 1953 (RJ 1454), en un caso de suscripción de solicitudes dirigidas al Servicio Nacional del Trigo en las que se desfigura la propia letra, y donde el imputado es condenado por falsedad en documento oficial del art. 302.1 en relación con el 303 CP de 1973; 29 marzo 1968 (RJ 1673), en el libramiento de dos cheques desfigurando la propia firma, que en este caso se incluye en la falsedad del art. 302.9 CP de 1973; 12 febrero 1986 (RJ 594), en que se califica conforme al art. 302.1 en relación con el 303 el desfigurar la propia firma en el acepto de una letra de cambio, afirmando que tal modalidad incluye tanto los casos de imitar la firma de otro como de desfigurar la propia; 17 diciembre 1986 (RJ 7939), en relación con la desfiguración de los propios rasgos caligráficos “con la idea preconcebida de negar la paternidad” de los mismos; 14 febrero 1991 (RJ 1063), en que se califica por el art. 302.1 en relación con el 303 la actuación de un abogado consistente en “deformar” su firma en un recurso de queja presentado ante un Tribunal; 21 febrero 1991 (RJ 1310), en el supuesto de libramiento de un cheque con firma propia pero diferente de la normal, subsumido también en el núm. 1 del art. 302 CP de 1973; 21 noviembre 1995 (RJ 8371) en un caso en que un Secretario de Ayuntamiento firma en un mismo documento en cuanto tal, pero hace además en el mismo una segunda firma desfigurada atribuida a un contratista; 25 septiembre 1997 (RJ 7709) en un supuesto de desfiguración de la propia firma en el acepto de letras de cambio, calificado conforme al art. 302.2º CP de 1973, en que existe voto particular del Magistrado Sr. D. Enrique Bacigalupo, en el que manifiesta que deformar la propia firma en modo alguno implica suponer en un acto la intervención de persona que no la ha tenido, sin que suponga tampoco la imputación de la declaración a otra persona.

⁴⁹⁰En tal sentido, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 341, para quien la admisión de esta modalidad supondría una interpretación amplísima del tipo de falsedad; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 815-816, según el cual es distinto falsificar la firma de otro que desfigurar la propia, pues mientras en el primer caso se imputa a un sujeto diferente de a su verdadero autor el documento, en el segundo solamente se hace desaparecer el vínculo de referencia del documento; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 485, para quien la falsedad no es documental, sino de otro tipo; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, op. cit., p. 522; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 348; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 203; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 542. También en Italia, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 669, se muestra contrario a la consideración de falsedad documental.

⁴⁹¹QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 178; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 222.

⁴⁹²BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 CP*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 52, según quien el fingimiento es la simulación o engaño para que una cosa parezca diversa de lo que es, en la que la dirección de la acción es la opuesta a la de la imitación, pues con ella no se busca la similitud, sino la disimilitud.

convertirse en inauténtico por la mera intención del autor de tachar posteriormente de falsa su misma firma, o por la eventualidad de que tal negación concorra a posteriori⁴⁹³. No puede hacerse depender tampoco la autenticidad del documento y la consecuente consumación de la falsedad de una circunstancia accidental cuya verificación ha de producirse siempre transcurrido un lapso de tiempo desde el momento de la falsificación.

Dicha argumentación conduce, por tanto, a afirmar la autenticidad del documento a pesar de la desfiguración de la firma cuando de los demás datos incorporados al mismo resulte que el firmante sea el declarante. Ello no supone, no obstante, que los supuestos en que la declaración atribuida a otro la suscriba el falsario con su propia firma desfigurada no puedan considerarse simulaciones documentales⁴⁹⁴. En éstos últimos habrá de atenderse a la idoneidad para inducir a engaño sobre la identidad del aparente autor en un documento que contenga una firma que no imita a la de éste. Este sería el caso, por ejemplo, en que alguien distinto del librador de una letra de cambio la acepta cambiando su habitual firma⁴⁹⁵. En resumen, lo esencial es la atribución de la paternidad del documento a un autor diferente del firmante. Si en el soporte documental se hace reconocible un autor diferente de quien realmente firma, puede hablarse de falsedad documental. En caso contrario, la conducta no será típica como falsedad.

No se puede concluir este apartado sin mencionar que, además de la firma, existen otros métodos de identificar a las personas, como las huellas dactilares. Cabe imaginar casos en los que el documento se simule sin estampar al final del mismo la firma del autor aparente, sino su huella digital⁴⁹⁶ -piénsese, por ejemplo, en los documentos cuyos libradores sean analfabetos-. Cabe aún considerar métodos utilizados más modernamente, como las claves personales para acceder a determinados sistemas informáticos o la seriación de cifras que sirve para identificar al autor en el sistema internet. Sin embargo, no merecen la consideración de identificadores los signos en cruz que antaño efectuaban la personas que no sabían firmar, pues una cruz, un signo gráfico que más o menos todos ejecutamos de la misma forma, no puede servir para individualizar a nadie⁴⁹⁷. También lo esencial en estos casos será que el documento haga reconocible a un

⁴⁹³Por esta razón no es de recibo el razonamiento del Auto del TS de 24 julio 1995 (RJ 5614), relativo al fax de extradición de Roldán remitido a Laos por el Ministro de Justicia e Interior, en que se afirma que "sólo cabe el delito de falsificación de la propia firma cuando quien lo realiza niega posteriormente su autenticidad para perjudicar a quien ha confiado en ella".

⁴⁹⁴GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 204, sí admite la falsedad cuando se trate de firmas registradas o reconocidas ante determinados organismos o instituciones, como puedan ser las de los Notarios o las de administradores de sociedades ante las instituciones bancarias; en el mismo sentido, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op.cit., p. 319; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 792.

⁴⁹⁵Para afirmar aquí la inautenticidad ha de tenerse en cuenta que, por mor de los arts. 25 a 34 LCCH, el único sujeto que puede aceptar una letra de cambio es el librado.

⁴⁹⁶CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 811, consideró, en relación con el CP de 1973 que los términos "firma" o "rúbrica" del art. 302.1 CP de 1973 no incluían las huellas dactilares; en parecido sentido, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 304; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 402.

⁴⁹⁷En el mismo sentido, CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 270; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 234; en contra, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 179, quien admite que, junto a las huellas dactilares, también la cruz sirve para identificar a una persona; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 666, considera que la cruz equivale a la suscripción en los casos expresamente previstos por la Ley, pero no en los demás casos, salvo que la autentique un Notario.

determinado autor; que se identifique, por ejemplo, por la huella digital además de por el nombre.

D) La simulación en los supuestos de representación: la falsedad consentida.

Antes de comenzar con el estudio de esta cuestión debe hacerse una previa puntualización que justifique el tratamiento de la llamada falsedad consentida junto a la representación. Los supuestos de representación, según la doctrina civilista alemana, pueden ser de actuación en nombre de otro *-Handeln im fremden Namen-*, también llamada representación abierta *-offene Stellvertretung-*, o de actuación bajo nombre de otro *-Handeln unter fremdem Namen-*, también denominada representación encubierta *-verdeckte Stellvertretung-*. En los primeros, el representante, que actúa en nombre del representado, hace reconocible a la otra parte su condición de representante. Frente a ello, en los segundos el representante actúa directamente en nombre del representado sin dar a conocer su condición de tal, esto es, asumiendo la personalidad del representado y firmando directamente con el nombre de éste, cual si fuera él mismo⁴⁹⁸. Sin embargo, ni la doctrina civilista española, ni tampoco la italiana, se refieren al actuar bajo nombre de otro como un caso específico de representación, y exigen que el representante que actúa en nombre del representado haga reconocible a la otra parte contratante que actúa por otra persona, el representado⁴⁹⁹. No ha de confundirse, por otra parte, lo que la doctrina alemana llama actuación bajo nombre de otro o representación encubierta con la representación indirecta u oculta, que es aquella en la que el representante actúa en su propio nombre, sin dar a conocer a la otra parte que actúa por cuenta de su representado y cuya admisión como forma de representación ha sido muy discutida en la doctrina civilista española⁵⁰⁰. No

⁴⁹⁸Vid. sobre ambos tipos de representación, LARENZ, *Derecho Civil. Parte general*, Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 786, quien admite como específica forma de representación el actuar bajo nombre de otro cuando quien lo hace obra con voluntad de actuar por la persona cuyo nombre utiliza; BROX, en ERMAN y otros, *BGB. Handkommentar zum Bürgerlichem Gesetzbuch*, 1. Band, 9. neubearbeitete Auflage Aschendorf/Münster, 1993, p. 390, nm. 8, para quien si el negocio puede cerrarse con el actuante sin que ello dependa de su identidad, no hay representación, sino un negocio propio del actuante, pero si el uso del nombre falso puede producir a la otra parte una representación incorrecta sobre la identidad del actuante, entonces se equipara la actuación bajo nombre de otro a la representación, dependiendo para los efectos de la declaración si el actuante tenía o no poder de representación; también pertenece a esta forma de representación el caso de la firma de un documento con el nombre del representante, que se admite si se tiene poder de representación. En sentido contrario, LEHMANN, *Tratado de Derecho civil, vol I. Parte general*, traducción de José M^a Navas, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 445, considera que la actuación bajo nombre de otro no puede ser verdadera representación, por faltar la declaración de obrar por cuenta de otro.

⁴⁹⁹En este sentido, DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, op. cit., p. 593, para quien “el actuar en nombre ajeno supone: 1º, revelación por el representante que actúa en tal calidad e identificación plena de la persona en quien recaerán los efectos jurídicos de lo actuado; 2º, aceptación por el tercero de esa disociación entre quien actúa y quien va a recibir sus efectos”. De parecido tenor vid. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1979, pp. 241 y ss; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. I. *Segunda parte. Parte general: Sujeto y objeto del derecho*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979, pp. 917 y ss; ALBALADEJO, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, vol. 2º, op. cit., p. 397; LACRUZ BERDEJO/ LUNA SERRANO/ RIVERO HERNANDEZ, *Elementos de derecho civil I*, op. cit., pp. 308-309.

⁵⁰⁰Con base en el art. 1717 CC, en virtud del cual “(1) Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el

obstante, desde el punto de vista de la falsedad documental tal tipo de representación no plantea ningún problema, pues como declarante aparece sólo y exclusivamente el representante y, por tanto, sólo a él puede imputársele la declaración. Otra cosa será cómo se articule civilmente la transmisión de efectos de la declaración del representante al representado.

El tratamiento de la falsedad consentida junto a los supuestos de representación, una vez realizadas estas consideraciones previas, es pues fácilmente explicable. No reconociéndose como representación el actuar bajo nombre de otro en España⁵⁰¹ e Italia, los casos de representación encubierta son los que en tales países han recibido el nombre de falsedad consentida⁵⁰².

Las diferencias entre una y otra forma de representación nos obligan, sin embargo, a su tratamiento por separado, dado que en la representación abierta el nombre del representante aparece junto al del representado, cosa que no ocurre en la encubierta o falsedad consentida, en que la única persona que aparece como declarante es el representado. Para determinar la autenticidad o inautenticidad de un documento emitido mediante el representante que actúa como tal, y que, junto a su nombre, incluye el del representado, resulta de capital importancia determinar primero quién de los sujetos que aparecen en el documento es el autor de la

mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. (2) En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. (3) Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario”, admiten a la representación indirecta como forma específica de representación, entre otros, DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, op. cit., pp. 45 y ss; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil, vol. I. Introducción, parte general y derecho de la persona. Disciplina general de los contratos y de las obligaciones. Contratos en particular, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 347; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, op. cit., pp. 966-968; LACRUZ BERDEJO/ LUNA SERRANO/ RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil*, I, op. cit., p. 297; ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. 2º, op. cit., pp. 386 y 435 y ss, quien, sin embargo en ediciones anteriores de su manual había rechazado que pudiera considerársela como auténtica representación; en sentido contrario, GORDILLO, *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, p. 45 y ss, niega que la llamada representación indirecta sea verdadera representación y sólo la protección de terceros justifica la vinculación directa entre el *dominus* y el tercero en el inciso final del art. 1717.2 CC.

⁵⁰¹ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, vol. 2º, op. cit., p. 259, incluye dentro de la falta de declaración procedente del sujeto del negocio, que desliga de la representación, cuando ésta “procede de otro que falsamente aparenta ser quien dice, o actúa como si fuera distinta persona”, en que, según él, no hay negocio ni del sujeto que actúa ni de aquél como quien se actúa. Lo ilustra con el siguiente ejemplo “A, diciendo ser B, celebra un contrato como si fuera B, o falsifica la firma de éste, haciendo a C una oferta que éste acepta”, lo que para la doctrina alemana será un caso de actuar bajo nombre de otro si existe apoderamiento.

⁵⁰²Tal conversión aparece claramente cuando los autores italianos se refieren a la falsedad consentida en los supuestos en que se firma a nombre de otro existiendo “*mandato ad scribendum*” o autorización para suscribir a nombre del mandante. Cfr. DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 573; FOSCHINI, *Rilevanza penale del mandato a sottoscrivere*, op. cit., pp. 468 y ss, donde se refiere al consentimiento en la falsedad; MALINVERNI, *La sottoscrizione con nome altrui ed il falso documentale*, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1957, pp. 75 y ss.; BRICOLA, *Il problema del falso consentito*, op. cit., p. 278, en que identifica la falsedad consentida con el *mandato ad scribendum*; FIORE, *Il falso autorizzato non punibile*, op. cit., pp. 307 y ss., en que acude a la teoría espiritual para solventar el problema; PANNAIN, *Il problemi del falso innocuo, inutile o superfluo e del falso consentito*, en *La Giustizia Penale*, 1960, 12 bis (fasc. speciale), p. 132, en que se refiere al “mandato civilísticamente válido”; GUARNERI, *Riflessioni sul falso autorizzato in cambiali*, en *La Giustizia Penale*, parte seconda, 1956, pp. 617 y 618.

declaración. La doctrina, sin embargo, no es unánime en tal fijación, lo que resulta evidente teniendo en cuenta las distintas tesis que tienen por objeto determinar quién es autor del documento, desarrolladas básicamente para solventar los casos de representación.

Según la teoría espiritual o de la autoría material, el autor en los supuestos de representación abierta es aquél de quien el documento procede mental o espiritualmente, esto es, el representado. En consecuencia, siempre que un representante, tanto si actúa por persona física como jurídica, se atribuya un poder que no le corresponde, el documento emitido será inauténtico o, lo que es lo mismo, estaremos ante un caso de engaño en la identidad sin engañar en el nombre⁵⁰³. Para quienes defienden esta postura se da, por tanto, una desconexión entre el autor aparente de la declaración, el representado, y quien realmente la efectúa, el representante.

En tales casos la tesis de la espiritualidad, que había nacido justamente para limitar la amplia incriminación falsaria que la teoría de la corporalidad suponía en la representación encubierta, amplía el tipo de la falsedad documental en la abierta, razón por la cual se han desarrollado ulteriores tesis, incluyendo un retorno a la tesis material, para reducir la tipicidad cuando el representante usa su propio nombre. Para quienes sostienen que autor de un documento es aquél a quien se le puede imputar jurídicamente la declaración, pero que es persona distinta a aquella para la que la declaración produce efectos jurídicos⁵⁰⁴, autor de la declaración en los casos de representación abierta lo es el representante. Esto supone que cuando el mismo se atribuya un poder de representación que no le corresponde el documento no será inauténtico, sino inveraz⁵⁰⁵, pues coinciden el autor aparente de la declaración -el representante- y el autor efectivo de la misma -también el representante-.

Sin embargo, la cuestión de quién sea autor en el caso de que se represente a personas jurídicas no está tan claro, puesto que la doctrina no se pone de acuerdo en si ellas pueden ser declarantes o no. Si se considera que también éstas pueden formular una declaración, la falsa atribución de un determinado poder de representación de una persona jurídica conducirá a la confección de un documento inauténtico al faltar tal poder -cuando se mantenga la teoría de la

⁵⁰³En este sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 131; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., pp. 2020-2021, nm. 52; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 172; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 314-315; SEIER, *Der Gebrauch falscher Namen und unzutreffender Zusatzbezeichnungen*, op. cit., p. 138.

⁵⁰⁴En este sentido, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 61-62, quien diferencia la relación de imputación jurídica producida entre el autor y su declaración de la segunda relación de imputación jurídica, distinta de la primera, consistente en que la declaración tenga efectos jurídicos para una tercera persona, el poderdante.

⁵⁰⁵Cfr. PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 638; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 77; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., p. 31, quien pone el ejemplo de que se firme un testamento con el propio nombre pero añadiendo que se es representante del testador sin ser ello cierto; RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., pp. 156-157, diferencia, por su parte, dos casos en la representación directa, aquel en que se firma con nombre propio pero con adición de un poder de representación inveraz, en que el librador dado es el verdadero, el que realmente firma, caso en el que no puede haber falsedad, y un segundo caso, el firmar con nombre de otro abiertamente, pero sin que ello se reconozca en la firma, sino en el modo de firmar o por el texto del documento que firmante y portador del nombre no coinciden, caso en que admite la existencia de falsedad documental. En distinto sentido, ZIELINSKI, *Urkundenfälschung durch vollmachtloser Stellvertreter?*, op. cit., p. 5, quien, a pesar de asumir la Teoría de la imputación jurídica de la declaración, considera que autor del documento lo es siempre el representado.

espiritualidad- o no conducirá a este resultado, sino meramente a la escrituración de una inveracidad, si se considera que aun en estos casos el autor del documento es el representante⁵⁰⁶. Si, por el contrario, se entiende que las personas jurídicas no pueden emitir declaraciones como tales, por la consideración de que siempre deben actuar mediante personas físicas, son éstas las que habrán efectuado realmente la documentación, aunque sea por cuenta de la persona jurídica, y siempre en estos casos deberá concluirse que la atribución de un falso poder de representación conduce a la inveracidad, pero no a la inautenticidad del documento⁵⁰⁷.

Los supuestos de representación abierta tienen una solución muy semejante a la antedicha aunque se acoja la teoría de la corporalidad para determinar al autor del documento. De tal forma, cuando se trate de representación de una persona física, el autor de la declaración lo es el representante, con lo que la falsa adición del poder de representación no conduce a la confección de un documento inauténtico⁵⁰⁸. Cuestión distinta en los casos de representación de persona jurídica, sea esta privada o pública, en que se admite que el autor del documento también lo es el representante, pero el documento muestra como su autor a una determinada persona que trabaja para una determinada empresa o Administración, lo que conducirá a postular la inautenticidad del documento cuando la supuesta persona jurídica no exista o cuando el firmante no trabaje para dicha institución o empresa⁵⁰⁹.

A salvo de lo admitido por la teoría de la espiritualidad que podríamos denominar “ortodoxa”, las demás tesis que se dedican a fijar un concepto de librador conducen a la afirmación de la autenticidad del documento realizado por una persona que actúa fingiendo ser representante de una persona física, con lo que no cabría incriminar estos casos como simulaciones de documento en nuestro Código penal. Tal solución parece la más correcta, pues la teoría de la espiritualidad, en clara contradicción con la finalidad que motivó su surgimiento, no haría más que ampliar el tipo del art. 390.1.2º CP, incluso a aquellos casos en los que, aún existiendo el poder de representación, el representante se extralimita en sus facultades⁵¹⁰. La situación es distinta en la representación de personas

⁵⁰⁶Sin embargo, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 73, que mantiene que en la representación abierta el declarante lo es el representante, afirma también que en los casos en que la indicación del autor en un documento resulta ambigua, como en los de representación de grandes organizaciones o de personas jurídicas, ha de tenerse en cuenta el interés del receptor de la declaración o de la otra parte de contratar con la organización y no con la persona física que por la misma actúa, que generalmente será desconcida, por ello estas hipótesis se acercan a las de actuación bajo nombre de otro, y la atribución de un falso poder de representación conduce a la inautenticidad del documento aunque además del nombre del representado se incluya el de la persona física que actúa por él.

⁵⁰⁷Llegan a esta conclusión, tanto si quien actúa como representante tiene algún tipo de actividad dentro de la persona jurídica como si no, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 375, para quien las personas jurídicas no pueden ser autores de los documentos; en el mismo sentido, OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op.cit., pp 765-766, quien establece que para poder considerarse como falsedad documental estos casos tan sólo puede solventarse con la creación, por parte del legislador, de un tipo frente a los ataques contra la veracidad del documento.

⁵⁰⁸En este sentido, STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., pp. 60 y ss, quien afirma que para estos casos no ha de acudir a la teoría de la espiritualidad para negar la inautenticidad del documento.

⁵⁰⁹Cfr. STEINMETZ, o. u. c., pp. 76 y ss.

⁵¹⁰Efectúan esta crítica a la teoría de la espiritualidad ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 183, nms. 483-484, para quienes quien aparece como representante y en las relaciones externas sobrepasa su poder de representación realiza

jurídicas -ya se rijan por normas de Derecho privado o público-, pues los contratantes en el tráfico tienen relaciones jurídicas con este tipo de figuras jurídicas en tanto que instituciones y no por las personas físicas que por cuenta de ellas actúan. Parece, por tanto, lógico afirmar la incriminación conforme al art. 390.1.2º CP de los casos en los que un determinado sujeto se atribuya poderes de representación que no le pertenecen, por lo menos en los supuestos en los que no tengan ningún tipo de relación contractual con dicho organismo⁵¹¹. Otra cosa será que en estos últimos supuestos se excluya la falsedad por falta de dolo, pero ha de entenderse cumplido el tipo, sin que sirva para excluirlo el argumento de que las personas jurídicas no pueden ser declarantes⁵¹².

una declaración que espiritualmente no es imputable al aparente representado, lo que extiende mucho el tipo del § 267 StGB.

⁵¹¹La jurisprudencia del TS, por su parte, ha condenado por falsedad documental en los casos de inexistencia de poder en las personas que presuntamente obran por cuenta de personas jurídicas, pero sin aplicar siempre la misma modalidad comisiva de la falsedad. Cfr. SsTS 11 junio 1984 (RJ 3538), en que se condena por el art. 302.1 en relación con el art. 303 CP de 1973 a la persona que compra viviendas a nombre de una sociedad inexistente, pero cambiando además su apellido; 14 marzo 1988 (RJ 2002), en que se califica por la modalidad comisiva del art. 302.9 CP de 1973 al “representante” de una empresa que no tenía poder para librar cheques y los libra con la antefirma de la sociedad, donde nos encontramos con la consideración como simulación de documento en un caso de extralimitación del poder de representación; 28 octubre 1988 (RJ 8242), en que se condena por el art. 302.1 CP de 1973 a quien falsifica la firma del librador en varios talones con el tampón de la empresa a la que representaba falso, aunque aquí no nos encontramos estrictamente ante un caso de simulación de un poder de representación; 19 diciembre 1989 (RJ 1545) en que se condena por el art. 303.2 en relación con el art. 303 a quien firma talones como representante de una entidad cuando carece de tal categoría; 12 febrero 1992 (RJ 1125), en que se califica conforme al art. 302.4 CP de 1973 al abogado que se pone de acuerdo con el gerente de una sociedad, que había sido ya despedido de la misma, para que acepte una letra de cambio como gerente de la empresa, librada por el abogado y fechada en un momento anterior al del despido; 12 febrero 1993 (RJ 1101) en que se condena por falsedad documental a quien firma cheques como representante de una empresa después de haber presentado la dimisión; 1 febrero 1996 (RJ 809) persona que como representante de una sociedad firma el aval en una letra de cambio sin el consentimiento de la entidad, en que la conducta se califica por el art. 302.2 en relación con el 303 CP de 1973. Pero además de condenar por falsedad documental en los casos de fingimiento de poder de representación de persona jurídica, el TS ha admitido también que constituyen falsedades documentales los supuestos en los que lo que se simula es el apoderamiento de una persona física. Vid. STS 13 noviembre 1992 (RJ 9657), en que se condena por el art. 302.4 CP de 1973 a quien ostenta un poder de representación de su hermano, pero que se encontraba ya revocado, y vende con él un inmueble pro indiviso en un escrito privado de compraventa que luego se eleva a escritura pública; 30 abril 1993 (RJ 3301), en que se subsume en el art. 306 en relación con el art. 302.2 y 4 al conserje de un inmueble que firma por orden a la dueña de uno de los pisos un contrato de arrendamiento sin estar autorizado; 29 noviembre 1995 (RJ 8382), que ha de diferenciarse claramente de los demás, pues aquí no se finge tan sólo la existencia de representación, sino que se confecciona una falsa escritura notarial de otorgamiento de poder, que el Tribunal califica por el art. 302.1, 4 y 9 CP de 1973; 7 octubre 1997 (RJ 7076) persona que imita la firma del padre -previa petición de éste- en un documento de reconocimiento de deuda y en varias letras de cambio a petición, en que el Tribunal Supremo condena por falsedad del art. 302.9 en relación con el 303 CP de 1973. Sin embargo, la STS 4 marzo 1997 (RJ 1830) absuelve del delito de falsedad documental a la persona que acepta una letra de cambio a nombre de su hermano estando apoderado para hacerlo en un documento que había sido impugnado en el proceso; considera el Tribunal que no parece que firmase por poder, sino en nombre propio.

⁵¹²En este sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 38, para quien como la relación entre autor y declaración es espiritual, admite que pueden serlo las personas físicas, las jurídicas o las

La segunda de las modalidades de representación admitida por la doctrina alemana, esto es, la representación encubierta o el actuar bajo nombre de otro, será quizá la que más problemas plantee al trasladarla a nuestro Derecho positivo, sobre todo por la falta de reconocimiento de este tipo de representación por parte de la doctrina civilista. Estos supuestos, los que los países de tradición latina hemos denominado tradicionalmente como falsedad consentida, fueron aquellos para los que se ideó la teoría de la espiritualidad. La tesis de la corporalidad, en tanto postula que autor del documento es aquél que físicamente lo confecciona - quien se encuentra en una relación espacio-temporal de inmediatez respecto de la declaración documentada-, conducía siempre e invariablemente a la consideración de inauténticos de aquellos escritos en los que, a pesar de documentarse una declaración correspondiente a la que hubiese hecho el portador del nombre, se confeccionan por persona distinta de aquél⁵¹³.

Contrariamente, la tesis de la espiritualidad, la mayoritariamente sostenida en Alemania, parte de la necesidad de armonizar el Derecho penal con el Ordenamiento civil. Es decir, si la doctrina civilista dominante en Alemania admite la representación en la que no se hace pública la condición de representante del firmante que contrata directamente con el nombre del representado, no parece muy lógico que, al mismo tiempo, el Derecho penal afirme la inautenticidad del documento. No obstante, para que tal representación sea eficaz y, por tanto, el

administraciones; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 72, que entiende que la relación entre autor y declaración es jurídica, no física, por lo que también pueden serlo las personas jurídicas. En conclusión, sólo desde el punto de vista de la tesis de la corporalidad puede negarse que las personas jurídicas o las instituciones públicas puedan emitir declaración, pues sólo admitiendo una ligazón física entre el autor y su declaración puede postularse la imposibilidad de quienes no sean personas físicas de confeccionar realmente una declaración; en el mismo sentido, ZIELINSKI, *Urkundenfälschung durch vollmachtloser Stellvertreter?*, op. cit., p. 5, para quien el autor del documento es siempre responsable de la veracidad de la imputación de la declaración al autor aparente -representado-, que en los casos dudosos ha de poder demostrarse por medios de prueba ajenos al documento. En España DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, op. cit., pp. 70 y ss, acoge una tesis intermedia entre la teoría del órgano y la de la representación en virtud de la cual existe una auténtica representación de las personas jurídicas, pero que no es ni una representación legal ni una representación voluntaria, sino necesaria, se trata de una representación voluntaria. Esto es, intermedia entre la postura defendida por la teoría del órgano, que concibe a la persona jurídica con un ser con plena capacidad de obrar, que actúa por sus órganos, de manera que los actos de sus órganos se consideran actos de la persona jurídica, y la teoría de la representación, que considera a la persona jurídica como ser incapaz de obrar por sí mismo y que necesita a un representante legal como los demás incapaces.

⁵¹³En este sentido vid. FRANK, *Zur Lehre vom Zeichen mit fremdem Namen*, op. cit., pp. 94-96, para quien la admisión de la firma con nombre de otro, el hacer aparecer como firmado por el representado un documento que en realidad ha sido suscrito por el representante, es contrario a los usos, porque en tales circunstancias se ofrece al otro contratante la sospecha de que el documento es falso, por ello es mejor firmar con el propio nombre del representante pero a cuenta de otro. En parecido sentido, STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., pp. 163 y ss., que, siendo consecuente con la vuelta a una teoría de corporalidad modificada que preconiza, sostiene que los casos de representación encubierta de personas físicas constituyen siempre falsedades documentales, mientras en la de personas jurídicas tan sólo existe documento inauténtico cuando la institución supuestamente representada no existe o cuando, existiendo, el representante no trabaja para dicha institución. Debe aclararse que para STEINMETZ autor aparente de la declaración en el primer caso lo es el representado, es decir, la persona cuya firma se utiliza, mientras en el segundo caso lo es el representante encubierto. Contrariamente a lo que podría parecer, tal diferencia no supone una contradicción si se parte, como él, de un concepto de autor físico del documento, que nunca podría cumplir una persona jurídica.

documento no sea falso, son necesarias tres condiciones, establecidas por la jurisprudencia germana y admitidas posteriormente por la generalidad de la doctrina. En primer lugar, la voluntad del signatario de representar a la persona cuyo nombre utiliza; en segundo lugar, la voluntad del representado de dejarse representar; y, por último, que la autografía no sea exigida por algún precepto de la ley o esperada por el tráfico jurídico⁵¹⁴. Sin embargo, ha sido justamente la vinculación de la autenticidad del documento al cumplimiento de estas condiciones, fundamentalmente a la tercera, lo que más han criticado quienes han efectuado versiones más modernas de la teoría de la espiritualidad, como la teoría de la imputación jurídica.

En este sentido, se ha argüido, por una parte, que las dos primeras condiciones hacen depender la autenticidad del documento de la voluntad de los intervinientes en el tráfico jurídico, lo que puede conducir a que el mismo documento sea para unos auténtico y para otros inauténtico⁵¹⁵. Lo fundamental para enjuiciar la autenticidad del documento no será pues la voluntad de representante y representado, sino lo que realmente hayan declarado en el tráfico jurídico. Desde el punto de vista del Derecho civil también al representado puede imputársele la declaración aunque en modo alguno “quiera” responder por la misma⁵¹⁶. Pero la que se ha visto fundamentalmente cuestionada es la tercera de las condiciones, en el sentido de que la exigencia legal de autografía no añade ni quita nada a la imputación jurídica de la declaración. Cuando se considera inauténtico un documento por razón de que el representante firma en nombre del representado en un supuesto en que se exige por el Derecho civil firma de propia mano, se utiliza al Derecho penal como un medio de protección de las formalidades exigidas en determinados tipos de documentaciones⁵¹⁷.

Lo fundamental pues para que la actuación bajo nombre de otro no implique la confección de un documento inauténtico es la existencia de un previo poder que autorice al representante. Cuando no hay apoderamiento - como en los casos de representación encubierta simulada- el documento será siempre inauténtico adoptando cualquiera de las teorías que fijan el concepto de autor. Autor aparente de la declaración es la persona con cuyo nombre se firma y autor real de la misma

⁵¹⁴Cfr., por todos, MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p.217; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2021, nms. 57 y 58; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 55 y ss.; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 146, nm. 50; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., pp. 101-102; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 174; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 315; SEIER, *Der gebrauch falscher Namen und unzutreffender Zusatzbezeichnungen*, op. cit., p. 138.

⁵¹⁵De esta opinión, PUPPE, *Zur abgrenzung von Urkunden- “Echtheit” und Urkundenwahrheit in Fällen von Namenstäuschung*, op. cit., p. 26.

⁵¹⁶Cfr. PUPPE, *Urkundenechtheit bei Handeln unter fremden Namen und Betrug in mittelbarer Täterschaft*, op. cit., p. 361.

⁵¹⁷En este sentido, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 375, quien, a pesar de acoger la teoría espiritual, entiende que la tercera condición es contradictoria con el postulado básico de la misma, puesto que ella afirma la autenticidad del documento en función de la persona de la que espiritualmente procede la declaración, y no de quien efectúa efectivamente la corporeización. En el mismo sentido, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (2. Teil)*, op. cit., p. 660; PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 639, establece que con la tercera de las condiciones se equiparan determinadas condiciones para la eficacia de una declaración con su misma existencia; PUPPE, *Unzulässiges Handeln unter fremden Namen als Urkundenfälschung*, op. cit., p. 444, donde afirma que con la protección penal de la formalidad que la exigencia de la autografía supone, la doctrina mayoritaria le ha encomendado al tipo de la falsedad documental una función que el mismo no debe desempeñar, como es la salvaguarda de las necesidades de forma o eficacia de las declaraciones.

es el presunto representante, con lo que ambos no son la misma persona si no existe poder de representación.

En la doctrina italiana y española ha habido también intentos de excluir la penalidad de la falsedad consentida o del mandato a suscribir. Sin embargo, en algunos casos, la no adopción de las tesis desarrolladas al efecto en Alemania ha conducido a que la impunidad no se fundamente siempre en la exclusión del tipo objetivo, sino en la del dolo o la antijuricidad. Ello no significa que no haya habido quien, siguiendo la teoría de la espiritualidad, haya negado la concurrencia del tipo objetivo en tales casos, con base en que el documento no puede considerarse inauténtico⁵¹⁸. Sin embargo, la mayoría de autores han acudido, entendiendo que la falsedad consentida cumple el tipo de la falsificación de documento, a la exclusión de la antijuricidad. En aplicación del art. 50 CP italiano⁵¹⁹, que regula la eficacia justificante del consentimiento, determinan la exclusión en función de cuál sea el bien jurídico que cada uno considera protegido en la falsedad documental⁵²⁰, lo que

⁵¹⁸De esta opinión, FIORE, *Il Falso autorizzato non punibile*, op. cit., p. 331 y ss, quien partiendo de la noción de autor de la teoría de la espiritualidad alemana, y admitiendo las tres condiciones que la misma postula, niega la misma tipicidad en estos casos, sobre la base de que el documento es auténtico y no se engaña a la generalidad, y ello tanto si se trata de documentos privados como públicos, si bien para estos últimos acude también a la adecuación social; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 37 y ss, niega también la inautenticidad del documento tanto si la autorización a suscribir se refiere a documento público como a privado; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 436; PROTO, *Il Problema dell'antigiuridicità nel falso documentale*, op. cit., p. 162, establece que el documento válidamente suscrito por el autorizado es aún genuino, con lo que estamos fuera de las causas de exclusión de la antijuricidad, siempre y cuando se trate de documentos privados; también CASSINELLI, *La falsa sottoscrizione autorizzata*, en *Scuola Positiva*, nuova serie, parte seconda, 1929, vol. 9, p. 431, sin apoyo en la teoría de la espiritualidad, afirma que en el mandato a suscribir la firma no es objetivamente falsa, sino verdadera; En España, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 860 y ss., postula la exclusión de la tipicidad en los casos en que no se cumplan todas las condiciones típicas, lo que ocurre con el mandato a suscribir cuando haya una concreta autorización para la firma de un determinado documento, siendo insuficiente la autorización para la gestión de negocios ajenos; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 201, admite que no cabe hablar aquí de falsedad, pues falta el engaño, lo que supone la traslación del problema al Derecho civil o administrativo; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1750, considera que la simulación de la firma de otro con su autorización no debería dar lugar a la apreciación del delito de falsedad, en la medida en que el voluntariamente suplantado se responsabiliza del documento y el tráfico jurídico no sufre merma; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 320, quien asume claramente los postulados de la teoría de la espiritualidad; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 793, apostillando que en los documentos públicos no cabe delegación de firma; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 397, quien también asume la teoría de la espiritualidad. En Colombia, ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., p. 76.

⁵¹⁹El precepto -que regula la eficacia del consentimiento- establece “No puede penarse a quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de la persona que puede disponer de él válidamente”.

⁵²⁰Cfr. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 664, quien, partiendo de que el funcionario público no puede disponer de su cualidad ni delegar en otro actos de su función sin que la Ley lo autorice, no admite el mandato a suscribir en los documentos públicos; en el mismo sentido, PROTO, *Il problema dell'antigiuridicità nel falso documentale*, op. cit., p. 166; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 573 y ss., quien afirma que cabe predicar de la firma su disponibilidad relativa, que no se da en los documentos públicos ni en aquellos documentos privados en los que se da tal fuerza probatoria que induce al legislador a equiparar penológicamente su falsedad a la de los públicos -los contemplados en el art. 491 CP italiano-, pero sí cabe en los restantes documentos privados; FOSCHINI, *La rilevanza penale del mandato a sottoscrivere*, op. cit., pp. 468 y ss, para el que el

generalmente ha conducido a la admisión del mandato para suscribir solamente en los documentos privados.

No han faltado quienes afirman que la autorización para suscribir no excluye ni siquiera la antijuricidad, esto es, la conducta, objetivamente considerada, es típica y antijurídica, razón por la que el consentimiento sólo puede excluir el dolo falsario⁵²¹. Parecida ha sido la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal

consentimiento no excluye la antijuricidad en los documentos públicos ni en aquellos privados a los que la Ley les reconoce una especial eficacia probatoria, aunque sí en los documentos privados no destinados a la circulación, siempre y cuando la Ley no exija firma autógrafa; GUARNERI, *Riflessioni sul falso autorizzato in cambiali*, op. cit., pp. 618-619, en el mismo sentido que Foschini; MALINVERNI, *La sottoscrizione con nome altrui ed il falso documentale*, op. cit., p. 80, que partiendo de que el bien jurídico protegido es la verdad de la prueba, establece, tras reconocer que la suscripción autorizada con nombre de otro tiene todos los elementos de la falsedad material, el delito se ha de excluir si no se pone en peligro o se lesiona el interés de un determinado sujeto a probar lo que resulta del documento verdadero o a impedir la prueba que resulta de los documentos falsos, de forma que el consentimiento sólo excluye el delito cuando quien lo otorga es el único titular del interés probatorio documentado, lo que generalmente no ocurrirá cuando la Ley exija firma autógrafa; BRICOLA, *Il Problema del falso consentito*, op. cit., p. 281 y ss, que considera, siguiendo a ANTOLISEI, que el delito de falsedad documental es pluriofensivo, lo que según él supone que el consentimiento sobre el bien disponible de los dos que protege el delito sirve para desincriminar todo el comportamiento, lo que lo conduce a la conclusión de que los documentos en los que la genuinidad es garantía de un interés específico de las partes que hacen la escritura, donde cabe el consentimiento, mientras que no cabe en aquellos en los que ésta se pone como garantía de un número indeterminado de terceros, en los que normalmente se exige la autografía y en los que no tiene eficacia justificante el consentimiento; PANNAIN, *Il problemi del falso innocuo, inutile o superfluo e del falso consentito*, op. cit., p. 129 y ss, según el cual no cabe la autorización de la firma en los documentos públicos porque el funcionario que suscribe el documento lo hace por la fuerza de los poderes que son inherentes a la función pública, no cedibles, mientras en los documentos privados, a pesar de no ser tampoco el bien jurídico disponible, aunque la suscripción no sea válida civilmente, no hay falsedad, pues ésta implica una contradicción con el Ordenamiento jurídico que aquí no se da. En España, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 230, circunscribe la ausencia de antijuricidad en la falsedad documental tan sólo en los casos en que la autorización para la firma se refieran a documentos que no sean de trascendencia pública o para tercero, aun cuando se utilicen con finalidades ilícitas de lucro; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 340 y ss., sostiene que el consentimiento es inválido cuando se trata de documento público y sólo excluye la falsedad en documento privado cuando quien presta su consentimiento es el único titular del interés probatorio documental; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 239 y ss., quien, partiendo de que la falsedad es delito pluriofensivo, admite la validez del consentimiento en los documentos mercantiles, aunque no en los documentos públicos de contenido público ni en los documentos mixtos -en parte públicos y en parte privados. En Argentina, CARRERAS, *Los delitos de falsedades documentales*, op. cit., p. 53, considera que la validez de la firma heterógrafa se resuelve con la doctrina del consentimiento, que sólo excluye la falsedad cuando la acción se realice en beneficio del suplantado.

⁵²¹Vid. MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 515 y ss, quien, con base en que el art. 50 CP italiano no puede excluir la antijuricidad atendida la indisponibilidad del bien jurídico fe pública, sólo desde el punto de vista del dolo puede excluirse la falsedad, lo que tampoco tiene validez cuando de documento otorgado por funcionario público se trate, aunque en este último supuesto no se refiere tanto a que alguien firme en lugar del funcionario, sino a que el funcionario consienta a los deseos de las partes de cometer una falsedad documental; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 141-142, quien fundamentándose en la diferencia entre hecho y documento, mantiene que sólo el hecho puede ser objeto de mandato, pero nunca puede serlo el documento mismo, que sólo es referible a quien lo confecciona o lo redacta, con lo que sólo cabe la exclusión de la falsedad documental por no concurrir el dolo en los documentos privados. Este jurista asume un concepto de autor muy parecido al de la teoría de la corporalidad en Alemania, para cuyos defensores el

Supremo español, para el que la firma es un acto personalísimo e irremplazable, respecto del cual carece de relevancia la autorización del titular para que otro la utilice, excepto en contadas ocasiones⁵²². Solamente puede excluirse la falsedad documental en los casos en que personas de escasa cultura, “que ignoren el verdadero sentido del mandato representativo o poder para actuar en nombre ajeno, creyendo que a ello equivale la estampación de la misma firma del verbal poderdante”, les falte la conciencia de antijuricidad al incurrir en error de prohibición⁵²³. Ello no supone que en la falsedad de documento privado, en que, según el alto Tribunal, se ataca un interés individual, el consentimiento no pueda tener eficacia en la misma tipicidad, al exigirse el ánimo de causar perjuicio a tercero⁵²⁴. Según la Sala Segunda la firma a nombre de otro requiere de un poder escrito, no meramente verbal, y dejar constancia de que se obra en calidad de representante de otra persona, sin que sirva la mera autorización verbal a utilizar la propia firma⁵²⁵, aunque en ciertas ocasiones se haya mostrado menos formalista en sus exigencias⁵²⁶.

A mi entender, la resolución de los supuestos de firma bajo nombre de otro no es una cuestión que tenga que ver con el consentimiento⁵²⁷. Esto es así porque los casos en los que la cuestión de la validez del consentimiento se plantean en Derecho penal son aquellos en los que éste es otorgado por el titular del bien jurídico o por el sujeto pasivo del delito, lo que no ocurre en las falsedades documentales. Quien, por ejemplo, admite que otro firme en su lugar como

actuar bajo nombre de otro sólo puede excluir el dolo propio de la falsedad, cfr. STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung* (§ 267 StGB), op. cit., pp. 205; admite que sólo la ausencia de dolo puede excluir la falsedad en la firma a nombre de otro en letras de cambio GUARNERI, *Riflessioni sul falso autorizzato in cambiali*, op. cit., pp. 619-620.

⁵²²Cfr. STS 7 octubre 1997 (RJ 7076) para la que las falsedades consentidas carecen de tipicidad “(...) cuando se realicen de forma que podríamos llamar “doméstica” o puramente interna, entre el inductor de la falsedad y que realiza materialmente la misma, pero no cuando este hecho falsario traspasa los límites puramente privados y se incorpora al tráfico mercantil o simplemente contractual respecto de terceros”.

⁵²³Cfr. SsTS 28 febrero 1973 (RJ 891), en que se condena por el art. 303 en relación con el 302.1 y 2 CP de 1973 a quien estampa con autorización la firma de su madre como avalista en un contrato de venta a plazos de un automóvil y en las letras de cambio libradas al efecto; 7 diciembre 1973 (RJ 4939), en que se condena por el art. 302.2 en relación con el 303 a quien estampa la firma de otra persona como aceptante de tres letras de cambio, a pesar de tener autorización, con fundamento en la incredibilidad de la firma y en el carácter abstracto de los títulos valores; 1 marzo 1983 (RJ 1743) en que se condena por falsedad en documento mercantil a quien firma varias cambiales contando de antemano con la aprobación del titular de la firma; 15 marzo 1986 (RJ 1645) en que el Tribunal afirma que usurpar la firma de otro en documento destinado al tráfico mercantil, aunque para ello se cuente con el consentimiento del titular de la firma, es un hecho penalmente antijurídico, pues la firma es un signo personal intransferible, aunque cabe error de prohibición en personas de escasa cultura.

⁵²⁴En este sentido, STS 28 febrero 1973 (RJ 891).

⁵²⁵Cfr. SsTS 1 marzo 1983 (RJ 1743), 17 mayo 1993 (RJ 4156).

⁵²⁶Vid. SsTS 20 febrero 1982 (RJ 804), en que se condena por falsedad documental a quien falsifica la firma del librador en varios talones, no sin afirmar que si hubiese existido “consentimiento” del titular de la cuenta el hecho sería “atípico”; 23 febrero 1988 (RJ 1241), en que absuelve del delito de falsedad documental a los encausados por emitir un acta de una junta extraordinaria de una cooperativa en la que se manifestaba la intervención de personas que no la habían tenido sin falsificarse sus firmas, en consideración a que el consentimiento de aquellos cuya intervención se fingió hace que la conducta no afecte al tráfico jurídico, al no afectar a la esencia del documento con mutación de la eficacia que debía desarrollar, por lo que la conducta falsaria no tendría otro carácter que el “meramente formal”.

⁵²⁷En este sentido, FIORE, *Il falso autorizzato non punibile*, op. cit., pp. 311-312.

contrayente en un contrato de compraventa no ha de ser necesariamente la persona a la que le afecte la inautenticidad del documento o la merma en el patrimonio que la misma pueda conllevar. No es comparable a la lesión consentida causada a un sujeto determinado que es, además de titular exclusivo del bien jurídico salud, único sujeto pasivo de la conducta presumiblemente lesiva. Siempre podrá argüirse en relación con la falsedad documental que las funciones que el documento desempeña en el tráfico como medio para garantizar la seguridad en el mismo no constituyen un objeto jurídico del que un sujeto individualmente pueda disponer. Sobre todo porque el documento, a pesar de nacer a veces con vocación probatoria *inter partes*, en las relaciones privadas, siendo un medio de prueba perpetuizado, siempre puede utilizarse para eventuales finalidades probatorias distintas de las inicialmente previstas. Pero, fundamentalmente, porque no es necesario examinar la posible ausencia de antijuricidad sin comprobar primero que el hecho sea típico⁵²⁸.

Ciertamente, que la doctrina civilista española no reconozca como forma posible de actuación por cuenta de otro el hacerlo directamente bajo el nombre del representado puede suponer un problema para admitir en este campo la teoría de la espiritualidad, o las ulteriores revisiones de la misma. Recordemos que ésta nació en Alemania para conciliar el Derecho penal con el civil, al objeto de evitar que se afirmase la falsedad penal de un documento cuando civilmente fuese eficaz. Sin embargo, la falta de reconocimiento de tal eficacia por la doctrina española no debe llevar a afirmar automáticamente la inautenticidad del documento. Puede trasladarse al Ordenamiento español el principio inspirador de aquella teoría y de sus ulteriores formulaciones, lo que podríamos denominar un límite negativo al concepto de autenticidad. Es decir, Ordenamientos extrapenales como el Derecho civil o el administrativo operan como conjuntos normativos que fijan los mínimos por debajo de los cuales nunca puede admitirse la inautenticidad del documento, pero no fijan límites máximos o positivos. La plena eficacia civil o administrativa de un documento conduce normalmente a que el mismo no pueda considerarse penalmente falso. Ahora bien, de ahí, no puede deducirse, *a contrario sensu*, un principio en virtud del cual todo documento ineficaz para esas disciplinas jurídicas deba ser inauténtico. Esta es, en definitiva, la razón por la que la actuación bajo nombre de otro con consentimiento o autorización⁵²⁹ no ha de llevar necesariamente a la inautenticidad del documento y a la inclusión de tal hecho en la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.2º CP. La inexistencia de un límite positivo se deriva, asimismo, de que aun en los casos en que el Derecho civil exija la firma autógrafa de un determinado documento ha de admitirse la autenticidad del mismo para el Derecho penal, pues, como ya se ha manifestado, la ineficacia civil o

⁵²⁸Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op.cit., p. 861.

⁵²⁹Conviene tener en cuenta que, contrariamente a lo que se deduce de algunas sentencias del Tribunal Supremo en materia de falsedad, la doctrina civil no exige formalidad alguna al negocio de apoderamiento en la representación, que se rige por la regla general de la libertad de forma, a salvo de específicos supuestos en los que la forma requerida por la Ley no es *ad substantiam*, sino *ad probationem*. Cfr. Díez-Picazo, *La representación en el Derecho privado*, op. cit., pp. 144 y ss; Lacruz Berdejo/ Luna Serrano/ Rivero Hernández, *Elementos de Derecho civil*, I, op. cit., p. 318; Albaladejo, *Derecho Civil*, t. I, vol. 2º, op. cit., p. 406. Téngase en cuenta el art. 1710 CC, en virtud del cual "(1) El mandato puede ser expreso o tácito. (2) El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. (3) La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario". Los supuestos en que se exige escritura pública para otorgar poder son los establecidos en el art. 1280.5º CC, a saber: en el realizado para contraer matrimonio, el general para pleitos, los especiales que hayan de presentarse en juicio, el poder para administrar bienes "y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o que haya de perjudicar a tercero".

administrativa no ha de confundirse con la inautenticidad penal. Para afirmar la autenticidad, además, no han tenerse en cuenta los móviles del poderdante o apoderado, incluso cuando la firma bajo nombre de otro se haga con voluntad de defraudar a la otra parte, el hecho podrá constituir una forma específica de cometer una estafa, pero generalmente no una falsedad documental⁵³⁰.

Sin embargo, la autenticidad del documento a pesar de la inadmisión expresa en la doctrina civilista de la representación encubierta es más difícil de afirmar en los documentos públicos que en los privados. Si bien del Ordenamiento civil no ha de extraerse necesariamente un principio contrario a la admisibilidad de la firma con nombre de otro, el Ordenamiento administrativo es mucho más taxativo en su regulación. La delegación de firma se admite en la Ley 30/92 sólo en los supuestos en que puedan delegarse competencias⁵³¹. Los términos en que han de expresarse los documentos que provengan de delegación vienen formulados en la propia Ley 30/92 y en las Órdenes de 10 de enero de 1981 y 7 de julio de 1986. El art. 13.4 de la mencionada Ley establece que “las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante”. A tales efectos, la orden de 10 de enero de 1981, en su art. 1º, pfo. 1, determina que en todas las resoluciones administrativas ha de consignarse el nombre, apellidos, firma y rúbrica del titular del órgano del que emana el acto o resolución, así como la antifirma con expresión del cargo que ostenta el que suscribe el documento, habiendo de incluir necesariamente “sucinta referencia, cuando proceda, a la disposición o acto en que se fundamente el ejercicio de facultades delegadas o desconcentradas”. Tampoco en relación con los documentos autorizados por los Notarios cabe admitir la delegación de firma, atendido el trato primordial que la legislación del Notariado otorga a la firma y rúbrica del Notario⁵³², que se hallan registradas. La taxatividad de la Ley en tales casos plantea la necesidad de admitir la inautenticidad del documento cuando no se cumplan las prerrogativas legales. En consecuencia, la autenticidad del documento con firma suplantada puede afirmarse de los documentos privados -incluidos los mercantiles-, pero no con carácter general en los públicos o públicos administrativos. No se nos oculta, sin embargo, que esta solución puede plantear importantes problemas de prueba acerca de la existencia

⁵³⁰En este sentido, CASSINELLI, *La falsa sottoscrizione autorizzata*, op. cit., p. 431; PANNAIN, *Il problema del falso innocuo, inutile o superfluo e del falso consentito*, op. cit., p. 132, quien, sin embargo, considera que la estafa o tentativa de estafa entra en concurso con la falsedad.

⁵³¹El pfo. 1 del art. 16 Ley 30/92 establece “los titulares de los órganos administrativos podrán, en materia de su propia competencia, delegar la firma de sus resoluciones y actos administrativos a los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, dentro de los límites señalados en el artículo 13”. Además de la imposibilidad de delegación de firma en resoluciones de carácter sancionador -art. 16.4 Ley 30/92- el art. 13.2 de la misma Ley establece “En ningún caso podrán ser objeto de delegación las competencias relativas a: a) Los asuntos que se refieren a las relaciones con la Jefatura del Estado, Presidencia del Gobierno de la Nación, Cortes Generales, Presidencias de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. b) La adopción de disposiciones de carácter general. c) La resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso. d) Las materias en que así se determine por norma con rango de Ley”.

⁵³²Al respecto, el art. 19 Ley Notariado establece “(1) Los Notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma, y con la rúbrica y signo que propongan y se les dé al expedirles los títulos de ejercicio. (2) No podrán variar en lo sucesivo, sin Real autorización, la rúbrica ni el signo. (3) En cada Audiencia habrá un libro en que los Notarios pongan su firma, rúbrica y signo después de haber jurado su plaza”. En virtud del art. 39, pfo. 2º, del Reglamento Notarial, “También dará conocimiento a los Notarios del mismo distrito del signo, firma y rúbrica que haya adoptado”.

del poder de representación ante un hipotético proceso penal por falsedad en documento privado.

Íntimamente relacionada con la representación abierta o encubierta se encuentra la cuestión de la simulación de documentos informáticos, habida cuenta de que suele operarse en el seno de empresas u órganos administrativos. Se trata generalmente de supuestos en que una determinada persona física actúa por cuenta de la jurídica en la que presta sus servicios. La admisibilidad de la autenticidad del documento en estos casos depende de que la declaración contenida en el soporte informático sea imputable a la persona jurídica que aparentemente la emite. Por tal razón, será difícil afirmar que un documento informático se ha simulado cuando quien realiza la maniobra falsaria se encuentra inserto en la organización empresarial o administrativa respectiva. Se considera en estos casos que el autor aparente de la declaración -la persona jurídica- ha de asumir los riesgos derivados del mal funcionamiento de los equipos conducidos por personal autorizado, aunque sea por la mala fe del personal interno⁵³³. Sin embargo, cabe que el documento se considere inauténtico cuando el sujeto activo de la falsedad, a pesar de formar parte del personal interno, no estaba autorizado para realizar la actividad que desarrolla al manipular el aparato procesador de datos o vulnera algún control establecido por la empresa o Administración para evitar intromisiones en el sistema informático⁵³⁴. Menos problemas para afirmar la inautenticidad del documento plantean los casos en que las manipulaciones informáticas las producen personas externas a la entidad respectiva. En este último supuesto cabe decir que el personal externo nunca puede actuar en nombre de una persona jurídica con la que no tiene ningún tipo de relación contractual o estatutaria⁵³⁵. Cuando el documento informático resultado de la manipulación no

⁵³³Cfr. PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nms. 17-18, para quien el empresario ha de correr con los riesgos del mal funcionamiento del aparato procesador o de la mala fe de los trabajadores asumiendo la declaración aun cuando los *inputs* introducidos por éstos sean contrarios a la voluntad del empresario; MÖHRENSCHLAGER, *Tendencias de política criminal en la lucha contra la delincuencia relacionada con la informática*, en *Delincuencia informática*, op. cit., p. 59, según quien cuando el empleado en una empresa o un ente administrativo sea quien introduce datos falsos en el ordenador estando facultado para ello, el autor de la declaración lo será el mandante titular del negocio, y los datos serán falsos únicamente en cuanto a su contenido, pero no inauténticos; SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., p. 294.

⁵³⁴SIEBER, o.u.c., pp. 294 y 297, en cuya opinión sólo el personal no autorizado de la empresa puede introducir en el ordenador información inauténtica, no el autorizado que introduce información inveraz, puesto que no se protege el tráfico interno de la empresa, sino el tráfico jurídico; ZIELINSKI, *Urkundenfälschung durch Computer*, op. cit., pp. 618-620, puntualiza que no sólo el personal interno no autorizado puede producir documentos informáticos inauténticos, sino también el personal autorizado que vulnera algún tipo de control o medida de seguridad establecida por la empresa. En distinto sentido, SCHMID, *Streitgegenstand "Computerurkunde"...*, op. cit., p. 107, en cuya opinión la inautenticidad de los documentos registrados no sólo cabe predicarla de los supuestos en que los introduzcan personas externas a la empresa o internas que vulneran los mecanismos de control, sino también personal interno autorizado, como en el supuesto de transacción realizada por personal de una entidad financiera autorizado para acceder al sistema pero que es realizada contra la voluntad de la entidad.

⁵³⁵SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., pp. 294-297, que admite la inautenticidad del documento informático en manipulaciones operadas por personal externo mediante programas privados del autor -en la fase de proceso-, o bien en la fase de *output*; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 269, nms. 32-34, quien admite la comisión del tipo previsto en el § 269 StGB cuando una persona externa entra en un sistema ajeno falseando la clave e introduciendo alguna información o cuando utiliza a un trabajador de la empresa para hacerlo (en ese último caso, en autoría mediata). En sentido parcialmente discordante, ZIELINSKI, *Urkundenfälschung durch Computer*, op. cit., p. 619, quien, a pesar de admitir que un programador externo a la empresa puede introducir rutinas

haya de considerarse inauténtico y no pueda hablarse de simulación, la conducta que lo origina no ha de quedar necesariamente impune. Si el sujeto activo es un funcionario, cabe plantearse la posibilidad de que el registro inveraz sea subsumible en las modalidades de conducta previstas en los núms. 3 y 4 del art. 390 CP; lo que también habrá de plantearse en relación con la modalidad del núm. 3 del mencionado precepto en el caso de particulares que documenten declaraciones que otros les expresen. Cuando no concorra ninguna de estas dos condiciones en el sujeto activo, cabrá aun acudir a la estafa informática prevista en el art. 248.2 CP, amén de cumplirse los requisitos que el tipo establece.

E) El abuso de firma en blanco

También para la cuestión de cuál sea el tratamiento jurídico-penal que haya de dársele al abuso de firma en blanco es decisiva la concepción que se sostenga de autor del documento. Si se parte, como hace la doctrina alemana mayoritaria, de la teoría de la espiritualidad tradicional, para la que autor lo es aquél de quien mentalmente procede la declaración, el documento así creado será necesariamente inauténtico⁵³⁶, lo mismo si quien lo confecciona tiene poder para hacerlo. Como autor aparente de la declaración lo es la persona que ha firmado el folio en blanco - aunque sea añadiendo sobre su firma parte del texto que contendrá el futuro documento- y autor real de la declaración final lo es quien rellena el documento, que lo ha hecho contra las indicaciones de quien le efectuó el encargo, no se produce identidad entre ambos sujetos y, por tanto, el documento es inauténtico.

Es justamente esta concepción de la doctrina germana la que propició que mediante la *Strafrechtsangleichungsverordnung* de 23 de mayo de 1943 se suprimiera el anterior § 269 StGB, que tipificaba expresamente los abusos de firma en blanco, al tener cabida estas conductas en el § 267 StGB⁵³⁷.

Partiendo de una teoría de la corporalidad en la paternidad de la declaración, el tipo de la falsedad se ampliaría considerablemente, pues también cuando la confección del documento se ciña a las indicaciones que ha dado el firmante ha de postularse la inautenticidad del mismo⁵³⁸. Sin embargo, la teoría de la imputación jurídica que, como sabemos, parte de la de la espiritualidad, excluye la incriminación por falsedad documental en los supuestos en que aquél que realiza el documento tiene poder para hacerlo y se extralimita en el ejercicio del mismo⁵³⁹.

ilícitas que convierten en inauténtico el *output*, considera que la solución ha de modularse en función de que el programa no autorizado pudiera estarlo en el caso concreto.

⁵³⁶Cfr. MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 216; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267., nm. 136 y ss; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2022, nm. 62; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 148, nm. 60; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1379, nm. 22; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 171, nm. 14; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, p. 102; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 305, nm. 712; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op.cit., p. 174.

⁵³⁷En este sentido, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2022, nm. 62. Puede también tenerse en cuenta que ya BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 216, en vigencia del antiguo § 269 StGB, había manifestado que la conducta aquí descrita consistía en la producción de un documento inauténtico; LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., pp. 160 y ss.

⁵³⁸Cfr. STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., p. 265, para quien en estos casos sólo se excluye la falsedad documental si falta la intención de engañar en el tráfico jurídico requerida por el § 267 StGB.

⁵³⁹En tal sentido PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 638, según la que el abuso de firma en blanco es un caso paralelo al de la representación encubierta, de forma que si se efectúa con poder dado por el firmante el documento es auténtico. En el mismo sentido,

En Italia, por otra parte, a salvo de las dudas que en la doctrina haya suscitado la misma naturaleza falsaria del abuso de firma en blanco⁵⁴⁰, el tenor de los arts. 486, 487 y 488 CP italiano⁵⁴¹ determina la opinión de la doctrina mayoritaria. Se consideran falsedades ideológicas los abusos de firma en blanco en los que la persona que confecciona el documento tenía el poder o la facultad para hacerlo. Por contra, comete falsedad material quien no tuviese tal potestad, bien por haber sustraído el papel con la firma, bien por poseerlo legítimamente pero sin permiso del firmante para rellenarlo⁵⁴². Aunque tal diferenciación no se ha seguido por todos los autores, dado que un sector de la doctrina concibe los abusos de firma en blanco siempre como falsedades materiales sobre la base de la desconexión entre el autor aparente de la declaración y la declaración misma⁵⁴³.

En España, sin embargo, la inexistencia de algún precepto que vincule el abuso de firma en blanco con la falsedad documental clarifica poco cómo deban calificarse estos supuestos. Antes bien, la tradición legislativa en nuestro país ha sustraído del ámbito falsario este tipo de conductas, pues ya antes de la modificación operada en el Código penal por la Ley de Reforma Urgente y Parcial de 25 de junio de 1983, el abuso de firma en blanco se incluía como un tipo agravado de estafa, concretamente la prevista en el art. 529.5º. Tras la citada reforma, la regulación de esta figura delictiva no cambió en demasía y continuó incriminándose como la estafa agravada del art. 529.3º CP. El mismo tratamiento penal se le da en el actual Código penal, en su art. 250.4º⁵⁴⁴.

PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 80, afirma que la doctrina mayoritaria, que ve siempre en el abuso de firma en blanco la creación de un documento inauténtico, no considera la diferencia entre la extralimitación del poder en las relaciones externas y las órdenes en las relaciones internas, ni la posible responsabilidad del autor aparente en virtud de la apariencia creada.

⁵⁴⁰Vid. supra cap. II, apartado 1.3.1.

⁵⁴¹Vid. supra cap. II, apartado 1.3.1., el texto de los preceptos

⁵⁴²Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, op. cit., pp. 631-632, si bien cuestiona la naturaleza falsaria del abuso de firma en blanco, esto es, cuando el que rellena el documento ha sido apoderado para hacerlo; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 308 y ss, para quien si el documento se rellena conforme a la verdad, aún contraviniendo las órdenes del mandatario, el hecho debe permanecer impune, pues no hay ninguna ley penal que sea tan formalistamente concebida como para penar por falso un hecho verdadero; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit. pp. 101-103, para quien si el mandato es nulo y se rellena el documento con él, el mandatario comete, en concurso con el mandante, una falsedad que será material si las falsas indicaciones afectan a la fecha o lugar e ideológica si se refiere al hecho documentado, mientras que si se rellena el documento, existiendo un mandato ilícito, conforme a la verdad, el mandatario viola el mandato y comete el delito del art. 488; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., pp. 309 y ss.; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., pp. 333-337; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 123-124; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 882 y ss, para quien el privado que obtiene un documento firmado por funcionario y lo rellena, haya sido o no apoderado, comete siempre la falsedad material del art. 488 CP italiano; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 130-131; SANTANIELLO, *Manuale di Diritto penale*, op. cit., p. 458; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., op. cit., p. 17.

⁵⁴³MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 330-331, para el que el abuso supone la documentación de un pensamiento que no proviene del autor aparente y la vulneración de la obligación de dejar inalterada la situación probatoria documental existente. Por consiguiente, la falsedad material existe aun cuando tenga el autor potestad para rellenar el documento. Son idénticas, por tanto, las conductas de confeccionar un documento utilizando una firma en blanco, existiendo o no poder para hacerlo.

⁵⁴⁴Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el actual art. 250.4º no habla estrictamente del "abuso de firma en blanco", como hacía el anterior art. 529.3º, sino de que la estafa se perpetre "abusando de firma de otro". A pesar de esto, no implica un cambio fundamental respecto de la anterior situación, en tanto que se considera que el actual art.

La inclusión entre las estafas de este tipo de conductas ha generado una falta de acuerdo doctrinal acerca de la idoneidad de reconducir algunos de los supuestos de abuso de firma en blanco a las falsedades documentales. Ya antes de la reforma del Código penal de 1973 por la Ley de 25 de junio de 1983 se afirmó que la existencia del núm. 5º del art. 529 parecía excluir la punición de tales acciones falsarias como falsedades documentales⁵⁴⁵. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que en los supuestos de abuso de firma en blanco cabe apreciar la existencia de falsedad documental, aunque sin unificar posturas en cuanto a la concreta modalidad falsaria en que hayan de subsumirse⁵⁴⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, había venido admitiendo la aplicación del art. 529.3º CP de 1973 en los casos de previa entrega voluntaria del documento, mientras que calificaba como falsedad documental, en eventual concurso con estafa, aquellos en los que se producía apoderamiento del

250.4º recoge la tradicional estafa falsaria de abuso de firma en blanco del art. 529.5º CP de 1973. En este sentido, cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 373; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1151; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Dir.), *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1243. Debe también tenerse presente que el actual art. 250.3º CP se refiere a la estafa efectuada mediante "cheque, pagaré, letra de cambio en blanco", que es de preferente aplicación respecto del núm. 4º de este mismo precepto, según VALLE MUNIZ, o. u. c., p. 1150.

⁵⁴⁵En este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 195, tal afirmación se justifica porque para él abuso de firma en blanco se circunscribe exclusivamente al realizado teniendo potestad para rellenar el documento, lo que conduce siempre a la falsedad documental cuando el documento ha sido sustraído. Pero, aun en supuestos de verdadero abuso de firma en blanco, admite que cuando de documentos públicos u oficiales se trate cabe incluir estas conductas en el art. 302.6 CP de 1973, por considerar que el llenar un documento en blanco es una forma de intercalamiento.

⁵⁴⁶De esta opinión, JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 490, según quien, en todos los supuestos, el abuso de firma en blanco es un caso de abuso de confianza, pero también de falsedad documental, incluíble en los núms. 1, 2, 3 o 4 del art. 302 CP de 1973, pero, sobre todo, en el núm. 6º de ese artículo, puesto que supone intercalar en el contenido; si bien la existencia de la estafa agravada de abuso de firma en blanco excluye la falsedad en documento privado, pero no la de los documentos públicos u oficiales. ANTÓN ONECA, *Estafa*, en NEJ, t. IX, 1958, pp. 81 y ss, según el cual sólo cabe hablar de abuso de firma en blanco en los casos en que la hoja o pliego en blanco haya sido entregada al agente para que la rellene, pero habrá falsedad documental en los supuestos en que tenga dicha hoja sin poder con la facultad de rellenarla o cuando haya sido sustraída o encontrada por el agente. Tales falsedades pueden incluirse, según este autor, en los núms. 5, 6 o 9 del art. 302 CP de 1973, aunque entiende que en dichos casos se plantea un concurso de normas que ha de solventarse, conforme al principio de consunción, aplicando la estafa agravada del art. 529 CP de 1973; PUIG PEÑA, *Derecho penal. t. III. Parte especial, vol 1º*, op. cit., p. 213, lo considera forma de simulación; BAJO FERNÁNDEZ, *Abuso de firma en blanco*, en COBO del ROSAL (Dir.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. V, vol. 2º, *La reforma del Código penal de 1983 (Libros II y III)*, p. 1229 y ss, para quien fuera de los casos en que la entrega del documento se produce mediante engaño, elemento necesario en la estafa, que conduce a la aplicación del art. 529.3º CP de 1973, los otros en que el documento se entrega a quien lo rellena, sea o no con facultad de rellenarlo, y los supuestos en que el documento es sustraído o es encontrado por el autor, han de calificarse como falsedades documentales; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 319, considera que el abuso de firma en blanco constituye un supuesto de simulación documental; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 236, 236, en el mismo sentido. BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 4, propone, fundándose en la regulación comparada de los abusos de firma en blanco, que los casos en que la entrega del documento se haya obtenido sin concurrir engaño se incriminen como administración fraudulenta o desleal del art. 295 CP; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 28 y 29.

papel firmado en blanco⁵⁴⁷, aunque no siempre haya sido consecuente con este planteamiento⁵⁴⁸. Pero aún en los casos en que el abuso de firma en blanco se califica como falsedad documental, el Tribunal Supremo tampoco ha sido constante en orden a la inclusión de la conducta en una determinada de las modalidades comisivas de la falsedad documental⁵⁴⁹.

Dejando de lado la cuestión de la relación concursal entre la falsedad documental y la estafa agravada de abuso de firma en blanco, conviene dilucidar si el abuso de firma en blanco constituye una falsedad documental y, en caso de serlo, cuál de las modalidades falsarias previstas en el art. 390 CP es la indicada para subsumir en ella estos casos. Parece claro que el abuso de firma en blanco atenta fundamentalmente a la función de garantía que el documento desempeña, además de que eventualmente pueda hacerlo contra la función probatoria del mismo, esto es, supone la creación de un documento inauténtico. Sin embargo, la autenticidad o no del documento dependerá de la concepción de autor de la que se parta. Como ya se ha mencionado, la teoría de la corporalidad lleva a la inadmisibles consecuencia de que siempre que se rellena un papel firmado por otro, aunque sea con su permiso y conforme a sus indicaciones, el resultado es un documento

⁵⁴⁷Cfr. STS 30 septiembre 1986 (RJ 4864), STS 1 marzo 1983 (RJ 2201), en que se condena por la estafa agravada de abuso de firma en blanco a la persona que consiguió que un trabajador le entregase unos recibos firmados en blanco para pagar un crédito oficial y luego los presentó como justificante de que había pagado al trabajador en un proceso. Vid. también, LUZÓN CUESTA, *Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 138, quien expone la doctrina jurisprudencial en relación con las letras de cambio en blanco, en que se distinguen tres casos. El primero, cuando el documento ha sido confiado para rellenarlo; el segundo, cuando se ha confiado sin la facultad de rellenarlo; y el tercero, cuando se ha sustraído o encontrado. La jurisprudencia califica sólo como estafas agravadas del art. 529.3º los supuestos de entrega voluntaria de la letra, y admite el concurso ideal entre ésta y la falsedad documental en los supuestos de apoderamiento de la misma. No obstante, cuando una falsedad de este tipo se cometa en documento privado, la doctrina del alto Tribunal, coherente con su inamovible postura en las relaciones concursales entre falsedad en documento privado y estafa, defiende que la estafa agravada de abuso de firma en blanco absorbe al delito de falsedad documental (cfr. STS 12 febrero 1957, RJ 255).

⁵⁴⁸vid. STS 29 septiembre 1987 (RJ 6600) en que se condena por el art. 306 en relación con el art. 302.6 CP de 1973 al mandatario que, debiendo redactar una renuncia de los firmantes al cobro de determinadas comisiones que les pertenecían, añade además un reconocimiento de deuda de los mismos a su favor. Conforme a la premisa sentada por el mismo Tribunal Supremo, tal acción hubiera debido calificarse como una estafa agravada por abuso de firma en blanco, puesto que el papel firmado en blanco había sido entregado voluntariamente por los firmantes.

⁵⁴⁹Cfr. SsTS 25 mayo 1984 (RJ 2683) en que se califica por el art. 306 en relación con el art. 302. 2 y 4 CP de 1973 de la conducta de la persona que en documento firmado en blanco por otra escribe un contrato de cesión a su favor; 14 marzo 1985 (RJ 1647), en que se subsume en el art. 306 en relación con el art. 302.2, 3, 4 y 9 CP de 1973 al caso del empresario que, en documentos firmados en blanco por sus trabajadores, escribe después una liquidación de finiquito no pactada como contenido del documento; 30 septiembre 1986 (RJ 4864) en el caso de la sustracción de tres cheques firmados en blanco que se rellenan por quien los sustrae, en que se condena por falsedad del art. 303 en relación con el art. 302. 4 y 6 CP de 1973; 2 abril 1990 (RJ 3036), en que se condena por el art. 303 en relación con los arts. 302.3 y 4 a quien gira talones para fines propios contra una cuenta no propia y de la que no puede disponer haciendo firmar al presidente los talones en blanco; 19 mayo 1992 (RJ 4178), en que se incrimina como falsedad del art. 302.2 en relación con el 306 CP de 1973 al comportamiento de la persona que se aprovecha de la firma en blanco de su mujer para presentar escritos privados falsos ante un Notario que le sirven para hacer escrituras públicas mendaces; 13 julio 1994 (RJ 6375), en que se afirma que ha de calificarse conforme al art. 302.9 CP de 1973 el abuso de firma en blanco.

inauténtico, lo que no deja de ser una interpretación muy formalista de la autenticidad. La adopción de la teoría de la espiritualidad ortodoxa también amplía mucho la inautenticidad del documento, desde el momento en que incluso de incumplirse las condiciones pactadas existiendo poder, el documento es siempre inauténtico. Son más atendibles los postulados de la teoría de la imputación jurídica a fin de resolver si tales conductas constituyen falsedades. En su virtud, cuando quien rellene el documento tenga poder para hacerlo y lo haga contraviniendo las indicaciones del mandante, no confeccionará un documento inauténtico, sino inveraz; documentará pues una mentira escrita.

Dicha solución encuentra en España un grave escollo, puesto que para defenderla ha de partirse de la admisión del actuar bajo nombre de otro por parte de la doctrina civilista⁵⁵⁰, lo que no está claro en nuestro país⁵⁵¹. No obstante, tal como ya dijimos en los casos de falsedad consentida, el Derecho civil representa no un límite positivo, sino meramente negativo en relación con la inautenticidad penal del documento. En consecuencia, se hace posible afirmar la condición de auténticos de los escritos firmados en blanco cuando quien los rellene se exceda en su potestad representativa.

Es decir, lo importante para determinar que exista o no documento inauténtico no es tanto la entrega voluntaria del papel firmado en blanco cuanto el otorgamiento de poder para confeccionarlo. De tal manera, el documento será inauténtico cuando quien lo rellene, a pesar de habérselo entregado el firmante, no tenga potestad para confeccionar el documento, o cuando no le haya sido entregado, sino que lo haya encontrado o sustraído. Contrariamente, el documento será auténtico, aunque pueda ser inveraz, en los supuestos en los que, habiéndosele entregado con la finalidad de que lo redacte, el representante desoiga las instrucciones dadas por el representado.

Una vez admitido que el documento así confeccionado puede ser falso, conviene ahora fijar en cuál de las acciones descritas en el art. 390 CP debe subsumirse la conducta. Esta no es otra que la modalidad que se está analizando, la simulación de documento. Ello es así porque cuando se rellena un documento sin facultad para hacerlo se está atribuyendo una declaración a una persona que no sólo no la ha efectuado, sino a la que además no le es imputable jurídicamente. Nos encontramos ante la creación *ex novo* de un documento falso, no ante la alteración de un documento ya confeccionado, por la sencilla razón de que un papel firmado no puede considerarse documento. Ni tan siquiera el escrito en que la declaración esté incompleta cumple esta condición, así que mal puede alterarse un documento que aún no existe⁵⁵². Distinto será el supuesto en que se confeccione un documento, existiendo poder para hacerlo, pero contraviniendo las indicaciones

⁵⁵⁰PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 80, advierte que el abuso de firma en blanco en los casos de existencia de poder, son un actuar inadecuado bajo nombre de otro en los que se da una extralimitación del poder por parte del representante. vid., asimismo, LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, op. cit., pp. 834-835, quien incluye la autorización para cumplimentar un papel firmado en blanco dentro de la representación. También en Italia se ha considerado que el abuso de firma en blanco supone un incumplimiento del mandato *ad scribendum*; cfr. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 882; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 309.

⁵⁵¹Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. 2º, op. cit., p. 383, donde afirma que “es distinto el obrar por otro que el obrar *bajo* el nombre de otro. En un caso hay representación; en el otro, falsificación o suplantación”. Sin embargo, GORDILLO, *La representación aparente*, op. cit., p. 164, se refiere a la firma en blanco confiando al apoderado la fijación definitiva, en todo o en parte, del contenido del negocio a celebrar, como un supuesto de apariencia representativa, lo que habría de conducir, a *sensu contrario*, a la conclusión de que existe representación no aparente cuando se le dan instrucciones concretas al representante de cómo ha de concluirse el negocio.

⁵⁵²En este sentido, STS 13 julio 1994 (RJ 6375).

del firmante. Se producirá entonces una extralimitación por parte del apoderado, que nunca conducirá a la producción de un documento inauténtico, sino a la de un documento que puede ser inveraz. Tampoco podrá afirmarse en estos casos, si de un particular se trata, la concurrencia de la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.3º CP. Como en su momento se expondrá, esta previsión normativa separada de la del núm. 4 del mismo precepto sólo tiene autonomía si se la liga a un conjunto muy concreto de supuestos. Nada impide, sin embargo, que estas conductas puedan reconducirse a la estafa agravada prevista en el art. 250.4º CP cuando se den todos los elementos del tipo⁵⁵³.

A pesar de que la solución que aquí se propone sea la más adecuada técnicamente teniendo en cuenta las previsiones del Derecho civil, tiene un complicado anclaje en el Código penal. La estafa del art. 250.4º CP tiene prevista una pena privativa de libertad superior a la falsedad en documento público, oficial o mercantil del art. 392 CP. De subsumir el abuso de firma en blanco en los arts. 390 o 392 CP cuando falta el poder, tendríamos que las penas resultantes del concurso medial de delitos entre la falsedad y la estafa básica serían inferiores a las de la estafa agravada -esto cuando se use el abuso de firma en blanco para cometer una estafa-. Por otro lado, no podría aplicarse a estos supuestos el concurso de falsedad documental y estafa agravada si se considera que esta última sólo incluye los abusos de firma en blanco en que se produce extralimitación en las facultades del representante. Si, aun así, se acudiese a estos dos preceptos para calificar la conducta, podría vulnerarse el *bis in idem*. Un mismo hecho -el abuso de firma en blanco- producido por el mismo sujeto y previsiblemente con idéntico fundamento sería tenido en cuenta doblemente para agravar la penalidad. Por tales razones, ha de concluirse que el abuso de firma en blanco por parte de quien no tiene poder utilizado como medio para cometer una estafa habrá de subsumirse también en la modalidad agravada de estafa que prevé el art. 250.4º CP, lo mismo que el cometido por el representante que se extralimita en sus facultades⁵⁵⁴.

Ello no obsta a que cuando estas conductas no persigan una finalidad defraudatoria patrimonial pueda continuarse a acudiendo a la simulación de documento para incriminarlas. También cabe imaginar la vuelta a la vida del precepto preterido -la falsedad documental- cuando la estafa quede en grado de tentativa y, por tanto, con penalidad inferior a la prevista en el art. 392 CP. Pese a todo, la disfuncionalidad de penalidades entre las estafas agravadas que implican conductas falsarias no siempre típicas y la falsedad documental sólo podrán solventarse con una reforma legislativa. Sería deseable, para respetar el principio de proporcionalidad, que a la estafa cometida mediante un documento "simulado" -en el sentido del art. 390.1.2º CP- le correspondiera mayor sanción que a la estafa para la que se utiliza un documento inveraz -con falsedad no relevante-. Esto podría conseguirse, bien suprimiendo la agravación del abuso de firma en blanco en la estafa, bien fijando una sanción para este supuesto -que incluiría entonces sólo las extralimitaciones de poder- intermedia entre la correspondiente a la estafa

⁵⁵³Respecto de esta cuestión, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 215, establece que cuando el apoderado se excede en el poder, no está legitimada la intervención del Derecho penal en base al delito de falsedad documental, aunque quizás sí por el de estafa.

⁵⁵⁴Cfr. VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 1147 y ss., quien llega a la misma conclusión utilizando los mismos argumentos para la relación concursal entre la falsedad documental y la modalidad agravada de estafa del art. 250.3º CP. En distinto sentido, CONDE-PUMPIDO, *Estafas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 158-159, quien aplica la modalidad agravada de estafa cuando el documento es entregado por el sujeto pasivo para ser completado posteriormente de la forma pactada, y el concurso entre robo/hurto/apropiación indebida, falsedad y estafa básica en supuestos de sustracción o de hallazgo del documento y su cumplimentación para utilizarlo posteriormente a fin de cometer una defraudación.

básica y la resultante de aplicar las reglas del concurso medial entre ésta y falsedad documental.

F) *La suscripción de un documento mediante engaño o fuerza*

Para concluir con el estudio de la segunda modalidad comisiva, resta sólo por hacer referencia a la importancia que pueda tener el concepto de autor que se mantenga en aquellas declaraciones obtenidas mediante engaño o violencia. La mayoría de la doctrina alemana considera que en los casos en que la suscripción de un documento se producen mediante *vis absoluta*, *vis compulsiva* o amenaza, o con error sobre el hecho mismo de la declaración, suponen la producción de un documento inauténtico⁵⁵⁵. Para ello se basan en que autor del documento lo es aquél de quien la declaración procede espiritualmente. De tal manera, cuando al autor se le engaña sobre el hecho mismo de firmar una declaración -utilizando papel de calco, por ejemplo-, no sobre el contenido de la misma, o la violencia proyectada sobre el mismo es tal que actúa como mero instrumento, no coinciden autor real y aparente de la declaración y el documento es inauténtico. Puede entenderse que existe una falsedad documental en la que el hombre de atrás, el autor mediato, es el verdadero emisor del documento⁵⁵⁶.

Sin embargo, también aquí la adopción de la evolución ulterior de la teoría de la espiritualidad, esto es, la tesis de la imputación jurídica, puede servir, según ha demostrado SCHROEDER⁵⁵⁷, para limitar la admisión de la autoría mediata de falsedad documental en tales casos. Para este autor, los casos de *vis absoluta* no se sitúan entre los de autoría mediata, pues son auténticas autorías inmediatas. Por contra, en los de *vis compulsiva*, amenaza o engaño, en tanto el documento es meramente impugnabile según el § 123 BGB, no sería inauténtico⁵⁵⁸. Se ha objetado a esta construcción que basa la inautenticidad del documento en las categorías de la nulidad y anulabilidad civiles, cuya diferenciación no está siquiera clara para la doctrina civil⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵Vid. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 236; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 216; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 134; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2021, nm. 55; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1377, nm. 18; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p.171, nm. 14; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 305-306, nm. 713; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 184, nm. 485; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., 314. RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., pp. 152-153. De semejante opinión, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 319.

⁵⁵⁶Cfr. SCHROEDER, *Die Herbeiführung einer Unterschrift durch Täuschung oder Zwang*, op. cit., pp. 227-229; MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op.cit., pp. 148-149, nm. 62. Se muestra crítico con esta solución, RHEINECK, *Fälschungsbegriff und Geistigkeitstheorie*, op. cit., p. 71. En España, asume la concepción de Schroeder, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 85.

⁵⁵⁷SCHROEDER, *Die Herbeiführung einer Unterschrift durch Täuschung oder Zwang*, op. cit., p. 230, donde afirma que una teoría relacionada con el Derecho civil material supondrá una reducción del tipo. En parecido sentido, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 68, afirma que la creación o no de documento inauténtico en estos casos depende de las reglas civiles sobre la realización de la imputación de la declaración. Vid. también MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 148-149, nm. 62

⁵⁵⁸SCHROEDER, *Die Herbeiführung einer Unterschrift durch Täuschung oder Zwang*, op. cit., p. 230.

⁵⁵⁹En tal sentido, FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., pp. 31-32.

Trasladando tal concepción al Derecho positivo español, debe aclararse que para las hipótesis en que se obligue a la firma de un documento con violencia o intimidación ya existe en el Código penal español un delito *ad hoc*, la extorsión, regulada en el art. 243 CP. No obstante, en los supuestos en que concurra violencia o intimidación puede tener relevancia la falsedad cuando no se cumplan todos los requisitos típicos que el art. 243 CP establece; cuando no concurra ánimo de lucro o finalidad de perjudicar el patrimonio de la víctima o de un tercero. Ahora bien, en el Código civil español, el uso de violencia o intimidación, regulado en el art. 1267 CC⁵⁶⁰, no convierte al contrato en nulo, sino en anulable, por mor de los arts. 1300 y 1301 CC. Esto es, a pesar de que el art. 1265 CC declare que es nulo el consentimiento prestado concurriendo alguno de los vicios de la voluntad enumerados en el Código civil -arts. 1267 a 1270 CC-, la regulación de los arts. 1300 y ss. CC evidencia que el legislador, al hablar en estos supuestos de nulidad, se está refiriendo a la anulabilidad⁵⁶¹. Y lo mismo cabe decir respecto de los casos en que se utilice engaño, que para nuestro Derecho civil, serían aquellos en los que el contrato es anulable por existencia de dolo⁵⁶² o error⁵⁶³. Por ello, aplicando la teoría que toma como referente el Derecho civil material habría que concluir que, conforme a lo establecido en nuestro Código civil, los documentos así creados no serían inauténticos. Esto, por otra parte, no es óbice para admitir que, por lo menos en caso de violencia, no existe más que una declaración aparente⁵⁶⁴. Así, partiendo de la inexistencia de la voluntad de declarar, puede llegar a afirmarse la nulidad de la declaración⁵⁶⁵ y, consecuentemente, la inautenticidad del documento y la tipicidad de la conducta.

No obstante, la solución propuesta por autores como SCHROEDER no convence. En primer lugar porque, como ya se ha dicho, las categorías de la nulidad y la anulabilidad no están suficientemente definidas en el Ordenamiento civil. En segundo lugar, porque en la autoría mediata, por propia definición, el único autor de la conducta -en este caso de la confección de un documento- es el hombre de atrás, no el "instrumento". Si el instrumento obra conscientemente ya no podemos hablar de autoría mediata; correspondería entonces afirmar la posibilidad de inducción caso de ser típica la conducta de quien tiene el dominio del hecho. Por consiguiente, poco importa a los efectos de la falsedad documental que el instrumento utilizado por el autor sea la persona que en el documento aparece

⁵⁶⁰El art. 1267 CC establece "(1) Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea fuerza irresistible. (2) Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. (3) Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. (4) El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato"

⁵⁶¹En este sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. 2º, op. cit., p. 470; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol 1º, op. cit., p. 574; LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/ RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos del derecho civil*, I, op. cit., p. 283.

⁵⁶²El art. 1269 CC, que define el dolo, establece "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho".

⁵⁶³El art. 1266 CC establece "(1) Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. (2) El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. (3) El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección".

⁵⁶⁴Así lo admite ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. 2º, op. cit., pp. 256-258, en relación con las declaraciones emitidas mediante violencia.

⁵⁶⁵En este sentido ALBALADEJO, o. u. c., p. 454, para quien ha de afirmarse la nulidad, entre otros casos, "cuando falta la voluntad de la conducta declaratoria o la conciencia del valor declaratorio (...)".

como emisor de la declaración. En puridad, la misma conducta podría efectuarla el autor mediato utilizando como instrumento a un tercero cuyo nombre no aparezca en el documento, sin que cupiera duda entonces de que nos hallamos ante una simulación documental mediata. De ahí que, cuando se emplee violencia o engaño sobre el hecho mismo de la emisión de la declaración, no proceda tanto determinar si el documento es inauténtico -que lo es-, sino comprobar la concurrencia de los requisitos de la autoría mediata. Resulta irrelevante, pues, para afirmar la inautenticidad del documento que el instrumento de que se sirva el autor mediato sea o no el aparente autor del documento; en cualquier caso el soporte provocará la impresión de provenir de una persona distinta de la que realmente proviene, lo que constituye la esencia de la inautenticidad.

2.1.3- Afectación a la función probatoria del documento

Las conductas previstas en los num. 3 y 4 del art. 390 CP son las que atacan exclusivamente a la función probatoria que el documento desempeña en el tráfico jurídico. Ya se advirtió al iniciar el estudio del tipo objetivo como cada una de las formas de comisión de la falsedad documental se dirigía fundamentalmente a modificar una de las funciones características del documento, sin que ello implicase que se excluyese un ataque mediato a las demás. Es decir, el ataque a la función de garantía, propio de la simulación de documento, supone también una modificación de la función probatoria que el mismo desempeña, desde el momento en que los documentos hacen prueba de su autor. Del mismo modo, la modificación de la función de perpetuación que la alteración entraña puede conllevar una lesión de la función de garantía o probatoria de dichos medios de fijación del pensamiento humano. Sin embargo, lo que caracteriza a las conductas que afectan a la función probatoria en relación con las demás es que la lesión que ellas suponen se circunscribe exclusivamente, por lo menos en la prevista en el núm. 4 del art. 390 CP, al atentado a la probatoria, sin alterar las demás.

Las falsedades tradicionalmente denominadas ideológicas, aquellas cuyo comentario ahora nos ocupa, no afectan a la función de perpetuación del documento, puesto que se efectúan en el acto mismo de la documentación⁵⁶⁶. No existe una precedente declaración escriturada cuya incolumidad pueda afectarse. Tampoco vulneran la función de garantía, pues no atribuyen la declaración a nadie distinto del efectivo autor de la documentación. Esto es, afectan siempre a la veracidad del documento, no a la autenticidad o genuinidad del mismo, pues no rompen la relación existente entre autor y declaración. El documento se compone de dos elementos distintos, el tenor y la referencia al autor; la afectación al primero de ellos sólo implica que el contenido no es el que debería ser, pero en ningún caso que se ligue aquel contenido a un autor distinto al que lo efectuó.

Sin embargo, el gran problema que tradicionalmente han planteado las falsedades ideológicas en orden a su delimitación ha sido tomar como referente la veracidad del documento. La cuestión que más quebraderos de cabeza ha ocasionado, a la doctrina y a la jurisprudencia, a la hora de circunscribir las conductas típicamente relevantes ha sido la caracterización de la veracidad documental. Esto no sólo en países, como España e Italia, en que la falsedad material e ideológica se encuentran conjuntamente reguladas dentro del capítulo de los respectivos Códigos dedicado a las falsedades documentales. También en Alemania, donde la falsedad ideológica se configura como un delito específico de

⁵⁶⁶De esta opinión, MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 351, para quien la falsedad ideológica puede cometerla la persona que realiza el documento en el mismo momento de la documentación; en el mismo sentido, BOSCIA, *Della falsità in atti*, op. cit., p. 8.

funcionario fuera de las conductas falsarias documentales. En España, la posibilidad establecida en el anterior Código penal de que también los particulares pudiesen ser sujetos activos de este delito ha propiciado que la doctrina intentase establecer límites a la posibilidad de comisión, generalmente conectados con la existencia de un deber de ser veraz o con la necesidad de que se vea afectada la esencialidad del documento⁵⁶⁷. En Italia, a pesar de que el art. 479 CP italiano resulta tan sólo aplicable a los funcionarios y a los empleados públicos encargados de un servicio público, también se alude al deber de veracidad como fundamento de la incriminación de esta conducta⁵⁶⁸, aunque haya quien se ha referido a la consciente desviación del documento en relación con el fin que institucionalmente debiera perseguir⁵⁶⁹. En Alemania, la regulación de la falsa documentación en el capítulo vigésimonoveno del StGB -rubricado "*Straftaten im Amt*"-, no ha evitado que la doctrina germana se refiera a la veracidad del documento como aquello a lo que la conducta afecta⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷En este sentido vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 183, en que establece que han de circunscribirse como conductas típicas del art. 302.4º CP de 1973 aquellas que afectan a los estrictos límites de la esencialidad de la mutación de la verdad; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 207 y 208, quien también se refiere a la esencialidad; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. t II (Parte especial)*, op. cit., p. 266, dice que la falta de verdad ha de recaer sobre extremo esencial del documento; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 239, en el mismo sentido que el anterior; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 485, quien caracteriza las falsedades ideológicas como vulneración de los funcionarios de su obligación de certificar o registrar la verdad; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 825 y ss, se refiere a la diferencia entre lo narrado por el autor del documento y un determinado modelo, el que disciplinan las normas aplicables a esa forma de documentación concreta, para determinar cuando se falta a la verdad; en el mismo sentido que este último vid. CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 280-281; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 54, afirma que la norma implícita del art. 302.4 establece un deber de veracidad en los funcionarios públicos en cuanto a los actos relativos a su función; COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., p. 435, concibe que las conductas que afectan a la veracidad del documento sólo deben ser delito cuando exista un deber jurídico de veracidad.

⁵⁶⁸ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., pp. 607 y 616, dice que la falsedad ideológica presupone la obligación jurídica de decir la verdad por parte de quien documenta, siempre presente en los casos en los que se da un poder de certificación pública; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op.cit., p. 676, se refiere a la necesidad de ser veraz en los casos en los que el autor del documento está obligado, por una norma de Derecho objetivo o por un deber funcional a la veracidad; MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., pp. 351 y ss., establece que la falsedad ideológica sólo puede cometerse por parte de aquellas personas que tengan obligación de declarar la verdad, lo que supone que sujetos activos lo serán generalmente los funcionarios públicos, mientras los particulares lo serán sólo en vía excepcional; MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 79; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 442, se refieren también a ese deber jurídico. En parecido sentido, cfr. MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 305, la falsedad ideológica se produce en los documentos que son expresión de la actividad registradora o certificadora del funcionario, para el que la Ley hace surgir el deber de consagrar en el documento la reproducción fiel y sincera de cuanto el documento es destinado a contener por su razón existencial jurídica.

⁵⁶⁹De tal opinión, RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 206 y ss, en que reconoce que la desviación del documento se verá teniendo en cuenta lo que la Ley diga que ha de determinar según los casos, que algunas veces será la verdad histórica y otras el título que faculta a alguien a rellenar un papel en blanco.

⁵⁷⁰Vid. LISZT/SCHIMDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 747, para quien el sentido de la falsa documentación -*Falschbeurkundung*- es la inveracidad del hecho documentado; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 210, para quien

La referencia a la veracidad del documento, lejos de aportar la concreción deseable en la criminalización de conductas falsarias, como ocurre con la autenticidad en la simulación de documento, supone un expediente que permite considerar típicas todas las mentiras escritas que un documento contenga, sobre todo aplicada a la indeterminada modalidad comisiva descrita en el núm. 4º del art. 302 CP. Por tal razón, el Tribunal Supremo, que parte de la consideración de que en estos casos se protege la veracidad, se ha visto abocado a restringir el tipo de la modalidad comisiva del “faltar a la verdad en la narración de los hechos”, intentando con ello impedir la solución absurda de considerar falsedad toda incorrección de contenido de un documento. Se ha acudido para ello a expedientes como la esencialidad del elemento del documento cuya veracidad resulta alterada⁵⁷¹, la trascendencia para el tráfico de tal alteración⁵⁷² o aquellos elementos sobre los que se extiende la fe pública del funcionario documentador⁵⁷³. Ahora bien,

dentro de los hechos falsarios en sentido amplio se incluye la declaración inveraz; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., vor § 267, nm. 4, establece que sólo se protege la veracidad en los documentos públicos y en determinados certificados médicos, § 348, nm. 1, donde se establece que se protege la veracidad en estos casos; en el mismo sentido, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., § 271, nm. 1; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., vor § 267, nm. 1; BLEI, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 317; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., § 348, nm. 1; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., § 271, nm. 1, § 348, nm. 1; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 369; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 166; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, p. 111; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 159, nm. 1; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 315, nm. 735; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 265, nm. 18; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., §§ 271 y 348, passim, sostiene que lo que se protege en el § 348 StGB es el deber de veracidad a que está sujeto el funcionario documentador, mientras el § 271, la falsa documentación mediata, no representa sólo una autoría mediata de una lesión de la fiabilidad de la Administración, sino la violación de un propio deber de veracidad del ciudadano por el uso de una especial forma de documentación; se refiere también al deber del funcionario, FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 3. Teil. Sonstige Urkundenstraftaten*, en JuS, 1994, p. 306.

⁵⁷¹Cfr., entre otras muchas SsTS, 5 febrero 1983 (RJ 731), 31 mayo 1984 (RJ 2708), 8 marzo 1985 (RJ 1601), 25 junio 1985 (RJ 3049), 21 marzo 1989 (RJ 2727), 6 abril 1990 (RJ 3718), 28 febrero 1991 (RJ 1567), 4 abril 1991 (2573), 27 junio 1991 (RJ 4832), 20 noviembre 1991 (RJ 8599), 18 marzo 1992 (RJ 2364), 31 marzo 1992 (RJ 2540), 23 octubre 1992 (RJ 8438), 3 diciembre 1992 (RJ 9914), 27 enero 1993 (RJ 195), 19 julio 1993 (RJ 6307); 18 marzo 1997 (RJ 1947), en que se afirma que elemento esencial de la falsedad ideológica es aquél cuya efectiva producción puede ser comprobada, que haya acontecido en una realidad temporalmente anterior, argumento utilizado para no inculpar la conducta de los constructores que venden pisos a unos clientes afirmando que estaban libres de cargas cuando sobre ellos pesaba una hipoteca.

⁵⁷²Vid. SsTS 4 febrero 1987 (RJ 1190), en que se afirma “que la *mutatio veritatis* varíe y cambie la esencia, sustancia o genuidad del documento, falsificado sobre extremos trascendentes, con modificación cierta de la eficacia que debe desarrollar dentro del tráfico jurídico”, 13 diciembre 1990 (RJ 9495), en que se absuelve por falsedad documental al particular que realiza escritura pública de hipoteca de un bien ya antes hipotecado manifestando estar libre de cargas con base en la intrascendencia para el tráfico jurídico de dicha declaración; 30 enero 1993 (RJ 335), donde se afirma que la mendacidad ha de producir un determinado efecto en el tráfico jurídico a que va destinado el documento; 18 septiembre 1993 (RJ 6773), 21 diciembre 1993 (RJ 9600); 8 junio 1998 (RJ 5155).

⁵⁷³Cfr. SsTS 15 julio 1989 (RJ 6253), que se refiere a los “extremos esenciales que el fedatario garantiza”, 21 junio 1991 (RJ 5034), en la que se advierte que la modalidad del núm. 4º del art. 302 CP de 1973 se refiere sólo a aspectos cubiertos por la fe pública de la escritura notarial; en el mismo sentido vid. SsTS 1 julio 1991 (RJ 5483), 10 febrero 1992 (RJ 1110), 1 febrero 1994 (RJ 1243), 12 mayo 1994 (RJ 3692); 18 noviembre 1996 (RJ 8255). Vid., ampliamente sobre la adecuación o no de la adopción de tales criterios por parte del

debe tenerse en cuenta que esta labor interpretativo-restrictiva llevada a cabo por la jurisprudencia se ha circunscrito a la posible comisión por el particular de la modalidad ahora prevista en el art. 390.1.4º CP, sin hacer excesivas consideraciones acerca de si el deber de veracidad del funcionario alcanza a todo el contenido del documento. Incluso en relación con las posibles inveracidades de las que los particulares puedan ser autores en los documentos públicos, las resoluciones del alto Tribunal no son unánimes. El criterio de la esencialidad del elemento afectado por la inveracidad es lo suficientemente amplio y flexible para que en determinadas sentencias se consideren típicos los mismos hechos para los que otras declaran la atipicidad⁵⁷⁴.

No obstante, las dificultades que entraña la utilización del concepto de veracidad como esencia de la tradicionalmente denominada falsedad ideológica no terminan aquí. En primer lugar, el recurso a la misma recuerda excesivamente a la postura doctrinal que se refirió a un supuesto derecho a la verdad, con su correlativo deber de veracidad, como bien jurídico protegido en la falsedad documental, y que tan criticado ha sido desde todos los frentes. En segundo lugar, deberá concretarse qué se entienda por veracidad, esto es, si la misma ha de concebirse como verdad ontológica, con lo que toda inexactitud presente en un documento conducirá inexorablemente a la tipicidad de la conducta, o bien como lo que se ha denominado veracidad documental o jurídica⁵⁷⁵. La primera de estas concepciones lleva a una amplitud ilimitada de la tipicidad, sobre todo tomando como referente la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.4º CP, lo que conduce necesariamente a una concepción de falsedad como lo opuesto a la verdad material, que es preciso limitar⁵⁷⁶. Si, para evitar la excesiva amplitud del

Tribunal Supremo, ECHANO BASALDÚA, *¿Falsedad ideológica de particular en escritura pública? (Revisión de la doctrina jurisprudencial)*, op. cit., pp. 254 y ss.

⁵⁷⁴No hay más que comparar, a modo de ejemplo, las SsTS 4 abril 1991 (RJ 2573) y 11 abril 1991 (RJ 2607), en la primera de ellas se condena por falsedad del art. 303 en relación con el 302.4 CP de 1973 a quien vende un piso mediante escritura pública de compraventa manifestando que estaba libre de cargas cuando no era así, mientras en la segunda se absuelve al particular que constituye escritura notarial de hipoteca añadiendo que la finca se hallaba libre de cargas cuando sobre ella pesaba una anotación preventiva de embargo.

⁵⁷⁵En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 240 y ss, para quien la esencia de tal concepción de la verdad hay que buscarla “en el seno de la relación que se entabla entre el documento y uno de los aspectos que comporta el bien jurídico protegido en la falsedad documental: su función como medio de prueba”; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 95; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 320; NÚÑEZ CASTAÑO, *La obtención fraudulenta de crédito*, op. cit., pp. 289-290. Hay que tener en cuenta que ya CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 826, manifiesta que la falta de veracidad constitutiva del núm. 4º del art. 302 CP de 1973 equivale a la discrepancia entre los hechos narrados en el documento y aquellos de los que, conforme a las normas pertinentes, debe dar cuenta el sujeto del respectivo documento, de forma que cuando esto se da no puede surgir esta modalidad comisiva por incumplimiento de los requisitos típicos.

⁵⁷⁶MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 35 y ss., manifiesta que el derecho a la verdad es una de las necesidades fundamentales que determina el deber social, como el derecho a la libertad, pero constituye el derecho base para la explicación de muchas condiciones de la actividad humana, aunque sólo se afirma la necesidad de sanción penal en aquellos casos en los que la actividad jurídica del Estado se hace mediante una particular función a la investigación de la verdad material. Fuera de ellos, cuando el derecho a la verdad se formula en su aspecto naturalístico o fenoménico, la violación de la verdad no da lugar a un ilícito penal. En el mismo sentido limitador, BETTIOL, *Ancora in tema di falsità ideologica*, en *Archivio Penale*, 1961, p. 249, establece que las normas de falsedad no tutelan una verdad filosófica, abstracta o formal, sino una verdad histórica, aquello que conforme a las necesidades de la vida haya de considerarse verdadero, aunque quizá no lo sea, de manera que no toda falsedad ontológica es falsedad jurídica. De no establecerse un

tipo, se acude a la veracidad subjetiva⁵⁷⁷, al modo en que ocurre en los delitos contra el honor, con la subjetivización de la verdad en la falsedad documental no sólo no se evita el recurso a la verdad⁵⁷⁸, sino que además el problema se traslada a la prueba. La segunda de las posibles interpretaciones -la de la veracidad jurídica-, a pesar de suponer un avance sustancial en orden a la limitación de la tipicidad, está viciada por la inicial falta de límites que las expresiones “verdad” o “veracidad” conllevan, en razón del ontologismo inherente a ellas.

Además, la mención a la veracidad lleva siempre aparejada la existencia de un deber de algún sujeto determinado de ser veraz, lo que puede conducir a la consideración de estas modalidades comisivas como delitos de deber - *Pflichtdelikte*-, bajo los que se esconde la ausencia de ataque a un bien jurídico; la inexistencia, por tanto, de antijuricidad material⁵⁷⁹.

Por tales razones, quizá lo más adecuado sea prescindir del término “veracidad”. Esto es, no partir de la verdad coonestándola con la función probatoria que el documento desempeña en el tráfico jurídico, sino considerar el mismo atentado a dicha función que este tipo de conductas suponen sin atender a si lo consignado en el documento se corresponde o no con un concepto ontológico o jurídico de veracidad. En puridad, prescindir del término no implica un cambio radical de planteamiento en relación con aquellos autores que lo identifican con la veracidad jurídica; sin embargo, con ello se evita el peligro de confusión con la acepción metafísica de verdad. En parecido sentido opera un sector mayoritario de la doctrina alemana, ayudado por la regulación de la falsedad ideológica que el StGB establece, que parte de que en los §§ 271 y 348 StGB se protegen únicamente los documentos públicos atendiendo al especial valor probatorio que ellos tienen para constatar que la razón de la protección de la veracidad se

límite, la falsedad ideológica, se convierte en lo contrapuesto a la verdad ontológica. Así, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 207 y ss., parte de la realidad objetiva limitada por el etéreo criterio de la esencialidad, lo que la lleva a incluir en el concepto supuestos de simulación civil.

⁵⁷⁷Acude a esta concepción de la veracidad, VINCIGUERRA, *Mendaci attestazioni del privato al notaio in un atto di compravendita immobiliare. Art. 483 c. p.?*, op. cit., pp. 445 y ss., para quien “la mentira penalmente relevante se configura no en una alteración de la verdad objetiva, sino en la veracidad subjetiva, es decir, de lo que el declarante tiene por verdadero”; esto es, según él, ya el elemento objetivo se caracteriza por un componente psicológico; argumento que utiliza para exonerar de responsabilidad penal al Notario que es inducido a error sobre la identidad de uno de los comparecientes en una escritura pública de compraventa. En parecido sentido, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1737, en que se refiere a la diferencia entre veracidad objetiva y subjetiva como problema principal de la falsedad ideológica, concluyendo que “la falsedad ideológica es aquella manifestación destinada a constar en un documento en la que quien la hace es consciente de que no se corresponde no ya con la verdad absoluta, que puede quedar lejos de la capacidad de cualquiera, sino con su propia consciencia y convicción sobre la realidad del hecho”. Dicha comprobación es de gran utilidad para afirmar la concurrencia del dolo propio del delito, pero no para determinar la tipicidad objetiva de la conducta.

⁵⁷⁸En este sentido ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 215, nm. 593, han dicho que se ha de hacer una interpretación objetiva y no subjetiva del contenido de la declaración documental, el contenido al que la fe pública se dirige ha de ser objetivamente determinado, puesto que la fe pública se refiere a la realidad y no a la percepción de la realidad del funcionario, de tal forma que si, por ejemplo, un Notario legaliza una copia creyendo que coincide con el original cuando no es así, comete el tipo del § 348 StGB, si bien habrá de verse si concurre el dolo.

⁵⁷⁹De esta opinión, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 160, nm. 2. Más ampliamente en relación con los delitos de infracción de deber vid. infra cap. III, apartados 1.1.1 y 1.1.3.

identifica con la de esa fuerza probatoria específica⁵⁸⁰. Lo que importa para que las conductas que mutan el contenido que el tenor de un documento debiera tener sean típicas no es tanto su desconexión con lo realmente ocurrido, cuanto la ausencia de consignación o la incorrección en la consignación de aquellos aspectos que según nuestro Ordenamiento Jurídico gozan de una especial relevancia probatoria en determinados tipos de documentos.

El objeto de comparación según el que pueda afirmarse la incorrección o no del contenido de una declaración no viene dado necesariamente por la verdad ontológica, sino por aquellos conceptos que según la legislación aplicable a cada tipo de documentación hayan de consignarse en el documento. De esta forma se evitan las inseguridades a que conduce la referencia a la esencialidad del elemento del contenido documental que resulte alterado, y que tanta arbitrariedad han producido en la doctrina del Tribunal Supremo. El modelo de comparación, tal como dijera CÓRDOBA⁵⁸¹, ha de buscarse en leyes extrapenales, las que se dirigen a la regulación de las distintas actividades documentadoras.

Ahora bien, la función probatoria a la que aquí se hace referencia no ha de entenderse en sentido lato. Si bien para que un escrito sea documento basta con que el mismo tenga aptitud probatoria, no es suficiente para que la alteración del contenido del documento sea penalmente relevante. No todos los documentos ni todo contenido de los documentos es susceptible de una acción falsaria de este tipo, pues si afirmáramos eso poco habríamos avanzado en la limitación de la tipicidad. Aquello que puede verse afectado en el contenido documental con efectos para el Derecho penal es lo que en el documento tenga una relevancia probatoria más elevada, frente a todos y no sólo entre las partes. Por mor del art. 1218 CC los documentos públicos hacen prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha contra terceros, aunque sólo hacen prueba inter partes de las declaraciones que en ellos hayan hecho los contratantes, lo mismo que los documentos privados reconocidos legalmente del art. 1225 CC⁵⁸². Serán pues estos dos elementos, el hecho en virtud del cual el documento emana y la fecha de emisión, aquellos susceptibles de ser alterados con la consideración de falsedad documental.

No obstante, el Código civil, como ya se dijo, está pensando exclusivamente en el documento notarial, concretamente en la escritura notarial, para caracterizar la fuerza probatoria del documento público⁵⁸³. Por tal razón, la concreción de qué

⁵⁸⁰Cfr. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 271, nms. 17, 18 y 21; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 369, para quien se protege la veracidad de los documentos públicos atendiendo a su específico valor probatorio procesal; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 18; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 318; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., § 348, nm. 4; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 189, según quien con la protección de la veracidad se quiere tutelar la confianza general en la especial fuerza probatoria de los documentos públicos; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 161, nms. 8 y 9; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 265, nm. 20.

⁵⁸¹Vid. CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 825 y ss.

⁵⁸²El art. 1225 CC reza “El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”.

⁵⁸³El art. 144.2 del Reglamento Notarial establece “contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases”. Cfr. también el art. 1216 CC que, al definir el documento público, se refiere expresamente a los “autorizados por un Notario”, o el art. 1217 CC, que reza “Los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial”. Al respecto, NUÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, op. cit., p. 419, en que afirma que el art. 1218 CC se refiere a toda clase de documentos públicos, pero “la historia elaboró su contenido por y para el

deba entenderse por “el hecho que motiva su otorgamiento” habrá de buscarse en la normativa sectorial, administrativa o civil, que regule cada tipo de documento concreto. Esto entendiendo que también respecto de la función probatoria opera aquel límite negativo civil o administrativo a que se hizo referencia con ocasión del estudio de los atentados a la función de garantía del documento. Es decir, todo aquello que sea plenamente eficaz en las distintas actividades documentadoras disciplinadas por otras ramas del Ordenamiento jurídico no puede conducir a la calificación penal de falsedad. Ello tiene especial relevancia en este ámbito, sobre todo atendiendo a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha subsumido en el art. 302.4 CP de 1973 conductas cuando la normativa sectorial aplicable al caso tiene por válidos los documentos así emitidos, o en ámbitos del contenido del documento no abrazados por esa eficacia probatoria superior⁵⁸⁴.

Que aquella parte del contenido de los documentos públicos a la que alcanza una mayor fuerza probatoria sea la única susceptible de mutación, traduciéndose, por tanto, en falsedad típica, casa perfectamente con que los funcionarios públicos sean los únicos autores “inmediatos” que el nuevo Código penal admite en el art. 390.1.4º CP. Es decir, que los depositarios de la función certificadora del Estado, aquellos cuya intervención convierte al documento en público u oficial⁵⁸⁵, sean los únicos que puedan “faltar a la verdad en la narración de los hechos”, se justifica por la mayor fuerza probatoria que a los documentos por ellos emanados se liga. La tipicidad no se produce en tales casos por la propia falta de verdad, sino por la documentación no conforme con el modelo que las distintas normas sectoriales fijan para los diferentes tipos de documentos, y sólo respecto de aquellos hechos que los funcionarios garantizan. Tal como lo demuestra el debate parlamentario del Código penal de 1995, la *voluntas legislatoris* parece excluir la posibilidad de que el particular pueda siquiera ser autor mediato de las falsedades previstas en el núm. 4º del art. 390 CP, atendiendo a la falta de remisión del art. 392 a este número⁵⁸⁶.

documento notarial”, aunque con su breve redacción se quisieran abarcar todos los documentos públicos. Sobre esta cuestión vid. supra cap. I, apartado 3.1.1.

⁵⁸⁴Vid. por ejemplo, SsTS 20 noviembre 1987 (RJ 8564), en que el Tribunal condena por falsedad del art. 302.4 en relación con el 303 CP de 1973 al particular que vende un piso en escritura pública manifestando estar libre de cargas, cuando existen dos anotaciones preventivas de embargo que él conocía; 2 febrero 1988 (RJ 843), en que se vende en escritura pública una finca como libre de cargas cuando existía una servidumbre oculta o no aparente, en que el Tribunal absuelve de falsedad documental del art. 302.4 en relación con el 303 CP de 1973 al vendedor al no concurrir el “dolo falsario” por el entendimiento usual de la palabra carga, aunque no niega la concurrencia del tipo objetivo. Sin embargo, tales hechos serían atípicos acogiendo la concepción aquí mantenida, siempre y cuando fuese el particular quien declarase la existencia o ausencia de cargas a que se halla sujeto el inmueble, no cuando sea el Notario quien lo declare habiendo pedido antes información al Registro de la Propiedad. Cfr. infra nota 679.

⁵⁸⁵Acerca de la conveniencia de mantener en el Código penal un concepto de documento oficial, distinto del público, cuando la actual LEC y el CC se refieren tan sólo a documentos públicos y privados, sin mencionar a los documentos oficiales, vid. supra cap. I, apartados 3.1.1 y 3.1.2. Cfr. asimismo ECHANO BASALDÚA, *Aproximación histórica al concepto de documento oficial (artículos 302 y 303 del Código penal)*, op. cit., p. 761, para quien “la dualidad documentos públicos-documentos oficiales responde, por tanto, a la clasificación de documentos vigente con anterioridad a la LEC de 1855 y tras ella carece ya de sentido”.

⁵⁸⁶Más ampliamente sobre esta cuestión y sobre los problemas que la misma pueda plantear vid. infra cap. III, apartado 1.1.3; ténganse también en cuenta las enmiendas presentadas al PrCP de 1994 por el Grupo parlamentario popular, concretamente la enmienda núm 421 en el Congreso y la núm. 641 en el Senado, dirigidas a refundir en un único número las falsedades ahora contenidas en los núms. 3º y 4º del art. 390 CP, con la finalidad de que los particulares pudieran ser sujetos activos del “faltar a la verdad en la

Sin embargo, la remisión operada por el art. 392 CP a las conductas recogidas en el art. 390 CP sí incluye la prevista en el número tercero de este precepto, esto es, el suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuir a las que lo han hecho declaraciones o manifestaciones diferentes de las efectuadas, cuyo estudio se efectúa a continuación.

A) Análisis de la modalidad comisiva prevista en el número 3º del art. 390.1 CP

Dicha conducta, al igual que la incluida en el núm. 4º del mismo artículo, se ha ubicado en este trabajo entre aquellas que afectan a la función probatoria del documento. Tal afirmación puede parecer contradictoria con la consideración de que las conductas en las que se altera tan sólo la función probatoria privilegiada de que gozan los documentos públicos u oficiales pueda conducir a la calificación de falsedad documental también cuando el sujeto activo es un particular. Ha de tenerse en cuenta que los particulares no pueden nunca, por principio, emitir documentos públicos u oficiales, porque no están investidos de fe pública ni son depositarios de la función certificadora del Estado. De tal forma, difícilmente los documentos que de ellos emanen tendrán la eficacia probatoria privilegiada cuya modificación da lugar a la falsedad documental.

Parece, pues, que con esta remisión el legislador estaría estableciendo una excepción inconciliable con el principio anteriormente establecido y difícilmente justificable con base en la caracterización de este tipo de falsedades aquí adoptado. Ahora bien, que la conducta prevista en el art. 390.1.3º CP afecte únicamente a la función probatoria del documento no está del todo claro. Puede afirmarse que en el suponer en un acto la intervención de personas que no han intervenido implica atribuirle a alguien una declaración que no ha efectuado. Del mismo modo, si se altera la declaración que una persona efectúa en un acto, también se le está atribuyendo una declaración distinta de la exteriorizada, desde el momento en que no la realizó en los mismos términos en los que en el documento se le imputa.

En la conducta prevista en el núm. 3º del art. 390 CP el legislador está pensando claramente en supuestos en los que una determinada persona recoge declaraciones efectuadas por otros ante él⁵⁸⁷: así, por ejemplo, los secretarios de órganos colegiados de cualquier clase, públicos o privados. Desde el momento en que el documentador imputa a los intervinientes declaraciones que no han efectuado, por no estar presentes en el acto o por haberlas hecho de distinta

narración de los hechos”, a lo que el senador CASAS CASAS contestó en el Senado que no era asumible “(...) por cuanto que un particular no puede cometer o no puede faltar a la verdad narrando hechos en un documento público como autor, porque quien interviene, quien da fe, quien redacta, quien actúa, en ese documento público ha de ser, necesariamente, un funcionario y no un particular. Es un delito especial, un delito de propia mano. El particular podría ser inductor, cooperador necesario, cómplice, etcétera”, cfr. Boletín oficial de las Cortes Generales, Senado, 26 de octubre de 1995, Serie A, núm. 94, p. 4857.

⁵⁸⁷En relación con la interpretación que haya de dársele al término “acto”, parece más adecuada la estricta, que lo identifica con la situación en que una persona con función documentadora haya de efectuar la descripción de un acto. No es, sin embargo, necesaria una descripción *tout court* del mismo, aunque sí se requiere que ese alguien tenga el cometido de documentar de forma más o menos sintética lo que otros le manifiestan. En distinto sentido, CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 822, quien desecha esta interpretación y considera bastante la conducta de quien se limita a fingir la intervención, sin necesidad de que tenga reconocida la función de documentar; en el mismo sentido que este autor, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 194-195.

manera, se afecta a la autenticidad de la declaración⁵⁸⁸. Esto es, el documento es auténtico siempre y cuando lo efectúa la persona que sea competente para hacerlo y con su propio nombre, con lo que no se afecta estrictamente a la función de garantía que el documento desempeña. Sin embargo, el escrito contiene declaraciones inauténticas, que no se corresponden a los sujetos que allí se manifiesta que las han realizado. En tales casos, autor aparente y autor real de la declaración coinciden, siempre y cuando se considere que el único emisor de la declaración lo sea quien documenta. El documento en sí es auténtico, pero no se corresponden con un autor real algunas de las declaraciones en él contenidas.

Partiendo de la naturaleza híbrida de tal conducta, que sin llegar afectar de forma absoluta a la función de garantía del documento, sí incluye declaraciones inauténticas, es de la única manera en que puede entenderse que la misma sea susceptible de comisión por los particulares documentadores de un determinado acto como autores inmediatos⁵⁸⁹. Es decir, aunque los documentos privados - incluyéndose en ellos a los mercantiles- no hagan prueba frente a terceros de quiénes han intervenido en un acto o negocio, cuya presencia se consigna en el documento, la inclusión en el documento de declaraciones que no se corresponden con las efectivamente realizadas en aquel evento acerca sustancialmente esta conducta a aquellas que afectan a la función de garantía tutelada en toda clase de documentos.

En definitiva, la pervivencia de esta específica modalidad comisiva sólo se explica para permitir que los particulares puedan cometerla. De no ser así, las conductas que aquí pueden incluirse bien habrían podido subsumirse en el núm. 4º

⁵⁸⁸La mayoría de la doctrina ha considerado que los hechos descritos en el art. 390.1.3º constituyen falsedades ideológicas. Cfr., entre otros, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 342-343; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 485; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 275 y 278; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial de Derecho penal*, op. cit., p. 329, implícitamente, cuando afirma que las acciones previstas en los núms. 2 a 8 del art. 302 CP de 1973 sólo pueden cometerse en un documento auténtico; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 347; GRANADOS PÉREZ, *Falsedad documental: nuevas perspectivas*, op. cit., p. 101; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 192; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 237; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 432 y ss. Sin embargo, ya algunos autores habían puesto de manifiesto el carácter híbrido de estas conductas, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 181, dice, en relación con el número 3 del art. 302 CP de 1973 -atribuyendo a las personas que hubieran intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho-, que aquí no es tan obvio el predominio de la protección de la veracidad como en la precedente forma comisiva; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1737, establece que la modalidad prevista en el art. 390.1.3º CP recoge aparentemente ingredientes de la falsedad ideológica y de la falsedad material, de modo que en ella pueden tener cabida “desde la creación de un documento completamente falso, lo que, en puridad, sería simulación de documento, a la transcripción torcitera de las declaraciones de alguna persona”, aunque admite que su naturaleza es más próxima a la falsedad ideológica si por ella se entiende una alteración consciente del hecho jurídico que se quiere probar plasmada en un documento formalmente correcto”.

⁵⁸⁹BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 3, establece al respecto que la protección de la función probatoria del documento establecida en el Código Civil explica claramente la inaplicabilidad del art. 390.1.3 CP a los casos en que el autor no sea un funcionario, pues el documento privado sólo puede suponer la intervención de una persona que no la ha tenido falsificando su firma, con lo que el hecho se subsume en el núm. 2º del art. 390.1 CP; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 18 y 26.

del art. 390 CP, cuando el sujeto activo sea un funcionario⁵⁹⁰. No obstante, la posibilidad de que los privados puedan ser autores inmediatos de esta acción falsaria no deja de ser contradictoria con la menor fuerza probatoria que los documentos privados tienen en relación con los públicos. Por tal razón, la interpretación que de ella se haga ha de tener carácter absolutamente restrictivo, reconduciéndose su aplicación solamente a aquellos casos en los que el privado documente declaraciones que otros emiten, análogos a aquellos en que los fedatarios públicos lo hacen respecto de las manifestaciones que otros les transmiten; así los secretarios que levantan acta de las juntas de accionistas en una sociedad anónima⁵⁹¹.

A pesar de ello, para los supuestos en que las personas cuyas declaraciones se escrituren hayan de firmar también al final del documento, no sería necesario acudir a esta modalidad comisiva si aquella firma se ha imitado. Cabría entonces aplicar la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.2º CP -la simulación parcial del documento-, que justamente aquí puede encontrar autonomía en relación con la simulación total. Tal interpretación podría reducir el ámbito de aplicabilidad del precepto cuando las firmas se hayan de estampar. En el caso de los particulares, su campo operativo puede limitarse aún más teniendo en cuenta que las actas de reuniones de asambleas o de otros órganos colegiados de una sociedad pueden constituir documentos que reflejen “la situación jurídica o económica de la entidad” a los efectos del art. 290 CP⁵⁹².

La acción descrita en el art. 390.2.3º CP refunde en un mismo número las antes contenidas en los núms. 2 y 3 art. 302 CP de 1973, que, a pesar de su estrecha conexión, son sustancialmente distintas, por lo que se procede a su estudio por separado.

⁵⁹⁰BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 1, advierte de la superposición de los números 2 y 4 del art. 302 CP de 1973, así como de la de los números 3 y 4 del art. 390.1 CP, ya que la presencia de una persona ausente en un acto es un hecho. En el mismo sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 89, 98 y 117, quien critica la superposición de conductas y el efecto perturbador que puede originar en la falsedad de documento privado.

⁵⁹¹Vid sobre esta cuestión arts. 93 y ss LSA, concretamente el art. 111, referido a la lista de asistentes y el art. 113, en relación con la aprobación del acta de la junta. Cfr. asimismo, arts. 97 y ss del Reglamento del Registro Mercantil. En especial el art. 97, referido al contenido del acta, cuyo nº 4 establece que ha de consignarse en el acta “en caso de Junta o Asamblea, el número de socios concurrentes con derecho a voto, indicando cuántos lo hacen personalmente y cuántos asisten por representación, así como el porcentaje de capital social que unos y otros representan” y “en caso de órganos colegiados de administración, se expresará el nombre de los miembros concurrentes, con indicación de los que asisten personalmente y de quienes lo hacen representados por otro miembro”. El art. 98, relativo a la lista de asistentes a las Juntas o Asambleas, cuyo pfo. 1º establece que “la lista de asistentes figurará al comienzo de la propia acta o se adjuntará a ella por medio de un anejo firmado por el Secretario, con el Visto Bueno del Presidente” y el art. 99, en relación con la aprobación del acta. Cfr. también el art. 26.1 Ccom., según el cual “las sociedades mercantiles llevarán también un libro o libros de actas en los que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que hayan solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones”.

⁵⁹²Sobre los documentos que pueden considerarse incluidos en este precepto vid. ampliamente FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, op. cit., pp. 374 y ss; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 105 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 56 y ss; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 102 y ss.

A.a) *Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido*

La acción consiste en fingir⁵⁹³ la participación en un acto de una persona que no ha intervenido, que no ha efectuado la declaración que se le imputa. Los casos en los que más usualmente se producirá tal actuación serán aquellos en que un fedatario público, que documenta las declaraciones ante él emitidas, incluya como autores de tales manifestaciones a personas que no las han realizado. Esto tanto puede ocurrir por hallarse estas personas ausentes en el acto o porque uno de los intervinientes suplante la identidad de otra persona⁵⁹⁴. Así, por ejemplo, el Corredor de Comercio que interviene un contrato de préstamo en el que una de las partes asume la identidad de otra⁵⁹⁵, lo que es distinto de que ese Corredor intervenga una póliza declarando que las partes han firmado ante él cuando no es así. Si las partes coinciden con los declarantes, coinciden con los que realmente dicen ser, no se está suponiendo la intervención de nadie que no lo haya hecho⁵⁹⁶. Salvo en los casos en que una de las firmas no sea auténtica y el Corredor haya incumplido su deber de asegurarse de la identidad de los intervinientes, no puede afirmarse la concurrencia de falsedad documental dolosa. Sostener lo contrario - admitir que siempre que el Corredor no esté presente en el acto de la intervención surge la falsedad documental- no es admisible, ya sea porque con ello se eleva a la condición de delito el incumplimiento de una determinada formalidad, ya sea porque, de no resultar falsa ninguna de las firmas, no se cumplen los requisitos de la conducta prevista en el art. 390.1.3º primer inciso CP.

⁵⁹³Para CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 817, suponer equivale a fingir; asimismo, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 193; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 433.

⁵⁹⁴En tal sentido CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 276, la acción incluye tanto la suposición de personas en sentido estricto, esto es, la suposición de persona que no ha intervenido, cuanto la sustitución de personas, o la indicación en el acto de otra persona distinta de la que realmente ha tomado parte.

⁵⁹⁵En este sentido vid. art. 89 Ccom., en que se reconoce que están investidos de fe pública los Corredores de Comercio Colegiados, además de a los Agentes de Cambio y Bolsa -que en virtud de la Disposición Adicional segunda de la Ley del Mercado de Valores se integran en el Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados-. También el art. 93 Ccom reconoce a los Agentes Colegiados el carácter de Notarios “en cuanto se refiere a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva”, además de establecer el art. 95.1º Ccom su obligación de “asegurarse de la identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyos negocios intervengan, y, en su caso, de la legitimidad de las firmas de los contratantes”. Vid. además sobre la función de fedatarios de los corredores de comercio, DOMINGO GONZÁLEZ, *La función notarial de los corredores de comercio colegiados*, op. cit., pp. 1 y ss, en que afirma la equiparación entre notarios y corredores como fedatarios públicos.

⁵⁹⁶En sentido contrario, STAMPA BRAUN, *Sobre la fe pública extrajudicial de los Corredores de Comercio y la falsedad documental ideológica*, en *La Ley*, Diario 3739, 1995, pp. 1 y ss, quien, criticando una Circular de régimen interno de la Junta Central de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio de 1969, según la cual poco menos que quedaba suprimida la necesidad de éstos de personarse en el acto de estampación personal de la firma en las pólizas, admite la incriminación en el art. 302.2 CP de 1973 del Corredor que manifiesta que las firmas se hicieron “con mi intervención” cuando eso no hubiere sido cierto. En el mismo sentido, vid. la STS, citada por este autor, de 4 de abril de 1990 (RJ 3167), en que se condena por falsedad imprudente al Corredor de Comercio que autorizó firmas estampadas en tres pólizas de crédito, que luego resultaron ser falsas, sin estar presente el Corredor en el momento de llevarse a cabo el acto de la intervención. En parecido sentido, vid. SsTS 14 diciembre 1990 (RJ 9511) y 21 enero 1994 (RJ 84).

Las falsedades de este tipo pueden producirse ante cualquier fedatario público, como ocurre en los casos paradigmáticos de los Notarios que autoricen una escritura pública que documente cualquier contrato, suponiendo la intervención de testigos de conocimiento⁵⁹⁷ que no han tomado parte en el hecho. Así también el supuesto en que el Secretario de una corporación local tenga por intervenido en el pleno a un determinado concejal que no haya tomado parte en la reunión⁵⁹⁸, o si en el acta que ha de levantar en la comparecencia previa de juicio de menor cuantía, el Secretario judicial tiene por personada a una de las partes cuando no haya sido así⁵⁹⁹. Dichas situaciones pueden hacerse extensivas al secretario de cualquier órgano administrativo⁶⁰⁰.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha mencionado, que esta conducta no sólo pueden cometerla quienes están investidos de fe pública, sino también aquellos que tienen la función de documentar declaraciones por otros emitidas y que, por tanto, son depositarios de lo que podría denominarse fe privada⁶⁰¹. Tal ejercicio anómalo de la fe no ha de extenderse hasta el punto de

⁵⁹⁷El art. 184 del Reglamento Notarial establece que “los testigos de conocimiento sólo tienen como misión identificar a los otorgantes a quienes no conozca directamente el Notario”, advirtiendo el art. 185 de este cuerpo legal que el Notario ha de dar fe de que conoce a los testigos de conocimiento. El TS, en sentencia 12 julio 1983 (RJ 4155) calificó conforme al art. 302.2 en relación con el 303 el caso en que en una escritura pública de constitución de hipoteca sobre el bien de una determinada persona, otra firmó en su lugar, concretamente, el marido de la mujer propietaria del bien hizo firmar a una empleada suplantando a la esposa; cfr. también STS 7 octubre 1986 (RJ 5566) en que se condena por el art. 302.2 en relación con el art. 303 a quien se hace pasar por la dueña de una finca, habiendo falsificado previamente el DNI, y la vende mediante escritura pública otorgada ante Notario.

⁵⁹⁸El art. 92.3.a) de la Ley de Bases de Régimen Local establece que la Secretaría es comprensiva de la fe pública y del asesoramiento legal preceptivo; vid., en el mismo sentido el art. 162.1.b) del Texto Refundido aprobado por RDL 781/1986, de 18 de abril. Cfr., asimismo, en relación con las actas, el art. 50 de dicho RDL, en virtud del cual “de cada sesión se extenderá acta por el Secretario de la Corporación o, en su caso, del órgano correspondiente, haciendo constar, como mínimo, la fecha y hora de comienzo y fin; los nombres del Presidente y demás asistentes; los asuntos tratados; el resultado de los votos emitidos y los acuerdos adoptados. En las sesiones plenarias deberán recogerse sucintamente las opiniones emitidas”.

⁵⁹⁹Vid. sobre esta cuestión arts. 692 y 693 LEC, según los que el acta, tanto si las partes llegan a un acuerdo como si no, ha de ir firmada por los intervinientes, el Juez y el Secretario. Cfr. también arts. 279 a 282 LOPJ, en que se regulan las funciones atribuidas a los secretarios y los distintos documentos que pueden emitir, concretamente el art. 281.1, por mor del que “el Secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales, correspondiéndole también la facultad de documentación en el ejercicio de sus funciones, ostentando el carácter de autoridad”, o el art. 473 LOPJ, en que se reconoce el ejercicio de la fe pública judicial por parte de estos funcionarios. Cfr. asimismo el art. 2 RD 429/1988, de 29 de abril, Reglamento Orgánico de los Secretarios Judiciales, en que se afirma “Los Secretarios judiciales, con el carácter de autoridad, ejercen con autonomía e independencia la fe pública judicial (...)”, así como el art. 6, en que se enumeran sus funciones como titulares de la fe pública judicial.

⁶⁰⁰El art. 25 de la Ley 30/92 establece que “los órganos colegiados tendrán un secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración pública correspondiente”. El mismo es el encargado de levantar acta de cada una de las sesiones que celebra el órgano, así como de la emisión de certificaciones sobre el contenido de las actas, en virtud de lo que establece el art. 27 de esta Ley.

⁶⁰¹En este sentido vid. SsTS 28 enero 1986 (RJ 193) en que se condena por falsedad documental a quien extiende acta correspondiente de una Reunión del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima donde se simula la intervención de consejeros que no la tuvieron; 29 noviembre 1993 (RJ 8898) en que se se condena por el art. 302.2 en relación con el 303 CP de 1973 a quien levanta acta de una Junta en una SL como si hubieran estado presentes todos los participacionistas sin ser cierto; el TS, sin embargo,

poder imputar al particular todas las inexactitudes que, documentadas por funcionario, conducirían a la aplicación de falsedad documental, conforme a los núms. 3 o 4 del art. 390 CP⁶⁰². Esto es, las inveracidades que el particular puede cometer son las que expresamente se enuncian en este número, sin extenderse en ningún caso a la veracidad de las declaraciones que se documentan, o a otros extremos, como la fecha del documento, de los que los documentos públicos hacen prueba frente a terceros. La extensión de la protección penal más allá de lo deseable desde el punto de vista de la tutela de la función probatoria del documento no puede llevar en ningún caso a equiparar a los particulares con los funcionarios.

Ya se ha manifestado como aquellos supuestos en los que los comparecientes hayan de firmar al final del documento pueden incardinarse en la simulación parcial de documento⁶⁰³. Con la firma, el declarante asume la paternidad de la declaración, cosa que no puede ocurrir si no la ha efectuado, lo que conduce a la existencia de una declaración inauténtica. La tipicidad de este delito puede limitarse aún más, por lo menos en relación con los casos donde el particular sea el sujeto activo y no se imiten las firmas de los intervinientes, con la exigencia de que la intervención de la persona supuesta sea necesaria en aquel concreto acto. Así, por ejemplo, si en una junta de accionistas de una sociedad anónima está efectivamente presente la porción de capital social suficiente para poder celebrar la reunión y para poder tomar los acuerdos en el documento referidos, la suposición en el acta de la concurrencia de otras personas, sin cuya presencia hubiese podido igualmente celebrarse el acto, no tiene porqué tener relevancia penal⁶⁰⁴. Cuestión distinta cuando de lo que se trate sea de la comparecencia de determinadas

absuelve de la falsedad del art. 302.2 en relación con el 303 CP de 1973, en sentencia 11 mayo 1994 (RJ 4401), a quien emite certificación de una junta de accionistas de una SA donde se afirma que estaba presente todo el capital social sin estarlo, en base a que falta el dolo falsario.

⁶⁰²En sentido contrario, STS 25 noviembre 1991 (RJ 8545), en que se condena por falsedad documental del art. 303 en relación con el 302.4 y 5 a tres socios de una sociedad que celebran una junta general extraordinaria y acuerdan disolver la sociedad afirmando no haber deuda alguna cuando debían treinta millones de pesetas.

⁶⁰³Sobre esta cuestión QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1373, afirma que la manera de producirse esta modalidad puede provocar la concurrencia, según él técnicamente irrelevante, de otras modalidades comisivas, como la firma al final del documento. Para BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302. CP*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 53, puede que en estos supuestos sea necesario imitar la firma de la persona cuya intervención se supone, con lo que ambas acciones, las previstas en los núms. 1 y 2 CP de 1973, constituyen una única falsedad documental; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 320-321, considera como aquí, que los supuestos en que la firma se suplante pueden incluirse en el art. 390.1.2º CP; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, op. cit., p. 794..

⁶⁰⁴CÓRDOBA, *Comentarios al Código Penal*, t. III, op. cit., p. 817, afirma, en este sentido, que el término "intervención" tiene el significado de "acción" o de "efecto de participar", lo que supone que el sujeto ha de tener una significativa presencia, criticando a la jurisprudencia en los casos en que el fingir una pura y simple presencia se haya considerado constitutivo de la modalidad comisiva del art. 302.2 CP de 1973, así en el de los testigos en un determinado proceso o de la notificada de la resolución de un Ayuntamiento. En relación con esta cuestión, ya QUINTANO, *La falsedad documental*, op. cit., p. 180, consideró que la falsedad era irrelevante por inocua cuando la intervención de ciertas personas no era necesaria para la validez del documento ni útil para su mejor prueba, como los casos de testigos superfluos, además de los precisos, en un documento notarial.

personas ante funcionarios públicos cuya intervención en el acto va justamente destinada a probar la identidad de aquellos concretos intervinientes⁶⁰⁵.

En esta modalidad típica, la intervención supuesta ha de ser, por el propio tenor del precepto, la de persona distinta de quien redacta el documento, la del compareciente o comparecientes ante quien documenta. Por tal razón, no se cometerá el delito cuando el documentador no esté presente en el acto, siempre y cuando se asegure, aunque sea en un momento posterior, de que la identificación de los intervinientes es correcta⁶⁰⁶. Otra cosa será que tal actuación sea penalmente relevante con base en el núm. 4º del art. 390 CP al consignarse en el documento una fecha distinta de aquella en la que el acto se efectuó, pero sólo cuando de documentos públicos se trate, pues sólo ellos hacen prueba frente a terceros de la fecha de emisión.

El que el tipo se refiera a la "intervención" de personas que no la han tenido, esto es, que en el documento se suponga una actuación positiva por parte del sujeto que no la ha realizado, no permite incluir aquí los casos inversos, aquellos en los que se omite la intervención de personas que sí han tomado parte en el acto⁶⁰⁷. Dicha conclusión no sólo se deduce del tenor del precepto, sino que además resulta del todo coherente con la no consideración de la destrucción u ocultación de documento como falsedad documental en nuestro Código penal. Es decir, en la ocultación de la intervención en un acto de uno de los intervinientes se produce una situación parecida a la ocultación de documento, pues, aunque dicha ocultación no alcance a todo el contenido documental, sí se refiere a una de las varias declaraciones que forman parte del mismo. Sin embargo, la omisión de la intervención podrá subsumirse en el núm. 4 del art. 390.1 CP cuando el sujeto activo sea un funcionario⁶⁰⁸; en el caso en que sea un particular, habrá de afirmarse su atipicidad como falsedad.

Por otra parte, el carácter híbrido de la forma comisiva analizada ha provocado que en la práctica forense se planteen en relación con la misma cuestiones a las que ya se aludió en la simulación de documento, tales como la posibilidad de que se tenga por intervenida a una persona inexistente o la del consentimiento de quien no interviene para que se lo tenga por presente.

Acerca de si se puede suponer en un acto la comparecencia de personas que no tienen existencia real, la doctrina no es unánime. Mientras para unos tal suposición no puede integrar el delito⁶⁰⁹, para otros sí cabe apreciar la comisión del

⁶⁰⁵El Notario, por ejemplo, da fe del conocimiento de los testigos de conocimiento cuando no pueda asegurarse de la identidad de los otorgantes. Sin embargo, ni la Ley ni el Reglamento Notarial dicen que haya de dar fe de la identidad de los testigos instrumentales. Vid., al respecto, arts. 184 a 186 del Reglamento Notarial.

⁶⁰⁶Esta argumentación sirve para descriminalizar la conducta de los Corredores de Comercio que intervienen pólizas en momento posterior afirmando que el contrato se ha efectuado en su presencia. En parecido sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 242, recurre a la adecuación social para excluir la tipicidad cuando un Secretario judicial da fe de ciertas diligencias ante las que no ha estado presente.

⁶⁰⁷En este sentido, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 342, quien cree que lo más correcto (sic) sería considerar estos casos incluidos en el art. 302.6 CP de 1973, en la alteración de documento; CÓRDOBA, *Comentarios al Código Penal*, t. III, op. cit., p. 818, ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1746; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 321; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 237; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 449.

⁶⁰⁸De esta opinión, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 321, quien considera que esta posibilidad "hace patente el desacierto del sistema casuista de la descripción legal"; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 522.

⁶⁰⁹De esta opinión, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 342; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t. II (parte especial)*, op. cit., p. 265, nota 2, en que admite que en estos supuestos quepa estafa, pero no falsedad; en el mismo sentido, PUIG PEÑA,

núm. 3º del art. 390 CP en dichos supuestos⁶¹⁰. Tampoco la jurisprudencia ha sido uniforme: si bien en los últimos años parece admitir casi sin fisuras la aplicación del precepto para estos supuestos⁶¹¹, en algún fallo ha exigido la existencia real⁶¹². La solución que haya de darse a estos casos será paralela a la propuesta en los de simulación de documento. Es decir, cuando se suponga la intervención de una persona inexistente, en tanto la figura contenida en el núm. 3º del art. 390 supone también una afectación a la autenticidad de una declaración contenida en un documento auténtico, habrá de tenerse en cuenta si la atribución de aquella declaración a un sujeto inexistente puede inducir a error sobre la autenticidad de la declaración por éste efectuada. No obstante, resultará difícil afirmar la atipicidad cuando el sujeto activo sea un funcionario público que emita un documento cuya fuerza probatoria reforzada se extienda a la identidad de los intervinientes. No debe olvidarse que aquí, junto a la función de garantía, se afecta esencialmente a la probatoria.

Íntimamente relacionada con esta cuestión está la de si es posible suponer solamente la intervención de personas físicas, o cabe también la de personas jurídicas o morales⁶¹³. Para pronunciarse sobre este supuesto, conviene tener en

Derecho penal. t. III. Parte especial. vol. 1º, op. cit., p. 214; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 819-820, para quien suponer en el acto la intervención de personas inexistentes tiene menor gravedad; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 236, establece que las personas han de tener existencia real, por lo menos el cargo que aparezcan representando ha de ser real, pues en caso contrario, el desconocimiento por parte de los destinatarios de los otorgantes imaginarios del documento no ha de inspirarles “la confianza o las expectativas que de un documento, en principio, se desprenden, en gran medida por el crédito de que gozan sus intervinientes”; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 198, para quien falta el efectivo o potencial perjuicio para el tráfico jurídico, al no verse tampoco afectada la veracidad del documento (sic).

⁶¹⁰Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 180 JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 485; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 277; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 CP*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 53, admite que pueda darse esta modalidad falsaria aun suponiendo la intervención de personas irreales cuando aparecen con absoluta fungibilidad, como ocurre en el caso de los testigos de un testamento; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 237; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial. II (2) Delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 779; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 321; GRANADOS PÉREZ, *Falsedad documental: nuevas perspectivas*, op. cit., p. 102; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 435.

⁶¹¹Cfr., a modo de ejemplo, SsTS 4 octubre 1992 (RJ 3863), 30 abril 1988 (RJ 2920), 2 diciembre 1989 (RJ 9376), 27 marzo 1990 (RJ 2635), 16 septiembre 1991 (RJ 6198), 3 noviembre 1994 (RJ 8393); 27 septiembre 1997 (RJ 6698).

⁶¹²Doctrina tradicional del Tribunal Supremo en relación con esta cuestión fue la exigencia de la existencia real de quienes toman parte en el acto. Sobre esta cuestión vid., entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 180; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, op. cit., p. 116. Constituye un reflejo de esta tradicional postura la STS 30 mayo 1985 (RJ 2566), según la cual el “suponer” del art. 302.2 CP de 1973 constituye una acción de fingimiento especial, el dar por supuesta la intervención de “personas de carácter físico y real” en un acto en que no la han tenido.

⁶¹³A favor de tal posibilidad, por todos, vid. MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 237; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 199. En el mismo sentido, la STS 19 septiembre 1997 (RJ 6925) condena por el art. 302.2 CP de 1973 en relación con el 303 del mismo cuerpo legal al asesor fiscal que efectúa declaraciones de impuestos que no se

cuenta que las personas jurídicas, a pesar de poder emitir declaraciones, no pueden “físicamente” intervenir en un acto. Esto es, pueden ser autores de una declaración en tanto que jurídicamente se les pueda imputar, aunque la misma se efectúe a través de los órganos que las representan, pero no pueden “personarse”, como tales, en un determinado lugar. De tal modo, cabrá que en un documento se suponga la intervención en el acto del “representante” de la persona jurídica, pero no de la persona jurídica misma⁶¹⁴. Esto con independencia de que el representante cuya participación se finge tenga o no efectivo poder de representación. Tanto si efectivamente puede actuar en nombre de la persona jurídica como si no, por el mero hecho de suponer su intervención cuando ésta no haya acontecido ya se está cumpliendo la acción descrita en el art. 390.1.3º CP. Si de lo que se trata es de que la persona física que efectivamente interviene se arroga un poder de representación de una entidad del que carece, habrá de tenerse en cuenta lo establecido al analizar los supuestos de representación abierta para determinar la inautenticidad de la declaración.

En relación con la suposición de la intervención de personas que consienten en que se las tenga por presentes, también tiene suma importancia la naturaleza mixta de esta modalidad comisiva. En tanto implica atentar contra la autenticidad de la declaración, que no del documento en sí, la misma no es inauténtica si la ha consentido el supuesto declarante. El consentimiento determina que la declaración contenida en el documento es imputable al sujeto que efectivamente la ha efectuado, aunque no estuviese presente en el momento en que la misma se documenta. Tal premisa ha de excluir necesariamente la tipicidad de estas conductas cuando de documentos mercantiles emitidos por particulares se trate⁶¹⁵. Sin embargo, resultará más difícil desterrar la relevancia penal de la conducta cuando el escribiente sea un fedatario público, cuya presencia haga “prueba” privilegiada de la intervención de determinadas personas en un “acto jurídico”. Pero aún en este último caso, la no afectación a la autenticidad de las declaraciones y la

adecúan a la realidad falsificando la firma de su representado y la participación de la empresa para ocultar su apropiación de fondos.

⁶¹⁴En este sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 818. En sentido contrario, CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 276; vid. también SsTS 30 mayo 1985 (RJ 2566), que sólo admite la suposición de la intervención de personas físicas; admiten, sin embargo, que la suposición se refiera tanto a persona física, como jurídica o moral las SsTS 14 mayo 1984 (RJ 2611), 10 diciembre 1989 (RJ 1545), sobre la base de que cuando el Código penal quiere referirse exclusivamente a uno de estos tipos de persona lo dice expresamente; en este último sentido SsTS 21 enero 1989 (RJ 64) y 19 diciembre 1989 (RJ 1545), en que se condena por el art. 302.2 en relación con el 303 CP de 1973 a quien acepta letras de cambio como representante de determinada empresa careciendo de tal categoría.

⁶¹⁵En este sentido, STS 23 febrero 1987 (RJ 1241) en que se absuelve de falsedad documental del art. 302.2 en relación con el 303 CP de 1973 a quien en el levantamiento de acta de una junta extraordinaria de una cooperativa manifiesta la intervención de personas que no la habían tenido, pero sin falsificarse sus firmas, con base en que el consentimiento de los no asistentes excluye la afectación al tráfico jurídico de dicha conducta. Se muestran partidarios de excluir la falsedad documental en estos casos: QUINTANO RIPOLLÉS, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 180, quien admite que solamente excluye la antijuridicidad o el dolo en los casos en los que se trate de personas de baja cultura, admitiendo que a lo más que puede llegarse es a la incriminación culposa por ignorancia o negligencia inexcusables; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 443; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1747, quien admite que entonces el documento no es falaz; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3675, entienden que el consentimiento determina la atipicidad de la conducta, por su inocuidad; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 321, considera, sin embargo, que no en todos los supuestos el Ordenamiento Jurídico admite tal posibilidad.

apelación al principio de intervención mínima pueden conducir a la irrelevancia penal de la actuación, incluso sin necesidad de acudir al polémico expediente de la adecuación social⁶¹⁶. Ciertamente, el Ordenamiento Jurídico, al disciplinar los distintos sectores de actividad en que un fedatario da cuenta de la intervención de determinadas personas en un acto, establece en ocasiones la necesidad de referirse a los ausentes⁶¹⁷. No obstante, la condena por falsedad en tales casos, siempre que en el documento se plasme la verdadera identidad del ausente y siempre que el documentador no le atribuya una declaración distinta a la que hubiese efectuado de estar presente, conduciría a la criminalización de una irregularidad procedimental, a una concepción, por tanto, excesivamente formalista de la falsedad.

Por último, en relación con este primer inciso del art. 390.1.3º CP, conviene hacer una específica mención de la doctrina del Tribunal Supremo, que pretende llamar la atención sobre la profusión y la inadecuación de los casos a los que se ha aplicado. Ya se advirtió que la criminalización de esta conducta está concebida para los casos en los que un documentador cualquiera, sea o no funcionario, escriba declaraciones emitidas por otros ante él. La posible inautenticidad no se refiere aquí al documento en sí, sino a alguna de las declaraciones en él contenidas. Pues bien, el Tribunal Supremo ha aplicado esta modalidad en muchos casos en los que la calificación correcta no hubiese sido ésta, sino la de simulación de documento -que en el CP de 1973 se incluía expresamente en el núm. 9 del art. 302, e implícitamente en el núm. 1º-⁶¹⁸. Tal práctica aparece claramente en los

⁶¹⁶Sobre el recurso a la adecuación social como criterio limitador de la tipicidad vid. GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 241; cfr. SsTS 20 abril 1987 (RJ 2582), que se refiere a este criterio para excluir la tipicidad de la falsedad ideológica en letras de cambio cuando se atribuyen a las personas que intervienen posiciones que no les pertenecen en el negocio subyacente o cuando la letra no cubre ninguna relación jurídica; 7 febrero 1994 (RJ 706) en que se absuelve de la falsedad del art. 302. 2 CP de 1973 a quien levanta un acta de expropiación en la que no interviene una persona, mientras en el acta levantada días más tarde se hace constar su intervención.

⁶¹⁷Art. 109.1 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), en virtud del cual “De cada sesión el secretario extenderá acta en la que habrá de constar: (...) d) Nombre y apellidos del presidente, de los miembros de la Corporación presentes, de los ausentes que se hubiesen excusado y de los que falten sin excusa”.

⁶¹⁸Cfr. SsTS 2 octubre 1969 (RJ 4661), según la cual “si los fingimientos de la firma verdadera por imitación encajan sin duda en la falsedad del núm. 1º, no por ello son atípicas las mutaciones de verdad en que se figuren firmas o intervención de personas, sin remedar o copiar, con cierta perfección, el signo personal ajeno, que afecten a la virtualidad del acto preconstituído, ya que indudablemente encajan en el núm. 2 del art. 302”; 4 octubre 1972 (RJ 3863), en que se califica conforme al art. 302.2 en relación con el 303 CP de 1973 el caso de imitación de la firma de una persona inexistente; 27 marzo 1982 (RJ 2029), en que se califica conforme a este número a la persona que imita firmas de clientes en giros postales; 27 junio 1983 (RJ 3591), en que un empresario crea un documento apócrifo de finiquito de unos empleados abusando de su firma en blanco; 26 septiembre 1983 (RJ 4578), firma del beneficiario falsa en un cheque de viaje; 26 noviembre 1984 (RJ 5993), en que un inspector médico firma un certificado a nombre de un superior suyo; 16 junio 1984 (RJ 3583), en que una empleada de banco falsifica la firma de personas imaginarias en boletines de reintegro de un banco; 25 mayo 1984 (RJ 2683), en que una persona, utilizando la firma en blanco de otra, escribe un contrato de cesión en su favor; 19 diciembre 1985 (RJ 6350), procurador que presenta ante el juzgado escritos imitando la firma del abogado correspondiente; 25 junio 1986 (RJ 3917) en que un funcionario público, para encubrir su malversación, confecciona un documento resguardo de una entidad bancaria; 18 septiembre 1986 (RJ 4679), en que el condenado realiza un exámen para la obtención del permiso de conducir firmando a nombre de otro; 13 febrero 1987 (RJ 1250), en que se falsifica la firma de una persona en la ficha de apertura de una cuenta bancaria; 30 abril 1988 (RJ 2920) en que se falsifica una certificación de antecedentes penales imitando la

casos en los que se falsifica la firma del acepto en una letra de cambio o un cheque, imitando la del librado -cuando se trata de letra de cambio⁶¹⁹- o la del librador en el cheque. Esto no tiene más importancia en los casos en los que se imite la firma de quien debía haber emitido el documento, pues la calificación conforme al núm. 3 o al 2 del art. 390 CP no implica en modo alguno una distinta

firma del jefe de la sección; 14 marzo 1988 (RJ 2001) para la falsificación de la firma del titular de la cuenta en un talón; 28 abril 1989 (RJ 3559) en que un profesor de autoescuela imita firmas de sus alumnos en documentos de la Jefatura General de Tráfico; 3 julio 1989 (6016) en que se falsifica una denuncia policial de robo utilizando un impreso oficial con el sello de la comisaría; 21 abril 1989 (RJ 3481) en que se afirma que poner la firma de otro en un talón sin imitarla es falsedad del número 2 del art. 302 CP de 1973; 28 marzo 1990 (RJ 2637) en que un funcionario de juzgado falsifica la firma del responsable en una diligencia de notificación; 30 abril 1990 (RJ 3396) en que se crea un certificado médico apócrifo; 20 abril 1990 (RJ 3282) en que se crea una receta falsa imitando la firma del médico; 18 diciembre 1990 (RJ 9562) para la falsificación de la firma en una carta de porte; 15 julio 1991 (RJ 5931) abrir dos cuentas corrientes a nombre de personas inexistentes imitando las supuestas firmas de los mismos; 19 mayo 1992 (RJ 4178) utilizar la firma de su esposa para redactar un documento que lo apodera para disponer de sus bienes; 13 marzo 1992 (RJ 2089) en la falsificación de recetas expedidas por un médico inexistente; 19 octubre 1992 (RJ 8350) abrir cuenta en entidad bancaria a nombre de persona distinta, imitando su firma; 15 julio 1992 (RJ 6377) para la confección de una póliza de seguro a todo riesgo falsa; 3 diciembre 1992 (RJ 9914) falsificación de recetas; 25 enero 1993 (165) en el caso del empleado de un banco que envía una carta a un cliente falsificando la firma del apoderado; 22 marzo 1993 (RJ 2430) falsificar la firma del médico en una receta; 8 marzo 1993 (RJ 2372) en el caso de un administrativo de una sociedad que se apodera de talones firmados en blanco por los apoderados rellenándolos; 26 octubre 1993 (RJ 7961) al falsificar las firmas del librador y del acepto en una letra de cambio; 17 mayo 1994 (RJ 3922) en el supuesto en que un administrativo de un Ayuntamiento utiliza firmas de unos vecinos para efectuar una determinada petición; 3 marzo 1994 (RJ 1768) para el caso del empleado de una entidad bancaria que abre libretas sin comunicarlo a la entidad y falsificando la firma del apoderado; 10 octubre 1994 (RJ 7888) apertura de cuenta corriente a nombre de otra persona y falsificando su firma; 2 noviembre 1994 (RJ 8393) para la confección de recibos a nombre de personas inexistentes cuya firma se falsifica; 2 marzo 1995 (RJ 1787) en el caso de quienes falsifican la firma de otra persona en el "recibi" de varios cheques; 6 noviembre 1995 (RJ 8729) en el supuesto en que un director de sucursal bancaria realiza dos pólizas de crédito incluyendo como avalistas a dos personas que no tenían conocimiento de las mismas y falsificando sus firmas; 26 abril 1996 (RJ 2999) en que un empleado de banco libra cheques imitando las firmas de diversos titulares de cuentas corrientes de la entidad para retirar fondos; 2 febrero 1996 (RJ 827) personas que falsifican impresos para justificar el pago con aposición del sello legítimo de una entidad bancaria que habían conseguido; 15 febrero 1996 (RJ 876) falsificar firma en cheque bancario; 24 enero 1997 (RJ 469) Secretario de Ayuntamiento que emite una carta de pago firmando como tal y suplantando la firma del depositario; 27 abril 1997 (RJ 3374) imitación de firmas de personas que no habían intervenido en la emisión de documentos para demostrar que determinadas máquinas recreativas habían estado ya en los locales a que se vendían cuando no era así; 5 mayo 1997 (RJ 3627) director de sucursal bancaria que, para apropiarse de fondos de la entidad, dispone la cancelación de depósitos de determinados clientes; 4 junio 1997 (RJ 5239) Alcalde que imita la firma de otra persona en un mandamiento de pago, en que el Tribunal aclara que podría inculparse la conducta con base en el art. 302.1 CP de 1973, pero también en el núm. 2 del mismo precepto, al atribuirse la intervención en el acto de una persona que no la ha tenido; 12 junio 1997 (4891) suplantación de firmas en aceptos de letras de cambio; 20 noviembre 1997 (RJ 8233) para la falsificación de contratos bancarios en los que el director de la sucursal simula la firma del interventor; 6 marzo 1998 (RJ 774) también en un supuesto de libramiento de letras de cambio con supuestos librados y aceptantes falsificando sus firmas.

⁶¹⁹El acepto de la letra de cambio puede considerarse documento en sí mismo, aunque sea dependiente de la emisión de la letra. Por ello, falsificar la firma del aceptante será simulación de documento.

penalidad para el sujeto activo⁶²⁰. Sin embargo, sí tiene gran importancia en los supuestos en que el presunto autor de la falsedad firma con su propio nombre, sin imitar la firma de nadie, en que también el Tribunal Supremo ha condenado por falsedad con base en el núm. 2 del art. 302 CP de 1973⁶²¹.

En estos últimos supuestos, la interpretación extensiva que del núm. 2 del art. 302 CP de 1973 ha mantenido el Tribunal Supremo, no limitada a los casos en los que un documentador recoja declaraciones emitidas por otros ante él, puede contribuir a criminalizar conductas que, de otro modo, no tendrían relevancia como falsedades. Esto es, cuando la declaración única contenida en un documento se atribuye a una persona distinta de quien la ha efectuado, la calificación correcta de la conducta es la de simulación de documento. Ahora bien, el Código penal requiere expresamente en la simulación la capacidad para “inducir a error” sobre la autenticidad del documento. Cuando alguien distinto del librado firma el acepto de la letra o cuando alguien distinto del titular de la cuenta corriente firma un cheque con su propia firma, aquella inducción a error puede aparecer, pues de la legislación mercantil aplicable se deduce que aceptante de la letra puede serlo sólo el librado y librador del cheque ha de serlo necesariamente el titular de la cuenta con cargo a la cual se emite el título⁶²². Pero, por esta vía, pueden también subsumirse en las falsedades documentales supuestos en los que es más dudosa la capacidad para inducir a error sobre la autenticidad necesaria para que el documento se considere simulado; así aquellos en los que se emiten letras contra librados imaginarios, aún sin aceptar y que son llevadas al descuento, además de otros muchos supuestos en los que el Tribunal Supremo ha recurrido a la aplicación de este número obviando los requisitos precisos para que pueda hablarse de simulación documental⁶²³.

Lo que se pretende poner de manifiesto con estas observaciones es que la exégesis ampliatoria de esta modalidad comisiva operada por la jurisprudencia puede convertir en un espejismo la destipificación de las falsedades ideológicas cometidas por particular en el nuevo Código penal. No cabe duda de que cuando se

⁶²⁰Ha de tenerse en cuenta que, aún en el supuesto en que la conducta se califique conforme a varios de los números previstos en este artículo, su naturaleza de tipo mixto alternativo impide admitir que nos encontremos ante un concurso ideal de delitos.

⁶²¹Cfr. SsTS 27 julio 1987 (RJ 5606), para quien firma con su propio nombre en el acepto de una letra de cambio cuyo librador era el padre; 10 marzo 1988 (RJ 2031) en un supuesto muy similar al anterior; 11 diciembre 1989 (RJ 9515) en el caso en que se firme con la propia firma un cheque en cargo a una cuenta de la que no se puede disponer; 11 diciembre 1989 (RJ 9520), en el acepto de letra de cambio por persona distinta del librado; 6 julio 1989 (RJ 6101) en el caso en que se incluye un acepto ilegible en una letra de cambio; 17 septiembre 1990 (RJ 7162) en el que se libra un cheque por persona que no puede disponer de la cuenta corriente, pero sin imitar la firma del titular.

⁶²²Cfr. arts. 25-34 y 108 LCCH.

⁶²³Cfr., a modo de ejemplo, STS 2 diciembre 1989 (RJ 9376), en que se condena por el art. 302.2 en relación con el 303 CP de 1973 a quien libra letras de cambio giradas a clientes inexistentes. Vid. también SsTS 20 enero 1986 (RJ 155) en que se dice que si no puede aplicarse el art. 302.1 CP de 1973, por no constar la identidad de la persona que imitó la firma, siempre podría aplicarse el núm. 2º de dicho artículo; 28 octubre 1986 (RJ 5755) en que se afirma que esta modalidad falsaria es una falsedad ideológica o intelectual “que no depende de la autoría del art. 302.1 CP, pues se consuma cuando a quien le conste la falsedad de un documento lo entrega a otra persona para que lo use en su provecho”; 14 noviembre 1991 (RJ 8133), en que se condena por el art. 302.2 y 4 en relación con el art. 303 CP de 1973 a un integrante de una empresa que se hace pasar por ganadero, se atribuye, por tanto, una condición que no posee, para obtener del SENPA una venta de maíz a bajo precio; 18 octubre 1994 (RJ 8206), en que se califica por los arts. 302.2 y 4 CP de 1973 la emisión de facturas que no obedecen a operaciones reales, que son solicitadas por un funcionario de la Dependencia General de Aduanas e Impuestos que inspecciona una empresa para tapar las irregularidades que ha descubierto en la contabilidad.

atribuye a una persona una declaración que no ha efectuado se la supone intervenida en un acto, aquel en el que consiste la propia emisión del documento. No obstante, tal modalidad comisiva no está pensada para estos casos, para los que ya existe la simulación. Ni siquiera para aquellos en los que se escrituran varias declaraciones efectuadas, por decirlo de alguna forma, en pie de igualdad - como puede ser un contrato privado celebrado entre dos partes-, sino para aquellos en que hay una declaración, la de quien documenta, que manifiesta escriturar declaraciones que otros efectúan⁶²⁴. Fuera de este último supuesto la previsión específica del “suponer en un acto la intervención de personas que no han intervenido” resultará siempre superflua, pues las otras conductas podrían perfectamente subsumirse en el art. 390.1.2º CP cuando “se induzca a error sobre la autenticidad”. Por tal razón, esta modalidad comisiva no puede sacarse de contexto; no puede constituir justificación para incriminar por vía indirecta conductas de particulares que el legislador ha pretendido destipificar. Tan sólo respecto de los documentos emitidos por secretarios de sociedades mercantiles en que se plasmen las deliberaciones de órganos colegiados que las conforman, u otros semejantes a los mismos, cabe aplicar este tipo, pues dichos documentos suelen tener acceso directo al Registro mercantil⁶²⁵.

A.b) Atribuir a las personas que han intervenido en el acto declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho

La modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.3º CP, segundo inciso, es complementaria de la descrita en la primera parte de este número. La situación en la que la acción falsaria se produce es la misma. La individualización de la situación descrita en el apartado precedente, aquella en la que un documentador recoge manifestaciones que otros realizan ante él, fue ya admitida por parte de la doctrina en relación con el art. 302.3º CP de 1973⁶²⁶, reforzándose, por tanto, dicha identidad estructural con la inclusión de ambas modalidades en un mismo número del art. 390 CP. Por tal razón, gran parte de las consideraciones hechas en el apartado anterior habrán de darse por reproducidas aquí.

⁶²⁴En diferente sentido, CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 820-823, en cuya opinión, cumple el tipo del 302.2 CP de 1997 quien pone el nombre y apellidos en una letra de cambio -considera que es intervención en el “acto mercantil”-, no cuando se pone el nombre y apellidos en un documento emanado exclusivamente por el sujeto. Sin embargo, no tiene en cuenta que las distintas declaraciones incluidas en una letra de cambio pueden concebirse como documentos autónomos cada una de ellas, pues ni siquiera es necesario que se produzcan en un mismo momento en el tiempo, ya que la letra puede aceptarse, endosarse o avalarse en un momento posterior al de su libramiento.

⁶²⁵Vid. arts. 97 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil.

⁶²⁶CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 823, establece que para la concurrencia del núm. 3 art. 302 CP de 1973 son necesarios dos requisitos: a) que exista una persona que haya intervenido en el acto al que en el núm. 2 del art. 302 CP de 1973 hace referencia; b) que dicha persona haya efectuado en él indicado acto declaraciones o manifestaciones. Más explícitamente para lo que aquí interesa, ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 237, establece como presupuestos de esta acción: 1- la existencia de un acto que conste documentalmente, 2- en el que haya intervenido cuando menos una persona distinta del funcionario, 3- que esa persona haya formulado manifestaciones o declaraciones, 4- que el funcionario las altere, 5- que la alteración grave sobre puntos esenciales y que varíe, sustancialmente, el sentido del documento. BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 53, sostiene que “los supuestos más notables son aquellos en los que los funcionarios públicos que tienen, como depositarios de la fe pública judicial o extrajudicial, la función de documentar las declaraciones realizadas ante ellos”.

La diferencia entre ésta y la conducta analizada más arriba radica en la atribución, por parte del documentador, de declaraciones distintas a los restantes intervinientes en el acto⁶²⁷ a las ante él efectuadas. Esto independientemente de que las mismas coincidan o no con la realidad objetiva, pues, en efecto, las distintas disposiciones dedicadas a regular estas situaciones suelen referirse a que el documento hará prueba de lo que el documentador vea y oiga, pero no de aquello que no sea accesible a sus sentidos⁶²⁸. Como en el caso de suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, también aquí, si bien no se afecta primordialmente a la función de garantía que el documento desempeña, sí se documenta una declaración inauténtica, pues no coincide con el contenido que le ha dado quien la ha emitido.

No importa, por tanto, que el contenido de la declaración coincida o no con la verdad objetiva, puesto que la fuerza probatoria frente a terceros de los instrumentos autorizados por fedatario público no alcanza al contenido de la declaración, sino al hecho de su emisión⁶²⁹. En relación con ello surge la cuestión de si, en el caso en que al fedatario le conste la inveracidad de la declaración, será típico el hecho de adecuarla a la verdad. Para quienes lo fundamental en esta modalidad delictiva es la protección de la veracidad objetiva o absoluta, habrá de

⁶²⁷Ha de interpretarse, cuando el art. 390.1.3º, segundo inciso, reza “a las que han intervenido en él” que está aludiendo al acto inmediatamente antes referido. Se trata tan sólo de evitar una reiteración. La palabra acto deberá tener, por consiguiente, el mismo significado en ambos casos. Es de la misma opinión, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 321, para quien la diferencia con la modalidad anterior radica en el objeto de la documentación, que aquí no es ya la intervención, sino las declaraciones o manifestaciones realizadas por los intervinientes.

⁶²⁸Sobre esta cuestión, como muestra, el art. 1 del Reglamento Notarial establece, en su pfo. 3 “Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por los sentidos, b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.”; en el art. 97 del Reglamento del Registro Mercantil se establece que en las actas de las Juntas o Asambleas han de constar, entre otras, estas circunstancias 5ª “un resumen de los asuntos debatidos y de las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, 6ª “el contenido de los acuerdos adoptados. Cuando este tipo de actas las efectúe un notario, generalmente a petición de una determinada parte de los socios, dará fe, entre otras circunstancias, según el art. 102 Reglamento del Registro Mercantil, 2º “De la declaración del presidente de estar válidamente constituida la junta y el número de socios con derecho a voto que concurren personalmente o representados y de su participación en el capital social”, 3º “de que no se han formulado por los socios reservas o protestas sobre las anteriores manifestaciones del Presidente y, en caso contrario, del contenido de las formuladas, con indicación de su autor”, 4º “De las propuestas sometidas a votación y de los acuerdos adoptados, con transcripción literal de unas y otros, así como de la declaración del Presidente de la junta sobre los resultados de las votaciones, con indicación de las manifestaciones relativas al mismo cuya constancia en acta se hubiera solicitado; 5º “De las manifestaciones de oposición a los acuerdos y otras intervenciones cuando así se solicite, consignando el hecho de la manifestación, la identificación del autor y el sentido general de aquella o su tenor literal si se entregase al notario texto escrito, que quedará unido a la matriz”. El art. 109.1 ROF, en relación con los secretarios de corporaciones locales, establece que en las actas han de constar: letra g) “asuntos que examinen, opiniones sintetizadas de los grupos o miembros de la corporación que hubiesen intervenido en las deliberaciones e incidencias de éstas”.

⁶²⁹En tal sentido, BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 3, quien pone de manifiesto la necesidad de distinguir el hecho de la declaración y la verdad de lo declarado; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3678. Cfr. asimismo SsTS 3 mayo 1996 (RJ 3798); 24 febrero 1997 (RJ 1373); 13 junio 1997 (RJ 4895).

afirmarse la atipicidad de la conducta⁶³⁰. Según otra opinión, la tipicidad depende de que los comparecientes consientan en esa modificación⁶³¹, aunque difícilmente se iniciará un proceso por falsedad documental en este caso. En coherencia con la opinión aquí mantenida, lo más adecuado es sostener la tipicidad de la conducta, pues se afecta tanto a la autenticidad de la declaración como a la función probatoria del documento. No cabe excluir pues la atipicidad por la ausencia de afección a la función probatoria o de garantía del documento. Ahora bien, en orden a determinar la relevancia penal de la conducta han de tenerse en cuenta dos cuestiones: la primera es que la doctrina mayoritariamente exige que el cambio afecte a un elemento esencial de la declaración, que mute el sentido de la misma⁶³². No puede efectuarse una interpretación formalista de este precepto. En algunas de las normas que disciplinan la escrituración de declaraciones que otros manifiestan se dice expresamente que se recoja un extracto, no la declaración íntegra⁶³³, mientras en otras se habla de la función de interpretación de la voluntad de los comparecientes que han de efectuar los fedatarios⁶³⁴, lo que en puridad también supondrían alteraciones de la manifestación emitida. En estos supuestos ha de excluirse necesariamente la tipicidad, dado que, de no hacerlo, los fedatarios podrían verse ante la tesitura de sufrir una condena por falsedad documental o una corrección disciplinaria si no cumplen con los deberes de su cargo. La segunda cuestión a tener presente es que, aun cuando la modificación sea sustancial -lo que implica la concurrencia del tipo objetivo-, podría excluirse la falsedad por ausencia de dolo o de conocimiento de la antijuricidad según los casos, incluso podría plantearse la exclusión de la antijuricidad en aplicación de la eximente de obrar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Debe advertirse, sin embargo, que no se plantea la concurrencia del tipo cuando los intervinientes consientan en la adecuación a la verdad objetiva de su declaración. Si el consentimiento se presta en el mismo momento en que se escrituran las declaraciones, el documentador que las adecúa a la verdad no constata nada distinto de lo que ha acontecido ante él. Esto es, el declarante que consiente en el cambio de su declaración esta "declarando" lo que finalmente se documenta. De esta manera no se le imputa una declaración distinta de la prestada. Por contra, cuando la modificación es posterior

⁶³⁰Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 182, que considera que en este tipo prima la protección de la veracidad sobre la de la genuinidad; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 279; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3676. En sentido contrario, CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 824, que sostiene su tipicidad; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. II, op. cit., p. 795..

⁶³¹ORTS, *Comentarios al Código Penal de 1995*, op. cit., p. 1747, quien admite que cuando se hizo con el consentimiento del manifestante sólo se produce la subsanación de un lapsus, aunque admite la exclusión del delito por la vía del art. 14 CP en el caso en que el funcionario incurra en error; en el mismo sentido FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 202 y ss.

⁶³²Cfr., entre otros, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 342, quien se refiere a la diferencia entre afectar a la sustancia de la declaración y lo que es accidente, es decir, lo que no puede originar consecuencias de alcance jurídico; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 823; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 279; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, op. cit., p. 117; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., p. 524.

⁶³³Vid. disposiciones citadas supra nota 628.

⁶³⁴Así en el art. 147 Reglamento Notarial, en especial el pfo.1º, por mor del cual "El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al Ordenamiento Jurídico, e informará a aquellos del valor y alcance de su redacción".

a la escrituración de las declaraciones, no puede plantearse la concurrencia de esta modalidad comisiva; nos hallaremos entonces ante una alteración documental en que se afecta esencialmente a la función de perpetuación del documento.

El emitente puede hacer su manifestación de forma escrita o bien oral⁶³⁵; piénsese, por ejemplo, en las declaraciones realizadas en la reunión de un órgano colegiado, que en la mayoría de las ocasiones serán orales, o en aquellos casos en que las escrituras públicas otorgadas ante Notario se hacen mediante minuta, en que la manifestación se presenta por escrito⁶³⁶.

Tal como se afirmó para el primer inciso del art. 390.1.3º CP, en que no se admitía la tipicidad de la omisión de personas que sí habían tomado parte en el acto, un sector doctrinal se pronuncia expresamente acerca de la inconveniencia de considerar cumplida la modalidad que ahora se comenta cuando se omiten pasajes de la declaración realizada ante fedatario⁶³⁷. Sin embargo, esta exclusión no se justifica teniendo en cuenta el tenor del precepto. Aquí se habla de atribuir “declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho”. La divergencia entre la declaración efectivamente emitida y la escriturada puede acontecer bien porque se añadan cuestiones trascendentes a la declaración hecha⁶³⁸, bien porque se sustituyan pasajes⁶³⁹ o por omisión de partes de aquella declaración⁶⁴⁰. Para que esta tercera posibilidad sea típica no es necesario examinar si la falsedad documental es susceptible de cometerse por omisión, pues la omisión de una parte relevante de la declaración, que mude el sentido jurídico de la misma, o que sea susceptible de alterar sus efectos jurídicos es típica sin más, cumple con la descripción típica de la acción y supone la vulneración de una norma prohibitiva. Otra cosa será que se omita la mención a la totalidad de la declaración, en tal caso se silenciará generalmente la misma participación en el acto de la persona cuya manifestación no se consigna en el documento, lo que no es típico conforme al primer inciso del núm. 3º del art. 390.1 CP⁶⁴¹, pero sí puede suponer faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Para finalizar con el análisis de esta modalidad, tan sólo hacer mención a la doctrina del Tribunal Supremo, que ha subsumido conductas falsarias en el núm. 3º del art. 302 CP de 1973 con mucha menor profusión que en el núm. 2; aunque las ocasiones en que lo ha hecho tampoco se corresponden siempre con aquellas para las cuales la introducción de esta acción en el texto punitivo se ideó. Así, por ejemplo, en la creación de un contrato de arrendamiento en que aparece como arrendador el que fuera propietario antes de vender la finca, después de haberse transmitido la propiedad del inmueble, con el consiguiente perjuicio para los nuevos

⁶³⁵En este sentido CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 823.

⁶³⁶El art. 147, pfo. 4º, Ley Notarial establece que “En el texto del documento, el Notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación”.

⁶³⁷Vid. CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 823; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 279; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 201.

⁶³⁸El Notario autorizante del testamento público introduce una determinada condición para que el heredero pueda adquirir la herencia cuando el causante no la había formulado.

⁶³⁹Por ejemplo, en el supuesto en que el fedatario, cuando las partes le han dicho que querían celebrar una compraventa, escritura una donación.

⁶⁴⁰El autorizante no se refiere a la manifestación, realizada por la parte vendedora al otorgar una escritura pública de compraventa, que no era propietaria única del objeto de la venta, sino copropietaria junto con un pariente, por lo que sólo podía enajenar su parte del inmueble objeto de venta, al carecer de poder para disponer por el otro condómino.

⁶⁴¹En tales casos habrá de plantearse la posibilidad de comisión del art. 390.1.4º CP.

propietarios⁶⁴², o en un caso en que el empresario abusa de la firma en blanco de algunos de sus trabajadores para confeccionar documentos de liquidación de finiquito⁶⁴³. Con ello, al igual que se indicó en el apartado antecedente, de un lado, el Tribunal Supremo califica conforme a esta modalidad acciones que tendrían mejor acomodo en la simulación documental; de otro, la aplicación del precepto para situaciones diferentes de aquellas a las que su incriminación obedece genera el peligro de que las falsedades ideológicas continúen siendo generalmente comisibles por particular⁶⁴⁴.

B) Faltar a la verdad en la narración de los hechos

La modalidad prevista en el núm. 4º del art. 390 CP es la que más claramente afecta de manera exclusiva a la función probatoria que el documento desempeña en el tráfico jurídico. La ausencia de límites legales en la descripción de la conducta típica resulta absolutamente criticable⁶⁴⁵. Con la tipificación inalterada de esta modalidad el legislador de 1995 ha perdido una ocasión difícilmente repetible a corto plazo de fijar de una vez los concretos términos en que la contrariedad a la verdad puedan generar la incriminación de una conducta como falsaria documental⁶⁴⁶. Dada, por tanto, la ausencia de criterios normativo-penales

⁶⁴²STS 26 septiembre 1983 (RJ 4580), en que la conducta se califica por el art. 306 en relación con el 302, 1, 2, 3, 4, y 9 CP de 1973.

⁶⁴³STS 14 marzo 1985 (RJ 1647) que el Tribunal subsume en el art. 306 en relación con el art. 302. 3, 4 y 9. Más recientemente vid. SsTS, 2 abril 1990 (RJ 3036), en que se subsume en este número al acusado que gira talones contra cuenta no propia y de la que no puede disponer, haciendo firmar los títulos en blanco al presidente de la empresa, autorizado para disponer de los fondos con cargo a los cuales se giran los talones; 8 noviembre 1990 (RJ 8857) en el supuesto en que se ponen en recibos y albaranes cantidades más altas que las realmente debidas para apropiarse del sobrante; 13 octubre 1992 (RJ 8316) al poner en un cheque una cantidad superior a la debida; 3 abril 1993 (3022) al confeccionar recetas falsas, supuestamente emitidas por facultativos que no las libraron; 24 mayo 1993 (RJ 4235) en que se califica conforme al art. 303 en relación con el 302.2 y 3 CP de 1973 poner una firma falsa al dorso del cheque, lo que equivale a endoso, en que el Tribunal reconoce expresamente que se afecta a la función de garantía que el documento desempeña.

⁶⁴⁴Como muestra: arrendar un piso del que no se es propietario con el nombre auténtico, no supone engañar en la identidad, no constituirá una simulación de documento, pero tampoco podrá incluirse en el núm 3º del art. 390.1 CP, pues no se supone la intervención de una persona distinta de la que intervino y, además, dicho número no está pensando en esta situación. Arrogarse la condición de propietario cuando se carece de ella y disponer del bien es una forma de estafa específicamente prevista en el art. 251 CP, entre las denominadas "estafas documentales", no una falsedad documental.

⁶⁴⁵En este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 182-183, quien lo califica como una especie de definición sucinta de la falsedad ideológica, cuya amplitud es tan desmedida que por sí sola puede excluir las restantes del artículo e incluir otras mendacidades que no pueden constituir delito; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 343; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 280; BENÉYTEZ MERINO, *Código penal comentado*, op. cit., p. 555; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 238; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1738; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial)*, t. III, op. cit., p. 524; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 795..

⁶⁴⁶Ya GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 903, afirmó que hubiera sido preferible introducir en España fórmulas como las contenidas en los Códigos penales de algunos cantones suizos, de forma que los funcionarios no respondiesen por las inveracidades que los particulares les manifestaban, sino sólo por los hechos que certifican como ciertos, constándoles su falsedad.

que acoten el ámbito de lo típico, deberá continuar siendo la labor interpretativa, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, la que determine los parámetros dentro de los que ubicar dicha modalidad falsaria. En este sentido, no puede negarse que la exclusión de la remisión de los arts. 392 y 395 al núm 4º del art. 390 CP supone un sustancial avance. De tal forma, la conducta que ahora se analiza se configura claramente como un delito especial propio, sólo comisible por funcionario, respecto del que los particulares podrán ser, como mucho, partícipes, o autores mediatos si la Ley lo permite. Para el nuevo texto punitivo, por tanto, la falsedad llamada ideológica sólo es susceptible de ser cometida por particular cuando se trate de la figura híbrida prevista en el núm. 3º del art. 390.1 CP⁶⁴⁷.

La toma de posición del Código penal de 1995 no carece de sentido, pues junto a sentencias del Tribunal Supremo que reconocían la posibilidad de que el particular pudiera faltar a la verdad en la narración de los hechos al confeccionar documentos mercantiles o en documentos públicos u oficiales⁶⁴⁸, las había también

⁶⁴⁷No debe olvidarse, sin embargo, lo dispuesto en el art. 397 CP, que pena con multa de tres a doce meses al “facultativo que librare certificado falso”. Teniendo en cuenta el antecedente de este precepto, contenido en el art. 311 CP de 1973, referido solamente al “facultativo que librare certificado falso de enfermedad o lesión”, la conducta descrita va destinada a tipificar inveracidades que se contengan en aquellos hechos que cualquier certificado sea el destinado a probar. Si bien en el CP de 1973, por el mismo tenor del art. 311, facultativo era sólo el médico, la amplitud con que ahora se describe la conducta abarca no sólo a los profesionales de la sanidad, sino también a cualquier otro titulado que libre certificación sobre cualquier aspecto atinente a su profesión. Así, por ejemplo, caben aquí los falsos certificados de muerte o de nacimiento que emita un médico, las falsas certificaciones de obra de un arquitecto, las de un veterinario sobre el estado de los animales que examine, las de los ingenieros sobre la corrección de todo tipo de instalación, etc. Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 1749-1750. Resulta, sin embargo, criticable, la ampliación de que ha sido objeto tal precepto, pues, a diferencia del anterior, no se exige ahora ninguna finalidad específica perseguida por el facultativo para acotar la tipicidad de la conducta, lo que no deja de suponer una amplia excepción al principio de no comisibilidad de falsedades ideológicas por particular que se desprende del Código penal.

⁶⁴⁸SsTS 3 abril 1982 (RJ 2073), en el caso de un titular de un taller de reparaciones que, para resarcirse de los desperfectos sufridos en su negocio, crea facturas de reparación aprócrifas, condenado por el art. 302.4 en relación con el 303, considerando tales documentos “oficiales por incorporación”, al pasar a un expediente instruido por el Consorcio de Compensación de Seguros y por la Cámara Oficial de Comercio e Industria; 2 enero 1983 (RJ 28) en que se condena por faltar a la verdad en la narración de los hechos en documento mercantil al empleado de banco que se apropia de cantidades cobradas a los clientes e incluye en la contabilidad la recepción de menor cantidad de dinero de la realmente ingresada; 25 mayo 1983 (RJ 2777) en que se condena por el 303 en relación con el art. 302.4 CP de 1973 al particular que simula un préstamo, en el que él es deudor, realizado presuntamente por un conocido y otorga escritura pública de hipoteca como garantía de dicho préstamo; 31 mayo 1984 (RJ 2665) para el caso en que el jefe de equipo del Instituto Nacional de Previsión incluye en un listado de pensionistas un nombre imaginario para quedarse con esa pensión, que resulta condenado por falsedad en documento oficial del art. 302.4 en relación con el 303 CP de 1973; 25 enero 1984 (RJ 407), en que se califica conforme a esta modalidad al particular que solicita la expedición de un nuevo permiso de conducir alegando haber perdido el anterior cuando no era cierto; 29 mayo 1985 (RJ 2556) para el supuesto en que el conductor de una ambulancia que tiene un contrato con el INSALUD presenta a este organismo facturas por mayor kilometraje que el realmente efectuado; 16 marzo 1987 (RJ 2166) en que se comete falsedad ideológica en una póliza de seguro al contratar con la empresa aseguradora la póliza de un determinado barco empleando las características técnicas de otro buque distinto; 7 octubre 1987 (RJ 7246) en que se produce una declaración mendaz de bienes a una entidad bancaria para obtener un préstamo; 25 enero 1988 (RJ 472) en que se confecciona un parte de accidente apócrifo, para cobrar de una compañía aseguradora los desperfectos ocasionados por un accidente nunca acaecido; 15 marzo 1988 (RJ 2025) en que se condena por falsedad en

que admitían tal posibilidad cuando de documentos privados se tratase⁶⁴⁹. La

documento público del art. 302. 4 en relación con el 303 CP de 1973 a los dos socios de una sociedad que crean una junta general de accionistas falsa en que se aprueba una ampliación de capital no inscrita en el libro de actas, efectúan una certificación mendaz y la elevan a escritura pública ante Notario; 24 marzo 1988 (RJ 2090) en que se solicita una licencia de importación de un producto que no era el que se pretendía importar; 29 noviembre 1989 (RJ 9346) en una factura de un taller de reparación de automóviles en que se incluyen trabajos no realizados; 25 mayo 1990 (RJ 4442) en que el cotitular de una cuenta corriente declara en documento bancario que aún vivía el otro titular para disponer de fondos de la cuenta cuando no era así; 22 febrero 1991 (RJ1354) en que una persona realiza una declaración de bienes falsa ante un banco para obtener un crédito; 19 abril 1991 (RJ 2823) en el caso en que un empleado de banco se apropia de parte del dinero de los depósitos de clientes efectuando asientos falsos en la contabilidad; 14 junio 1991 (RJ 4716) en el supuesto en que una empresa hace un envío a otra de producto distinto al pactado y para cobrar el envío presenta al banco un documento librado por la compañía que sirve el material afirmando que se manda lo pactado; 20 noviembre 1991 (RJ 8599) para el supuesto en que un miembro de una comunidad de propietarios libra una certificación afirmando que en la junta de propietarios se había tomado un acuerdo sin ser cierto; 9 junio 1992 (RJ 6560) para la presentación a una entidad bancaria de una declaración de bienes falsa con la finalidad de obtener un crédito; 23 octubre 1992 (RJ 8438) en que se condena por el 302.4 en relación con el 303 CP de 1973 al particular que, habiendo sido condenado a pena de privación del permiso de conducir, va a renovarlo afirmando que lo ha perdido; 8 marzo 1993 (RJ 1989) en que se condena por el art. 302.4 en relación con el 303 a quien inscribe en el Registro civil un hijo como natural cuando no era así; 14 mayo 1993 (RJ 4144) para un subdirector de una oficina bancaria que pone en el reverso de un talón presentado al cobro que no hay fondos cuando sí los había en la cuenta; 7 febrero 1994 (RJ 712) en que se efectúan facturas por cantidades más elevadas que las reales; 18 octubre 1994 (RJ 8026) para facturas que no obedecen a operaciones reales; 15 noviembre 1994 (RJ 9012) también para el caso de facturas que no responden a una operación real; 17 julio 1995 (RJ 6827) en el caso en que un instalador eléctrico autorizado que, en la inspección de un local público, a pesar de haber deficiencias en la instalación, certifica el buen estado técnico en el boletín de reconocimiento; 19 diciembre 1995 (RJ 9380) en que se emite una certificación sobre una junta de accionistas que no se celebró nunca y donde supuestamente se aprobaron las cuentas anuales; 15 enero 1996 (RJ 75) escriturar en una letra de cambio un aval que no corresponde a operación real alguna; 20 enero 1996 (RJ 185) trabajadora de una residencia de ancianos que declara a preguntas de los inspectores de sanidad su condición de ATS cuando no lo era; 8 marzo 1996 (RJ 2015) personas en favor de las cuales se emiten certificaciones falsas de peonadas; 17 mayo 1996 (RJ 4537) persona que en impreso-declaración sobre incompatibilidades y actividades y en impreso declaración de bienes patrimoniales oculta que era contratista, en que el Tribunal condena por falsedad del art. 302.4 en relación con el 303 CP de 1973 a pesar de reconocer que la conducta sería atípica al entrar en vigor el CP de 1995; 19 octubre 1996 (RJ 7565) empleado de entidad bancaria que se apropia de fondos y lo oculta mediante anotaciones falsas en la hoja de arqueo; 7 marzo 1997 (RJ 3253) certificaciones del Instituto Nacional de la Marina de Santa Paola que afirman que un determinado barco se encontraba al corriente del pago de cuotas de la Seguridad Social sin ser cierto.

⁶⁴⁹Cfr., entre otras, SsTS 20 diciembre 1982 (RJ 7751), en que en un proceso de separación se presenta como prueba documental un informe en el que se afirma el lesbianismo de una mujer apoyándose en los testimonios de tres personas que en proceso niegan esa declaración, en que se condena por el art. 302.4 en relación con el 306 CP de 1973; 4 diciembre 1986 (RJ 7900) en que se condena por el 302.4 en relación con el 306 a quien en un contrato privado de compraventa afirma ser dueño de los bienes vendidos cuando era el receptor de los mismos; 27 abril 1988 (RJ 2896) en que se condena por el art. 302.4 en relación con el 306 CP de 1973 a quien confecciona una certificación de obras afirmando que se ha efectuado más trabajo del realmente realizado; 21 junio 1988 (RJ 5514) en que se absuelve de falsedad documental del art. 302.4 en relación con el 306 CP de 1973 a quien hace una declaración de bienes, esta vez considerada documento privado por el TS, para obtener un crédito; 26 octubre 1988 (RJ 8398) en que se condena por el art. 302. 4 y 5 en relación con el 306 CP de 1973 a quien efectúa un contrato privado de

solución adoptada por el nuevo Código penal solventa así, en gran parte, la problemática posibilidad de que los particulares fuesen sujetos activos de la modalidad prevista en el art. 302.4 CP de 1973. En relación con la posibilidad de que un particular incurriera en esta conducta al efectuar declaraciones ante un funcionario, la jurisprudencia, según exponen sentencias del Tribunal Supremo⁶⁵⁰, había mantenido una postura poco unívoca. Sostenía tres posiciones al respecto: la minoritaria de aquellas decisiones judiciales que no admitían tal posibilidad, basadas en que el particular no tenía deber jurídico de decir la verdad, la de las que admitían en todo caso la posible incriminación y, por último, la ecléctica, según la que el privado sólo puede ser sujeto activo de este delito en los casos en que utilice al funcionario como mero instrumento, en que sea autor mediato de la falsedad documental. Es esta última, la que en la actualidad prevalece, sobre todo tras la desincriminación de la conducta para el particular⁶⁵¹.

compraventa fijando un precio superior al real y antedatando el documento para perjudicar los derechos de retracto y tanteo del aparcerero de la finca; 23 enero 1989 (RJ 77) en que se hace una declaración falsa de bienes a un banco por la que se concede un crédito luego impagado, que es calificada esta vez como falsedad en documento privado del art. 302.4 en relación con el 306 CP de 1973; 11 noviembre 1989 (RJ 9661) en que se falsean los datos de un parte de accidente laboral; 7 mayo 1990 (RJ 3861) en que se falsean partes de una gasolinera por quienes expendían la gasolina, al consignar en los mismos menos dinero del recibido, apropiándose del resto; 9 noviembre 1990 (RJ 8871) en que se condena por falsedad ideológica en documento privado de compraventa en que se entrega parte del precio y no se reciben los bienes; 16 mayo 1991 (RJ 3811) para el procesado que vende mediante contrato privado de compraventa un piso manifestando ser el dueño de la cosa cuando no podía disponer al ser copropietario; 31 enero 1991 (RJ 619) en que se manifiesta expresamente que cabe en documento privado la falsedad del art. 302.4 CP de 1973; 27 abril 1992 (RJ 3021) en que se celebra un contrato de arrendamiento antedatado; 24 abril 1992 (RJ 4054) para la persona que arrienda en documento privado un inmueble arrogándose potestades dominicales; 2 septiembre 1992 (RJ 7080) en que se falta a la verdad en la narración de los hechos en un contrato de arrendamiento privado; 14 octubre 1992 (RJ 8191) en que se afirma en un contrato de compraventa que el inmueble tenía licencia de obras cuando el Ayuntamiento la había revocado; 25 julio 1994 (RJ 6717) en contratos privados de compraventa en los que se cobra el precio íntegro de las viviendas sin manifestar el vendedor que hay una hipoteca que las grava; 15 febrero 1995 (RJ 860) en que un constructor y un arquitecto efectúan un proyecto de edificación en que se incluye la parcela propiedad del constructor y se coge parte del terreno de la plaza del pueblo y terrenos afectados a huertas, como terrenos a edificar, para aumentar así la edificabilidad del solar.

⁶⁵⁰Vid. SsTS 8 marzo 1990 (RJ 2417), 13 diciembre 1990 (RJ 9495), 11 abril 1991 (RJ 2607), 28 septiembre 1992 (RJ 7468), 16 junio 1995 (RJ 4576), en que se exponen ampliamente las tres tendencias, citando jurisprudencia relativa a cada una de ellas. En este sentido, la STS 26 abril 1983 (RJ 2307) afirma que, por falsedad ideológica o intelectual se entiende “la constatación de una circunstancia falsa en un documento público hecho a sabiendas por un funcionario público o la simple manifestación engañosa de un particular que provoca el que el funcionario, como mero instrumento, dé contenido falso a un documento ignorando tal circunstancia, actuando entonces el particular como autor mediato, valiéndose del funcionario, alcanzando a aquél la responsabilidad como si hubiese ejecutado él mismo el hecho típico”. La STS 10 noviembre 1990 (RJ 8873) establece, por su parte, que el núm. 4 art. 302 CP de 1973 es comisible por particular que, aunque no puede ejecutar la acción típica de documentación que corresponde al funcionario, puede vulnerar el bien jurídico mediatamente.

⁶⁵¹Un tratamiento amplio de estas tres posiciones y de su actual acogida por el Tribunal Supremo puede verse en SsTS 24 febrero 1997 (1373), 31 mayo 1997 (RJ 5154), 13 julio 1997 (RJ 4895), 9 julio 1997 (RJ 5489); 21 enero 1998 (RJ 28); 27 abril 1998 (RJ 3788); 26 mayo 1998 (RJ 4995); 20 julio 1998 (RJ 5844). Ha tenido gran importancia la destipificación de estas conductas en el nuevo CP a los efectos de limitar el ámbito aplicativo de la modalidad. Así lo demuestran las SsTS que hacen referencia al nuevo CP para limitar ya la aplicación del anterior: además de las sentencias ya mencionadas, cfr.

Sin embargo, la problemática acerca de la posible comisión de este ilícito por el privado no se ha zanjado con la modificación del Código penal de 1995, pues aún subsiste la cuestión de si los particulares pueden ser autores mediatos cuando utilizan al funcionario como instrumento. La ausencia de remisión del art. 392 al art. 390.1.4º CP sólo garantiza que los particulares no podrán cometer directamente esta modalidad falsaria. Tal como se deducía del debate parlamentario del Código penal de 1995, ésta era justamente la finalidad perseguida por el legislador. Ahora bien, con ello puede excluirse asimismo la posibilidad de que los particulares sean autores mediatos de este tipo de falsedades, circunstancia que provocará vacíos de punición que serán objeto de análisis más adelante.

Sea como fuere, la posibilidad abstracta de que el particular cometa mediatamente el delito ha de circunscribirse a las inveracidades recayentes sobre aquellos partes del documento en que el funcionario pudiera, a su vez, cometerlo. No es de recibo que los privados sean inculcados por falsedades documentales que los funcionarios nunca podrían cometer, en aquellos aspectos del documento público que no se encuentran abarcados por la fuerza probatoria reforzada que para estos soportes establece el ya mencionado art. 1218 CC. La conversión de la modalidad prevista en el art. 390.1.4º CP en un delito propio de funcionario refuerza aún más la idea de que es la intervención de estos sujetos en el acto de documentación la que fundamenta la inculcación de esta conducta, y lo que diferencia al documento público del privado es justamente el incremento de fuerza probatoria que al primero corresponde⁶⁵². Por tanto, no han de repetirse aquellas sentencias del Tribunal Supremo en que se han inculcado con base en el art. 302.4 en relación con el 303 CP de 1973 declaraciones mendaces que los particulares hacen ante los funcionarios cuando el documento público u oficial en que se inserten no haga prueba del contenido de las mismas. La doctrina del Tribunal Supremo, en relación con el “faltar a la verdad en la narración de los hechos”, se ha visto abocada a establecer criterios limitadores de la tipicidad, a los que ya se ha hecho referencia, fruto de la amplitud de que partía en la potencial

SsTS 20 enero 1997 (RJ 191); 30 septiembre 1997 (RJ 6842) según la que el particular no puede cometer la falsedad ideológica del art. 390.1.4º CP porque no existe un deber genérico de veracidad exigible a los particulares bajo amenaza de sanción penal, que únicamente se impone con dicho rigor para la protección de determinados intereses superiores, como ocurre ante los Tribunales de Justicia (arts. 458 y ss CP), ante las Comisiones parlamentarias de investigación (art. 502.3 CP) o, con carácter específico, en determinados documentos mercantiles (arts. 261, 290 y 310 CP).

⁶⁵²Tal virtualidad probatoria elevada se manifiesta no sólo en la prueba extraprocésal, sino también en aquella que tiene lugar dentro del proceso. En este sentido, cfr. arts. 597 y 598 LEC para los documentos públicos y 604 y 605 del mismo cuerpo legal en relación con los documentos privados. Para el cotejo de letras que puede solicitarse “siempre que se niegue por la parte a quien perjudique y se ponga en duda la autenticidad de un documento privado y la de cualquier documento público que carezca de matriz y no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido” vid. arts. 606, parcialmente transcrito aquí, al 609 LEC. Con respecto a la condición de prueba tasada de los documentos públicos por lo relacionado con el hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste, además de para su eficacia en juicio. vid. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. 1º. *Parte general*, op. cit., pp. 342 y ss, según quien los documentos públicos, a diferencia de los privados, se presumen auténticos; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. I, op. cit., pp. 560 y ss; CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA, *Derecho procesal. Proceso civil*, op. cit., pp. 197 a 201; GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, t. II, *Proceso civil*, vol. 1º, op. cit., pp. 257 a 261; DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil II. Objeto, actos y recursos del proceso civil. El proceso civil de declaración*, op. cit., pp. 318 y ss, en que se refieren expresamente a los documentos oficiales; BONET Y NAVARRO, *Documento*, en Enciclopedia Jurídica Básica, vol. II, op. cit., pp. 2569 a 2572. Sobre esta cuestión vid. supra cap. I.

aplicabilidad de este tipo⁶⁵³. Esto, no obstante, no ha sido obstáculo para que se aplicara con gran profusión, incluso en conductas que hubiesen encontrado mucho mejor acomodo en la simulación de documento⁶⁵⁴, incriminando por esta vía las mentiras que los particulares puedan efectuar en sus declaraciones ante los distintos funcionarios documentadores cuando tales documentos no hacen prueba de la corrección de las mismas⁶⁵⁵.

⁶⁵³En tal sentido, por ejemplo, la STS 4 abril 1984 (RJ 2315) absuelve de falsedad a quien reconoce en testamento notarial a una hija extramatrimonial sin ser cierto, con base en que no es elemento esencial del documento.

⁶⁵⁴Cfr. SsTS 20 diciembre 1982 (RJ 7747) en el caso en que un el propietario de una barca falsifica la firma de un marinero que había dejado el puesto en el "libro de inscripción marítima"; 30 septiembre 1986 (RJ 4864) para el supuesto en que una persona sustrae de un domicilio cheques firmados en blanco y los rellena, presentándolos al cobro; 17 febrero 1987 (RJ 1260) para la falsificación de facturas de un hotel presentadas a juicio para justificar la deuda de uno de los litigantes; 16 septiembre 1987 (RJ 6468) en el caso de un talón sustraído, relleno y firmado con el nombre del titular de la cuenta; 6 junio 1989 (RJ 5662) para el caso en que la persona, que había sido dejada temporalmente al frente de una administración de lotería, se apropia parte de los fondos y libra un cheque imitando la firma del titular del negocio; 7 marzo 1990 (RJ 2409) en que se firma un talón con cargo a cuenta no propia pero con la propia firma -tal conducta será constitutiva de simulación documental siempre y cuando pueda inducir a error sobre la autenticidad del documento, no siendo así es atípica en tanto que falsedad documental-; 9 abril 1990 (RJ 3217) en que el director de un banco falsifica la firma del interventor en varios talones; 7 febrero 1991 (RJ 899) en que un contable de empresa falsifica la firma en varios talones, con la finalidad de encubrir que se ha apropiado de dinero de la entidad; 26 diciembre 1991 (RJ 9640) en que una persona, que encuentra en la calle recetas firmadas por un facultativo, las rellena a su nombre con los medicamentos que le parecen oportunos; 15 noviembre 1991 (RJ 8303) en que una empresaria falsifica un contrato de venta de cosa mueble -máquina- a plazos con el fin de evitar que los trabajadores de la empresa la embarguen para resarcirse de las créditos que les corresponden en concepto de salario; 28 diciembre 1992 (RJ 10332) en que un sujeto confecciona facturas de hoteles falsas para cobrar dietas; 16 marzo 1993 (RJ 2312) al falsificar la firma del padre en distintos talones; 29 mayo 1993 (RJ 4289) para la falsificación del acepto en una letra de cambio; 2 julio 1993 (RJ 5690) en que se falsifica la firma de un trabajador en el libro de matrícula del personal de una empresa y en el contrato de trabajo; 29 noviembre 1995 (RJ 8328) en que se condena por el art. 303 en relación con los núms. 1, 4, 9 art. 302 CP de 1973 al particular que simula un documento notarial de otorgamiento de poder; 26 abril 1996 (RJ 2999) en que un empleado de banco libra cheques imitando las firmas de los titulares de diversas cuentas corrientes para retirar fondos; 6 marzo 1998 (RJ 1744) en que se incluye entre las falsedades de los núms. 3 y 4 CP de 1973 la falsificación de firmas de librados y aceptantes de letras de cambio y en que el mismo Tribunal Supremo muestra su extrañeza por acudir de dichos números, y no a la modalidad prevista en el núm. 1º del art. 302 CP de 1973.

⁶⁵⁵Por todas, SsTS 31 mayo 1984 (RJ 2708) en que se otorga ante Notario una escritura pública de compraventa manifestando falsamente ser propietario de los bienes vendidos y estableciéndose un precio de venta simulado; en relación con el mismo caso, STS 24 octubre 1984 (RJ 5040); 4 octubre 1985 (RJ 1985) en el supuesto en que una persona manifiesta ante Notario ser propietario de un piso inexistente vendiéndolo en escritura pública; 31 diciembre 1995 (RJ 6477) en que se condena por falsedad documental a quien declara ante Notario que el piso que vende en escritura pública de compraventa estaba libre de cargas cuando existía un contrato de arrendamiento; 4 febrero 1987 (RJ 1190) en que se vende un piso en escritura pública como propio cuando era un bien ganancial de un matrimonio separado de hecho; 25 noviembre 1987 (RJ 8606) en que se condena por falsedad imprudente del art. 302.4 en relación con el 303 CP de 1973 a la otorgante de una escritura pública de hipoteca que manifiesta que dos vehículos son de su propiedad cuando estaban sometidos a reserva de dominio; 12 septiembre 1989 (RJ 6632) en que el Tribunal, a pesar de reconocer que el acta notarial "no prueba la propiedad de las acciones de una SA", condena al particular que ante Notario manifiesta ser suyos estos títulos habiendo sido ya vendidos en parte, con el fin de que haga requerimiento notarial para que en el libro de la sociedad se apunten esas acciones como suyas; 4 abril 1990 (RJ

Más acorde con la posición aquí mantenida se muestra una tesis jurisprudencial aparecida en los últimos años que basa la incriminación de la falsedad en la afectación a alguna de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, y que ha supuesto, ya en relación con el Código penal de 1973, una importante limitación de este número 4º. Aplicada sobre todo en relación a la inveracidad de las declaraciones que los particulares manifiestan ante los distintos fedatarios públicos⁶⁵⁶.

La afectación exclusiva a la función probatoria del documento es lo que caracteriza a la modalidad falsaria que ahora se analiza. No resulta vulnerada la función de perpetuación, pues en ese caso nos encontraríamos ante una alteración de documento, ni tampoco la función de garantía, pues entonces procedería calificar la conducta como de simulación de documento. No es tanto la verdad, cuanto la eficacia probatoria reforzada lo que constituye la clave para caracterizar el “faltar a la verdad de la narración de los hechos”. Esto sencillamente porque la verdad constituye un criterio poco certero, no sólo por las distintas concepciones

3160) en préstamo usurario otorgado en escritura notarial en que se esconden las reales condiciones económicas del mismo; 6 abril 1990 (RJ 3178) venta de un local embargado en documento público de compraventa como libre de cargas cuando sobre el mismo se había trabado embargo; 25 mayo 1990 (RJ 4447) en que un consejero delegado de una SA dice, en escritura pública de ampliación de capital, que están desembolsadas las acciones suscritas cuando no es así; 28 febrero 1991 (RJ 1567) para la venta de una finca consignando un precio superior al real; 4 abril 1991 (RJ 2573) en la venta en escritura pública de un piso que se manifiesta libre de cargas cuando había derecho de retorno del anterior inquilino; 20 noviembre 1991 (RJ 8599) en que un requerido que acude al despacho del Notario afirma que en la junta de propietarios de un inmueble se había acordado por unanimidad hacer reformas legales cuando tal junta no había tenido lugar. En relación con actas notariales vid., por ejemplo, STS 26 mayo 1990 (RJ 785) en que el compareciente ante Notario, para que éste levante acta, declara que una patrullera portuaria había intervenido un barco que transportaba tabaco de contrabando cuando no lo había hecho, razón por la cual se lo condena con base en los arts. 302.4 y 303 CP de 1973.

⁶⁵⁶Cfr. SsTS 17 diciembre 1990 (RJ 9525) en que se absuelve de falsedad en documento público a quien confecciona un acta de una sesión de un Ayuntamiento en que se acuerda el abono de cierta cantidad sin que exista certificación del director de las obras, cuando en el acta se afirma que sí existía, con base en que la función probatoria de dicha acta no abarca a la existencia de la certificación; 11 abril 1991 (RJ 2607), en que se absuelve de falsedad documental al particular que constituye escritura notarial de hipoteca diciendo que la finca estaba libre de cargas, cuando existía una anotación preventiva de embargo, con base en que la escritura no prueba si el documento está libre de cargas; 12 junio 1992 (RJ 5206), en que no se califica como falsedad documental la declaración hecha por una de las partes en una escritura pública de compraventa de que el piso estaba libre de cargas partiendo de la ausencia de afectación a las tres funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico; 28 septiembre 1992 (RJ 7468) en que se considera que la compraventa en escritura pública de un inmueble, simulada entre padre e hija, no vulnera ninguna de las funciones documentales; 12 marzo 1993 (RJ 2161) en que se afirma que el acta notarial no prueba la veracidad de las declaraciones del particular que el Notario recoge; 6 mayo 1993 (RJ 3852) en el mismo sentido que la anterior resolución; 12 mayo 1994 (RJ 3692) en que se afirma que las escrituras de hipoteca sólo dan fe del hecho de su otorgamiento, de la fecha y del hecho de que los otorgantes han hecho determinadas declaraciones, pero no de la verdad de éstas ni de la intención o propósito que ocultan; 16 junio 1995 (RJ 4576) en que se alude también a las tres funciones características del documento para determinar cuándo el particular puede cometer falsedad en documento público; 3 mayo 1996 (RJ 3798) en que se alude a las tres funciones del documento para absolver al otorgante que ante Notario no manifiesta que había lindes o mojones en la finca; 20 enero 1997 (RJ 191) en que se absuelve al vendedor de una finca que manifiesta ante Notario que el bien estaba libre de cargas cuando se encontraba arrendado sobre la base de que no se afecta a ninguna de las tres funciones del documento, al no extenderse a este extremo la fe pública del Notario; 24 febrero 1997 (RJ 1373) en el mismo sentido que la anterior, para un supuesto en que los bienes estaban gravados por una hipoteca.

que de la misma se han mantenido, sino por la propia dinámica de ejecución de los distintos actos de documentación, o lo que es lo mismo, el concepto de verdad no puede ser el mismo en una escritura pública que en un acta de presencia de un Notario⁶⁵⁷. La verdad que toma como referencia el documento varía en los distintos tipos de documentación: unas veces el modelo lo constituirá la realidad fáctica y otras lo que una persona declare. La esencialidad en la mutación de la “verdad”, a la que han apelado la doctrina y la jurisprudencia, no tendrá tanto que ver con que el contenido del documento no se corresponda con la verdad cuanto con que su incorrección afecte a la función probatoria que el mismo desempeña.

Tal exigencia determina, de un lado, que tan sólo los llamados documentos intencionales, los realizados con finalidad probatoria, serán susceptibles falseamiento conforme a esta modalidad falsaria⁶⁵⁸; por otro, que sólo respecto de aquellos aspectos en que el documento tenga una fuerza probatoria tasada, que generalmente coinciden con aquellos cuya veracidad está destinado a probar, cabe admitir la aplicación del art. 390.1.4º CP⁶⁵⁹. De tal forma, en esta modalidad falsaria pueden acogerse conductas que el anterior Código penal tipificaba de forma separada. Podrán subsumirse en el núm. 4º los documentos públicos antedatados o postdatados, antes incluíbles en el art. 302.5, pues en virtud del art. 1218 CC, éstos hacen prueba frente a tercero de la fecha de su otorgamiento⁶⁶⁰. Por la misma razón, las copias fehacientes que autoricen los funcionarios públicos de documentos inexistentes o que diverjan del original -constitutivos de la denominada falsedad transcriptiva, contemplada en el art. 302.7 CP de 1973- serán ahora documentos falsos según lo establecido en el art. 390.1.4 CP⁶⁶¹. Tal subsunción cabrá hacerla tanto si de lo que se trata es de emitir copia de un documento inexistente, como si la misma dice algo distinto de lo que el original establece⁶⁶², ya

⁶⁵⁷En el primer documento la fe del Notario alcanza a la identidad de las partes y al hecho de que éstas han efectuado unas declaraciones que el fedatario ha de reproducir fielmente, según los arts. 147-196 del Reglamento Notarial. Por contra, el acta de presencia, por mor del art. 199 del mismo cuerpo legal, acredita la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización, de modo que “el Notario redactará el concepto general en uno o varios actos, según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos, en los detalles que interesen al requiriente”.

⁶⁵⁸En este sentido, RAMACCI, *La Falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 91; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 361; BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 213; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., § 271, nm. 8; MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 160, nm. 5.

⁶⁵⁹De semejante opinión, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 117 y ss.; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 321.

⁶⁶⁰En parecido sentido, por ejemplo, el art. 159.2 ROF, cuando dice expresamente que el recibo que el funcionario encargado del Registro de una entidad local entrega a quien ha registrado un documento hace prueba “respecto de la fecha en que el documento ingresó en el Registro”.

⁶⁶¹Vid., sobre las copias que otorgan los Notarios y sobre las formalidades que hayan de revestir, Arts. 221-250 Reglamento Notarial, en que el art. 221 manifiesta expresamente que “Se considerarán escrituras públicas, además de la escritura matriz, las copias de esta misma expedidas con las formalidades de derecho”.

⁶⁶²Conviene hacer dicha puntualización, dado que cierto sector doctrinal había afirmado que el dar copia de un documento inexistente constituía una simulación o falsedad material, mientras que cuando la copia era divergente del original la falsedad era ideológica. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pp. 979-980, que incluyen entre los supuestos que denominan “de constatación falsa de un hecho” el segundo inciso del art. 302.7 CP de 1973, mientras el primer inciso del mismo lo consideran creación de un documento totalmente falso; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., p. 523; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 54 y ss.,

sea de documento privado o público. La naturaleza del original nada determina acerca de la condición pública de la copia o de la marca de legalización, cuando éstas sean emitidas por un funcionario entre cuyas funciones esté la de librar tales documentos⁶⁶³.

El único problema que puede plantearse al respecto, como ya se dijo⁶⁶⁴, es la posibilidad de incluir en el núm. 4º del art 390 CP aquellos documentos emitidos por funcionarios públicos encargados de la llevanza de registros o libros públicos que se refieren al contenido de los asientos o documentos insertos en los mismos, y que reciben el *nomen iuris* de certificaciones⁶⁶⁵. Hasta la aprobación del Código penal de 1995, la no correspondencia de las mismas con el asiento al que se refieren se incriminaba conforme a los núms. 4 ó 7 del art. 302 CP de 1973⁶⁶⁶. Tal solución era más fácilmente defendible conforme a la regulación prevista en el anterior Código penal, pues su art. 312, que disciplinaba la falsedad cometida por funcionarios en certificaciones, se refería exclusivamente a las de “méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas”. Sin embargo, el tipo privilegiado relativo a las certificaciones falsas emitidas por funcionario previsto en el art. 398 CP no establece limitación alguna. Parece, pues, que la denominación legal “certificaciones” de tales documentos debería conducir a su inclusión en este precepto. No obstante, ya se apuntó como partiendo de su idéntica finalidad y de su igual fuerza probatoria, las certificaciones equiparables a las copias notariales han de tener la consideración de documentos públicos a los efectos penales.

Aclarado este punto, conviene ahora hacer mención a la cuestión de sobre qué tipos de documentos puede efectuarse esta conducta. Atendiendo a la función probatoria, que resulta vulnerada, sólo aquellos documentos que tienen por

quien considera las copias fehacientes de documentos supuestos como creación o formación de documento totalmente falso, incluyéndolas en la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.2º CP. En ambos casos, si quien autoriza la copia fehaciente es el funcionario competente para hacerlo, se afecta a la función probatoria del documento, pero no a la de garantía, pues el otorgante de la copia es quien manifiesta ser. Cuestión distinta a cuando un particular cree una apariencia de copia notarial, por ejemplo, en que la conducta deberá incriminarse por el art. 390.1.2º CP.

⁶⁶³QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 186, además de admitir la superfluidad de esta modalidad comisiva, advirtió que cuando se librase copia fehaciente de documento privado la falsedad sería no en documento público, sino en documento privado. En sentido contrario, CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 839; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 486. No obstante, el art. 46 Ley 30/92 sí establece, en sus pños. 2 y 3, una eficacia distinta para las copias en función de que el original sea documento público o privado, pues afirma que las primeras gozarán de la misma validez y eficacia que el original siempre que exista constancia de que son auténticas, mientras que las segundas tendrán validez y eficacia exclusivamente en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas cuando su autenticidad se haya probado.

⁶⁶⁴Cfr. supra cap. I, apartado 3.1.1.

⁶⁶⁵Así las emitidas por los Jueces encargados del Registro Civil o por los Secretarios, actuando por delegación de los primeros, reguladas en los arts. 17-35 Reglamento del Registro Civil; o las emitidas por los Registradores de la propiedad, reguladas en los arts. 223 a 237 Ley Hipotecaria y arts. 335-355 Reglamento Hipotecario. También las libradas por Registradores mercantiles, previstas en el art. 77 Reglamento del Registro Mercantil, que según el pfo. 2º de dicho precepto serán “el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro”.

⁶⁶⁶En este sentido, STS 15 octubre 1993 (RJ 7529) que considera que el certificado del acta de un pleno del Ayuntamiento emitido por el Secretario de la corporación es una copia; vid. también BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., pp. 59-60, quien incluía en la modalidad comisiva del art. 302.7 CP de 1973 tanto las copias fehacientes, testimonios y certificaciones.

finalidad probar la verdad de los hechos que contienen son los que pueden ser objeto de la falsedad prevista en el num. 4º. Sin duda, caben inveracidades típicas en todos los documentos emitidos por fedatarios públicos respecto de los extremos del documento sobre los que se extiende su fe pública, que son, en definitiva, los que gozan de fuerza probatoria reforzada. Así, en los emitidos por Secretarios judiciales, Notarios, Secretarios de corporaciones locales o Corredores de comercio, respecto de los que las normas que regulan su función establecen expresamente los elementos de los que el documento hace prueba⁶⁶⁷. A ellos pueden añadirse los Jueces encargados del Registro civil y los Registradores de la propiedad y mercantiles, a pesar de que éstos últimos no sean calificados como fedatarios públicos por la Ley Hipotecaria o el Reglamento del Registro Mercantil, aunque sus asientos en dichos registros hacen prueba de una serie de extremos⁶⁶⁸. Queda claro, pues, que cuando de los funcionarios documentadores por excelencia se trata, son las propias normas que disciplinan los distintos documentos que ellos emiten las que fijan los extremos cuya falta de verdad atenta a la función probatoria del documento. Se concreta así la genérica previsión del art. 1218 CC. El núm. 4 del art. 302 se estructura de esta forma como una norma penal en blanco⁶⁶⁹ en la que, para determinar cuales sean las conductas típicas, deberá acudir a la normativa extrapenal reguladora de aquella específica forma de documentación, con el fin de contrastar sobre qué concretos extremos del documento da fe el funcionario. Esto no tanto para establecer un deber de veracidad del sujeto actuante cuanto para determinar conforme a qué concretos hechos se destina la prueba reforzada que ese documento contiene⁶⁷⁰.

Debe, por tanto, existir una norma que determine los hechos cuya falaz consignación da lugar a este tipo de falsedad. No obstante, la función certificadora de los funcionarios no se agota en los documentos que emanen de los fedatarios públicos, sino que existe todo un entramado de relaciones entre el ciudadano y la

⁶⁶⁷BENÉYTEZ MERINO, o.u.c., pp. 45-46 menciona entre los fedatarios públicos a los Secretarios judiciales, los Corredores de Comercio colegiados y los Corredores Intérpretes Marítimos, los Jueces encargados del Registro civil y otras personas excepcionalmente, como las previstas en el art. 716 CC, en relación con el testamento militar que puede otorgarse en tiempo de guerra ante un oficial que tenga al menos la categoría de Capitán y los arts. 722 y ss CC, en el caso de testamento marítimo ante el otorgado ante el contador del buque de guerra.

⁶⁶⁸En este sentido, cfr. art. 2 Ley del Registro Civil, en virtud del cual el "Registro civil constituye la prueba de los hechos inscritos". Vid. asimismo arts. 41, 69 y 81 que expresan los extremos sobre los que hacen fe las inscripciones de nacimiento, matrimonio y defunción respectivamente. En relación con la fuerza probatoria de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, resulta muy significativa la presunción establecida en el art. 38.1 Ley Hipotecaria, en virtud de la cual "A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo". Respecto del Registro Mercantil, el art. 13 de su Reglamento establece que el mismo estará a cargo de Registradores de la propiedad y mercantiles, y conforme su art. 8.2 "se entenderán adquiridos conforme a Derecho los derechos que se adquieran en virtud de acto o contrato que resulte válido con arreglo al contenido del Registro"

⁶⁶⁹De esta opinión PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nms. 4 y 5, en que admite esta naturaleza en relación con los §§ 271 y 348 StGB, advirtiendo que la concreta ley reguladora es la que debe decir los aspectos sobre los que se extiende el deber de veracidad del funcionario.

⁶⁷⁰Sobre esta cuestión, GUERRINI, *Aspetti problematici della falsità ideologica descritta all'art. 483 CP*, op. cit., p. 693, establece que habrá que ver en cada norma que regulan los documentos públicos sobre qué concretos hechos hace prueba el documento, esto no para establecer el deber de veracidad, sino para ver si concurre una específica destinación probatoria del documento público en relación con los hechos que el documento declara. De la misma opinión, CARACCIOLI, *Osservazioni in tema di struttura e rilevanza giuridica del falso ideologico*, en RIDPP, 1964, pp. 1155 y ss.

Administración que genera la producción de documentos⁶⁷¹. Tales documentos - que la Ley 30/92 denomina documentos públicos administrativos- son, en definitiva, todos los emitidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Piénsese, por ejemplo, en un atestado policial o en una licencia o permiso administrativo. El problema que respecto de los mismos se plantea es que toda la actividad documentadora de la Administración es susceptible de ser calificada de oficial y, por tanto, toda ella potencialmente puede ser objeto de la falsedad consistente en el faltar a la verdad en la narración de los hechos. Sin embargo, también en estos casos habrá de acudir a la normativa sectorial respectiva que regule cada tipo de documento para ver sobre qué concretos hechos hace prueba el mismo. Esto es, no todo documento calificable como oficial -conforme al Código penal- es susceptible de ser objeto de este tipo de falsedad, sino sólo aquellos que se emiten con la específica finalidad de probar un determinado extremo, siempre y cuando la normativa aplicable reconozca explícita o implícitamente que así es⁶⁷². Sólo por esta vía, atendiendo a la función probatoria, puede limitarse la absoluta amplitud que la falta de verdad en la narración de los hechos podría alcanzar en los documentos oficiales, pues, a diferencia de lo que ocurre en otros Códigos penales de nuestro entorno jurídico, de las falsedades ideológicas no se excluyen expresamente los documentos que no hagan fe de su contenido para y contra todos⁶⁷³, o que no estén específicamente destinados a probar la verdad de los hechos⁶⁷⁴. Esto es, si en relación con los documentos públicos sólo aquellos aspectos a los que alcanza la fe pública del funcionario pueden ser susceptibles de falsedad documental, el criterio no puede ser más laxo cuando de documentos oficiales se trate, pues de otro modo la amplitud de la falsedad tradicionalmente llamada ideológica podría ser mucho más amplia en los documentos oficiales que en los públicos.

A los documentos oficiales, que la doctrina mayoritaria considera que son los previstos en el art. 596.3 LEC, pudiera parecer que cabe aplicarles lo

⁶⁷¹Vid. ampliamente sobre los documentos que pueden emanarse en virtud de tales relaciones Administración-administrado, MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *La función certificante del Estado*, op. cit., pp. 83 y ss.

⁶⁷²En tal sentido, por ejemplo, el art. 1 Decreto 196/76, de 6 de febrero, del Documento Nacional de Identidad, cuyo párrafo 1º fue modificado por el RD 1245/85, de 17 de julio, reza, tras la modificación "(1) El documento nacional de identidad es el documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular, constituyendo el justificante completo de la identidad de la persona. (2) Será imprescindible para justificar por sí mismo y oficialmente la personalidad de su titular, haciendo fe, salvo prueba en contrario, de los datos personales que en él se consignen. (3) Será obligatorio y gozará de la protección que a los documentos públicos y oficiales otorgan las leyes penales y el presente Decreto".

⁶⁷³En este sentido, el § 348 StGB se refiere como sujetos activos únicamente a los funcionarios que tienen la función de recibir *-Aufnahme-* documentos públicos, que la doctrina alemana mayoritaria ha interpretado como aquellos que hacen fe "para y contra todos" *-für und gegen jedermann-*. En este sentido vid., por todos, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 271, nm. 18 y 19; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., § 348, nm. 8; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 6; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 7.

⁶⁷⁴De esta forma, el Código penal italiano, en su art. 479, se refiere expresamente a que el documento ha de estar destinado a probar la verdad. Sobre la definición de documento público por la doctrina penal italiana vid. ampliamente, MALINVERNI, *I documenti pubblici nei reati di falsità*, op. cit., pp. 546 y ss. Sin embargo, parte de la doctrina italiana ha entendido que las conductas previstas en el art. 479 pueden cometerse no sólo en documentos públicos fehacientes, sino también en los que no lo sean, por la remisión a las penas del art. 476 CP italiano que el precepto prevé, y que se regulan según se trate de documento que haga prueba de la verdad salvo querrela de falsedad o prueba en contrario. Cfr. NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 86 y ss.

establecido en el art. 1218 CC, que hacen prueba frente a terceros del hecho que motiva su otorgamiento, pues la LEC no los diferencia de los documentos públicos. No ha de olvidarse que el precepto del Código civil está pensando en documentos autorizados por Notario. No será, pues, trasladable a los documentos oficiales que no hagan fe pública el contenido del art. 1218 CC sin más. Al igual que para los documentos públicos, será también necesario para aquéllos que una norma establezca los extremos a los que se extiende esa prueba privilegiada⁶⁷⁵, so pena, si así no se hiciera, de incriminar cualquier inveracidad cometida por un funcionario como falsedad documental⁶⁷⁶. Si tal regulación no existe, como es previsible que ocurra en determinados casos, no bastará el recurso al art. 1218 CC para fundamentar la subsunción en la falsedad, pues el Ordenamiento penal no puede erigirse en garante de la corrección de documentos que ni siquiera las normas de otras ramas del Derecho, encargadas de regularlos, contemplan. No puede

⁶⁷⁵El Tribunal Supremo no se interroga acerca de la existencia de esta norma específica, y condena por falsedad del art. 302.4 CP de 1973 al funcionario que “miente” al relacionar hechos en cualquier escrito. Cfr. SsTS 16 diciembre 1987 (RJ 9786), para el funcionario encargado de elaborar el presupuesto que servía de base a la lista definitiva de beneficiarios del servicio especial de Autónomos de la Seguridad Social, quien incluye personas no afiliadas a dicho régimen para quedarse con el dinero sobrante; 22 noviembre 1990 (RJ 9140) para los guardias civiles que en las actas de aprehensión de tabaco rubio establecieron cantidades menores a las realmente incautadas; 19 diciembre 1990 (RJ 9567) en que un funcionario de la Inspección Técnica de Vehículos cambia en la hoja de información que emite los números de matrícula y bastidor de un camión; 10 marzo 1994 (RJ 2118) en que un médico de la Seguridad Social expide recetas a nombre de beneficiarios falsos; 6 febrero 1995 (RJ 711) para un Alcalde que incluye en los impresos TC 2/8, que contienen la relación nominal de trabajadores por jornadas reales del Régimen especial agrario, a personas que no eran agricultores; 10 marzo 1995 (RJ 1824) en que un Subjefe Provincial de Tráfico firma y da curso normal a los impresos oficiales acreditativos de haber efectuado las pruebas para obtener el permiso de conducir sin haberlas realizado el beneficiario; 22 abril 1996 (RJ 2893) para los guardias civiles que aprehenden una partida de tabaco rubio de contrabando, quedándose con parte, que levantan atestado en el que hacen constar menos cajetillas de las incautadas; 16 mayo 1996 (RJ 4548) encargado de ITV que emite certificación en la que hace constar que un autobús se dedicaba al transporte escolar sin ser cierto; 10 enero 1997 (RJ 819) funcionario que emite orden de pago a una empresa de limpieza que trabaja para la Administración previa entrega de una factura que no corresponde a la realidad; 3 febrero 1997 (RJ 689) Gerente de urbanismo de un Ayuntamiento que en la propuesta no vinculante para la concesión de una licencia de obras hace constar que los informes de los servicios técnicos habían sido favorables a dicha concesión cuando no era así; 26 mayo 1997 (RJ 4134) Alcalde que emite un certificado en que se hace constar, mendazmente, la suspensión de un determinado espectáculo por causa de lluvia; 20 septiembre 1997 (RJ 6700) funcionario que en los impresos TC 2/9 que le facilitaba la Tesorería General de la Seguridad Social hacía constar trabajadores y jornadas supuestas; 31 marzo 1998 (RJ 2963) para el supuesto en que un Secretario de Ayuntamiento que falta a la verdad en la constatación del número de plazas hoteleras correspondientes al municipio en una cartificación; 6 abril 1998 (RJ 3152) Alcalde que presenta al Registro de la Propiedad documentación para lograr la inscripción de una finca expropiada a favor del municipio cuando las actas de ocupación de dicha finca habían sido anuladas en vía contencioso-administrativa; 22 abril 1998 (RJ 3787) Alcalde de Ayuntamiento que en informe remitido al Jurado Provincial de Expropiación afirma que el expropiado había manifestado en el acta su aceptación cuando el mismo rechazaba el precio ofrecido por el Ayuntamiento; 8 junio 1998 (RJ 5155) Presidente de un Tribunal de selectividad que documenta inverazmente notas de exámenes de determinados alumnos en las correspondientes actas.

⁶⁷⁶Sobre la problemática cuestión de extender el concepto de documento oficial más allá de aquel emitido por un funcionario no fedatario pero que haga también fe pública, vid. ECHANO BASALDÚA, *Aproximación histórica al concepto de documento oficial*, op. cit., p. 762.

incriminarse la afectación a la supuesta función probatoria de un escrito al que el Ordenamiento jurídico no le reconoce una especial eficacia como prueba.

La exigencia de que el documento oficial ha de estar destinado, en todo caso, a la prueba de un determinado hecho y que así lo reconozca una norma extrapenal, implica necesariamente que no entrarán aquí aquellos documentos que la Administración emite *ad intra*, que sirven a la ordenación interna de la misma o a la mejora de los servicios que ella pueda prestar.

B.a) La declaración del particular ante el funcionario y la distinción entre falsedad ideológica y simulación civil

Partiendo de que lo que se tutela en el núm. 4 del art. 390 CP es la función probatoria del documento, lo que el funcionario que documenta ha de recoger es la declaración que el particular efectúa, sin atender a si la misma es o no veraz. La fuerza probatoria reforzada en los documentos públicos se refiere, como se ha mencionado, a aquellas manifestaciones que el funcionario hace bajo su responsabilidad, y no a la transcripción de las que otros realicen ante él⁶⁷⁷. Por tal vía puede limitarse drásticamente, como ya lo ha hecho la doctrina del Tribunal Supremo basada en las funciones que el documento desempeña, el ámbito de la tipicidad de las mendacidades que los otorgantes de un documento efectúen ante un Notario. Así, por ejemplo, la escrituración en un documento público de compraventa de un precio inferior a aquel por el que realmente se vende el inmueble es atípica, pues el documento no hace prueba del precio de la transacción⁶⁷⁸. Lo mismo puede decirse en el caso en que el vendedor manifieste que el inmueble se encuentra libre de cargas, no siendo así⁶⁷⁹. Cuestión distinta será aquella en la que la declaración del particular afecte a un extremo sobre el que el documento hace fe, como el caso de presentar un documento de identidad falso ante Notario, que documenta que la persona que le ha presentado aquel documento, cuya identidad no corresponde con la real, es vendedor, por ejemplo, de un determinado inmueble, pues en este caso puede estarse utilizando al Notario como instrumento. El particular es autor mediato de la falsedad.

Íntimamente relacionados con estos supuestos están aquellos en los que los particulares declaran ante los Notarios que realizan un determinado contrato que encubre una relación jurídica distinta o que encubre la inexistencia misma de

⁶⁷⁷En tal sentido, LEYVA Y SUÁREZ, *El instrumento público y la justicia penal*, op. cit., p. 135 y ss, manifiesta que hay que diferenciar entre existencia y contenido de la declaración del particular, de manera que sólo la existencia de la declaración en su construcción gramatical y en su sentido literario es lo único que se incorpora al hecho del otorgamiento de la escritura notarial; vid. también FINZI, *I reati di falso*, op. cit., p. 449; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 834.

⁶⁷⁸En el mismo sentido, expresamente, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t. II (parte especial)*, op. cit., p. 206; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 305; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 838; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., § 271, nm. 21; WESSELS, *Stafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 192; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 113.

⁶⁷⁹No obstante, respecto de esta cuestión ha de hacerse una puntualización, el art. 175.1 Reglamento Notarial, en que se afirma que antes de autorizar una escritura de transmisión o gravamen de bienes inmuebles, el Notario deberá obtener dentro de los cuatro días hábiles anteriores al otorgamiento información del Registro de la Propiedad. Sin embargo, el pfo. 2 b) de dicho artículo establece que "cuando el adquirente declare su voluntad de prescindir de la información registral, por su conocimiento de la situación jurídica del inmueble" puede prescindirse de la petición de información al registro. En el primer caso, si el Notario declarase que el bien está libre de cargas cuando hay, por ejemplo, una servidumbre escrita en el Registro, cometería falsedad del art. 340.1.4 CP, pues da fe de lo que oye, ve o percibe por los sentidos, pero no en el segundo, en que la declaración la efectúa el particular.

cualquier relación, esto es, aquellos en que las partes otorgan ante el fedatario un contrato total o parcialmente simulado⁶⁸⁰. La posible incriminación de la simulación civil como falsedad documental tan sólo puede plantearse con base en el núm. 4º del art. 390 CP, tal como en alguna ocasión ha hecho el Tribunal Supremo⁶⁸¹, pues el no declarar la verdadera voluntad contractual no puede incriminarse conforme a ninguna de las otras modalidades comisivas del art. 390. Es más, sólo puede plantearse esta cuestión en relación con las declaraciones de este tipo que los particulares efectúan ante los fedatarios públicos, ya que los privados no pueden ser autores inmediatos de esta modalidad falsaria.

La simulación civil no siempre ha sido una institución que se haya separado netamente de la falsedad ideológica. Se había afirmado que la falsedad ideológica es una simulación punible⁶⁸², e incluso algún autor en nuestro país admitió que debía incriminarse como falsedad documental⁶⁸³. Sin embargo, modernamente la doctrina ha diferenciado ambas figuras, admitiéndose generalmente que la simulación dará lugar, en su caso, a la estafa, concretamente a la prevista en el art. 251.3 CP cuando de ello pueda resultar perjuicio para un tercero, pero no a la falsedad documental⁶⁸⁴.

Los argumentos barajados para diferenciar ambas figuras han sido fundamentalmente la distinta naturaleza de las declaraciones en que la simulación

⁶⁸⁰Sobre el concepto civil de simulación, vid. por todos, LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil*, I, vol 3º, op. cit., pp. 203-207; Díez PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol I, op. cit., pp. 530-536; ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol 2º, op. cit., pp. 243-255; LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251 del Código penal de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 229.

⁶⁸¹Cfr. SsTS 10 noviembre 1989 (RJ 8604) en que se condena por el art. 302.4 en relación al 303 CP de 1973 a los comparecientes que ante Notario otorgan una escritura pública de compraventa, sin que se haga entrega del precio, que es inexistente, pues la supuesta venta se hace para que el comprador pudiese cobrar en especie una deuda que el vendedor había contraído anteriormente con él; sin embargo, en sentencia 1 julio 1991 (RJ 5843) el Tribunal califica conforme a la estafa de otorgamiento de contrato simulado del art. 532.2 CP de 1973, no por el 302.4, el otorgamiento de un contrato simulado ante Notario para alzarse con los bienes. En un supuesto semejante (calificado por STS 14 julio 1989) DE VICENTE REMESAL, *Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público: delimitación y cuestiones concursales*, en *La Ley*, 1990-3, p. 129, admite la posibilidad de incriminación de la conducta conforme a la falsedad del art. 302.4 CP de 1973 (sic).

⁶⁸²Sobre esta cuestión vid. MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 284-285, que afirma que en épocas anteriores se había considerado que la simulación constituía falsedad si perjudicaba a tercero.

⁶⁸³De tal opinión, CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal (exposición y comentario)*, op. cit., p. 182; sin embargo, posteriormente cambiará su parecer, cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t II (parte especial)*, op. cit., p. 266, postula que no cabe incluirla en el art. 302 CP de 1973; DE VICENTE REMESAL, *Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado...*, op. cit., p. 129; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 215, para quien no cabe duda de que se falta a la verdad en la narración de los hechos "puesto que éstos no se corresponden con la realidad por mucho acuerdo que exista entre las partes"; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 233, cuando dicen que "el contrato simulado es una manifestación de falsedad ideológica, en la que las partes falta a la verdad en la narración de los hechos".

⁶⁸⁴Ya CARRARA, *Programa de Derecho criminal. Parte especial*, op. cit., pp. 286-287, § 3659, advirtió que confundir falsedad y simulación era un grave error, pues aunque la simulación pueda tener relevancia penal será como estafa; LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251 del Código penal de 1995*, op. cit., p. 157, cuando dice "en el contrato simulado se consigna en el documento una declaración de voluntad diferente del efectivo querer interno, lo cual, en puridad de conceptos, no supone propiamente una falsedad porque las partes han expresado en el documento su propia declaración de voluntad".

puede producirse y de aquellas otras en que cabe la falsedad ideológica y, cuando de contratos otorgados ante Notario u otro fedatario público se trata, el que la fe pública no alcanza al contenido de lo declarado por las partes. Por un lado, en relación con el primero de ellos, puede afirmarse que una declaración contractual es siempre una declaración de voluntad, en la que difícilmente puede faltarse a la verdad en la narración de los hechos, puesto que no se relatan hechos, sino que se documentan voluntades, mientras que las declaraciones respecto de las que es hipotetizable la falsedad ideológica son solamente aquellas en las que se narran sucesos o hechos, denominadas testimoniales o narrativas⁶⁸⁵. Por otro lado, cuando las partes acuden a un fedatario público para escriturar un contrato que entre ellos celebren, la falsedad ideológica consistirá en la consignación de declaraciones distintas a las efectuadas por las partes. No cabe faltar a la verdad cuando se reproduzca fielmente el tenor de las declaraciones emitidas, independientemente de que lo declarado coincida o no con la voluntad interna no manifestada⁶⁸⁶.

Existen aún otros criterios diferenciadores entre ellas, concretamente entre la falsedad y el delito de otorgamiento de contrato simulado. Así la necesaria existencia de un documento en la falsedad frente a la posible ausencia del mismo en este tipo específico de estafa, o la concurrencia de dos coautores en la simulación cuando la falsedad ideológica puede efectuarla una sola persona. También el requisito de la causación de perjuicio para que el otorgamiento de contrato simulado sea típico lo diferencia de la falsedad, lo mismo que la exigencia de que afecte siempre al elemento espiritual del contrato, pudiendo afectar la falsedad a éste o al material⁶⁸⁷. No obstante, tales criterios, si bien manifiestan divergencias entre los dos delitos, no bastan por sí solos para excluir que la simulación pueda constituir una falsedad documental.

Ni siquiera el argumento relativo al tipo de declaración que el documento escriture basta por sí sólo para desterrar definitivamente la simulación de la falsedad documental. Ha de tenerse en cuenta que en una escritura notarial que contenga el otorgamiento de un contrato existen tanto declaraciones de voluntad, las que las partes efectúan, cuanto una declaración narrativa, la del Notario que da fe de lo ante él acontecido. Si no se pone coto a la indagación de la veracidad que el Notario ha de investigar, podría llegar a afirmarse que, de no coincidir las declaraciones de las partes con su voluntad real, la declaración testimonial del

⁶⁸⁵De esta opinión, CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., p. 49, la falsedad interna, forma en que él se refiere a la falsedad tradicionalmente denominada ideológica, se diferencia de la simulación en que en ella la mentira se refiere a las declaraciones de verdad, mientras que la simulación se predica de las declaraciones de voluntad; CARACCIOLI, *Osservazioni in tema di struttura giuridica del falso ideologico*, op. cit., p. 1158; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 183 y 188; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1062.

⁶⁸⁶CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t. II (Parte especial)*, op. cit., p. 266; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 485, quien afirma que en el "faltar a la verdad en la narración de los hechos" se sanciona una forma de simulación en cuanto se tiende a encubrir la verdad concertada, aunque considera que no es falsa la escritura en que se documenta lo que las partes han dicho, a pesar de que lo dicho no concuerde con la realidad, LEYVA Y SUÁREZ, *El instrumento público y la justicia penal*, op. cit., p. 133; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 835; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 193; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 269; MIRTO, *La falsità in atti*, p. 287, implícitamente, cuando afirma que la no verdad querida del acto se afirma como verdad frente a los terceros, donde la falta de verdad no tiene eficacia, debiendo ser tomado y valorado como verdadero respecto a quien ha sido extraño a la manifestación de la inveracidad.

⁶⁸⁷Expone tales diferencias CAMARGO HERNÁNDEZ, *Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado*, en ADPCP, 1964, fasc. II, p. 1964.

funcionario es inveraz. Por tal razón, el único argumento definitivo es el que excluye la simulación civil de la falsedad con base en la función probatoria del documento notarial. Desde este prisma, el valor probatorio reforzado que ostenta el documento público se extiende solamente a lo que el funcionario declare bajo su responsabilidad, circunscrito a que ha oído a las partes efectuar determinadas declaraciones, independientemente de que las mismas coincidan con su verdadera voluntad.

La única forma, por tanto, de acabar definitivamente con la confusión generada entre la simulación y la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.4º CP es prescindir también aquí de un concepto de veracidad que tenga que ver con la verdad absoluta, y centrarse en la función probatoria que el documento desempeña en el tráfico. La voluntad que cuenta, aquella que ha de documentar el Notario, es la declarada, no la interna, y sólo de la concordancia de tal voluntad declarada con la escriturada hace prueba frente a terceros la escritura pública.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha practicado en los últimos tiempos una diferenciación tajante entre el delito previsto en el art. 251.3 CP y la falsedad documental del núm. 4 del art. 390.1 CP⁶⁸⁸. La causa del deslinde ha de buscarse en que cada vez más se acude al expediente de la triple función del documento para caracterizar la falsedad documental. Sin embargo, el nivel de exigencia que presenta la jurisprudencia para admitir la tipicidad de inveracidades manifestadas ante funcionario documentador no la traduce a los supuestos de creación de documentos con contenido completamente inveraz -las facturas emitidas por servicios no prestados-. La inobservancia de los requisitos que para la falsedad se derivan de la funcionalidad del documento puede conducir de nuevo a la incriminación de conductas en que la voluntad manifestada no se corresponda con la real; aunque en esta ocasión subsumiéndolas en la “simulación” de documento del art. 390.1.2.º CP.

B.b) La narración de hechos y la falsedad ideológica en documento dispositivo

La lacónica descripción que de la conducta típica hace el núm. 4º del art. 390 CP contiene, sin embargo, una referencia clara, pues se hace mención a la “narración de los hechos”. Esto supone que la falta de verdad sólo puede cometerse cuando el acto de documentación consista en el dar cuenta de unos determinados hechos. Por hechos cabe entender, como dijera CÓRDOBA⁶⁸⁹, los datos de la realidad, que no sólo son conductas humanas, sino también, por ejemplo, la descripción de las características de un determinado inmueble⁶⁹⁰. O lo que es lo mismo, ha de tratarse de constataciones que impliquen juicios sobre el “ser” de las cosas, de carácter naturalístico, y no de valores que pertenecen al

⁶⁸⁸Tanto es así que, por ejemplo, en la STS 9 julio 1997 (RJ 5489) se absuelve del delito de falsedad documental a un Secretario Judicial que autoriza varios matrimonios “blancos” conociendo que lo eran, sobre la base de que no se ha afectado a ninguna de las tres funciones documentales, casando la sentencia de la Audiencia Provincial, que había condenado por falsedad del art. 302.4 CP de 1973; o la STS 25 marzo 1997 (RJ 1951), que considera, con la misma argumentación, que el libramiento de una letra de favor no constituye falsedad. Son supuestos en que no puede hablarse estrictamente de contrato simulado, pero sí de acuerdo entre dos personas para manifestar declaraciones que disienten de su voluntad interna.

⁶⁸⁹CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 824; en el mismo sentido, CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 280.

⁶⁹⁰Con respecto a ellas, el art. 170 Reglamento Notarial establece que su descripción la harán los Notarios, de lo que se infiere que sí son cubiertas por la prueba privilegiada de la escritura notarial.

mundo del “deber ser”⁶⁹¹, la referencia a elementos fácticos del documento relevantes en una relación jurídica⁶⁹². Por hechos, según lo apuntado, puede entenderse todo aquello que sea contrastable, que tenga que ver con acontecimientos acaecidos fuera del propio documento y que, a causa de su objetividad, por todos serían constatados de una forma esencialmente igual. Todos los hombres, salvo los que padecen daltonismo, coinciden en afirmar que un determinado objeto es de color rojo; sin embargo no todos afirmarán lo mismo en relación con la capacidad de obrar de otro⁶⁹³. Desde este prisma, también la fecha de emisión del documento puede considerarse un hecho⁶⁹⁴.

Los hechos se narran falsamente cuando se documentan de forma distinta a como han acaecido. Requisito imprescindible será, por tanto, que hayan acaecido ante quien los documente, que sólo ha de escriturar aquello que percibe con sus sentidos, y no la verdad absoluta de lo sucedido. Tal falsa documentación puede suceder por cualquier divergencia relevante con el proceso realmente acontecido, lo que también puede verificarse mediante la omisión de determinados extremos, que no implica necesariamente la “comisión por omisión” del delito⁶⁹⁵.

Puesto que el tipo se refiere a la narración de hechos, tiene aquí todo el sentido interrogarse acerca de si el mismo puede cometerse en los documentos de carácter dispositivo. Como en otro apartado de este trabajo se ha mencionado, documentos dispositivos son aquellos que contienen una declaración de voluntad, generalmente dirigida al surgimiento, modificación o extinción de una determinada relación jurídica, como una licencia administrativa de obras o una sentencia judicial⁶⁹⁶. En contraposición con ellos, los documentos narrativos o testimoniales son los que instituyen una declaración de ciencia o de conocimiento, así un acta notarial o el documento nacional de identidad. La mayoría de la doctrina, e incluso la jurisprudencia en países de nuestro entorno jurídico⁶⁹⁷, se ha mostrado partidaria

⁶⁹¹En tal sentido, MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 362.

⁶⁹²En opinión del TS, manifestada en STS 5 mayo 1995 (RJ 3617), que dice textualmente que “no se refiere a calificaciones jurídicas”, concretamente a si un determinado negocio es o no una donación; en el mismo sentido, ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., 795.

⁶⁹³En tal sentido, el art. 167 Reglamento Notarial, establece “el Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto en que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”. La capacidad se determina según el “juicio del notario”, no como una afirmación categórica.

⁶⁹⁴De esta opinión NUÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, op. cit., p. 446.

⁶⁹⁵En parecido sentido, CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 459; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. II, op. cit., p. 796.

⁶⁹⁶Vid. más ampliamente sobre este cuestión supra cap. I, apartado 2.3.1.A). Puede tenerse también en cuenta la discutible conclusión a la que llega PROTO, *Il problema dell'antijuricità nel falso documentale*, op. cit., pp. 130-131, quien partiendo de que lo que caracteriza al documento narrativo es constatar un determinado estado de cosas, no es necesario que contenga la indicación de un autor para adquirir la condición de documento. No obstante, tal conclusión no es de recibo, la condición de documento de un escrito determina la posibilidad de que sea objeto material de una conducta falsaria, si para adquirir la condición de documento no es necesaria la reconocibilidad del autor de la declaración nos encontraremos con que el objeto puede ser susceptible de falsedad del núm. 4 del 390.1 CP, pero nunca del núm. 2, pues exige la inducción a error sobre la autenticidad.

⁶⁹⁷Sobre la jurisprudencia alemana en esta materia vid. PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 28, § 348, nm. 22, donde se pone de manifiesto que para los Tribunales alemanes los documentos dispositivos públicos no pueden ser

de admitir la falsedad ideológica solamente en los documentos testimoniales, referidos a hechos que pueden ser contrastados; pero no en los dispositivos, sobre la base de que una declaración de voluntad no puede nunca ser verdadera o falsa⁶⁹⁸. Del mismo modo, se afirma también que no cabe hablar de falsedad ideológica en los juicios de valor, pues tampoco en este caso existe un dato objetivo inmutable que permita determinar la veracidad o falsedad del juicio⁶⁹⁹.

Sin embargo, la separación entre documentos dispositivos y narrativos, entre juicios de valor y juicios de ciencia, no es tan tajante. Se ha puesto de manifiesto que algunos documentos dispositivos tienen una parte narrativa, que generalmente es el presupuesto que da pie a la posterior declaración de voluntad - como la declaración de hechos probados en una sentencia- donde sí puede haber la falsedad ideológica⁷⁰⁰, o que la naturaleza descriptiva o ejecutiva de un determinado enunciado depende del contexto⁷⁰¹.

objeto de protección en su veracidad, cuya tutela se produce solamente en los documentos testimoniales.

⁶⁹⁸Vid. CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., p. 157, para quien sólo el documento narrativo admite la mentira, mientras el documento dispositivo no puede ser más que contrahecho; CRESPI/STELLA/ZUCCALA, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., p. 916; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., pp. 182 y 185; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 110 y ss; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 273; MALINVERNI, *I documenti pubblici nei reati di falsità*, op. cit., p. 547. En Alemania, aquellos aspectos sobre los que los documentos dispositivos y narrativos públicos tienen un valor probatorio reforzado los establecen expresamente los §§ 417 y 418 ZPO, y apoyándose en estas disposiciones deduce la doctrina que la falsa documentación sólo cabe en los documentos testimoniales. Cfr. PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 632-633; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nms. 14 a 16; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 317, nm. 742; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 271, nms. 31, 35 y 36.

⁶⁹⁹De esta opinión, MALINVERNI, *I documenti pubblici nei reati di falsità*, op. cit., p. 566, que junto a ellos excluye de la falsedad ideológica en los juicios fundados en criterios técnicos, como la afirmación de que un sujeto se encuentra afectado por una alteración psíquica; GROSSO, *Sulla configurabilità del vero di firma come falso ideologico*, en *La Giustizia Penale*, 1979, parte seconda, pp. 583 y ss, utiliza la diferencia entre declaración de ciencia y de juicio para diferenciar la autenticación de la firma de la afirmación de que la misma es verdadera -*vero di firma*- por parte de un Notario. Expone que en la primera el Notario afirma que la rúbrica es verdadera y se ha puesto en su presencia, con lo que faltando a la verdad el documento es inauténtico, mientras en el *vero di firma* no cabe la falsedad ideológica. Sobre la regulación de esta cuestión en Derecho español vid. arts. 256-264 Reglamento Notarial. La tesis de GROSSO podría ser también trasladable a nuestro Ordenamiento desde el momento en que el art. 256.1 Reglamento Notarial manifiesta "La legitimación de firmas es un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del Notario, o el juicio de éste sobre su pertenencia a persona determinada", admitiéndose que la legitimación se efectúa en el mismo momento de la estampar la firma o con posterioridad. Se muestra disconforme con la exclusión de la falsedad ideológica de los juicios de valor, RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 48, pues según él no hay aserción en la que no exista un juicio de valor.

⁷⁰⁰Vid. SPAGNOLO, *Sulla configurabilità del falso ideologico nella sentenza e nei documenti "dipositivi"*, en *Archivio penale*, 1969, parte I, pp. 222 y ss, quien admite que en las sentencias judiciales, separándose los actos de deliberación y de documentación cabe la falsedad ideológica. Si bien admite que es difícil efectuar tal disociación cuando quien juzga es un sólo juez, cabe en los fallos efectuados por Tribunales cuando se tenga por presente en el acto de la deliberación a un Magistrado que no lo ha estado, o cuando se consignen en la sentencia cuestiones distintas a las deliberadas.

⁷⁰¹Cfr. NAPPI, *Falso e legge penale*, pp. 113 y ss, para quien cualquier enunciado puede asumir, además de un significado inmediato que determina su naturaleza descriptiva o ejecutiva, otros significados ulteriores y de diferente naturaleza. A efectos de establecer si un enunciado es susceptible de falsedad o verdad considera que ha de tenerse en cuenta

Para resolver esta cuestión ha de tenerse en cuenta que lo que se protege en el núm. 4º del art. 302 CP es el valor probatorio reforzado que sobre determinados aspectos tienen los documentos públicos, generalmente aquellos confeccionados con la finalidad de probar unos hechos. Sólo respecto de ellos cabe este tipo de falsedad. Además ha de advertirse que el tenor del precepto se refiere a la “narración de hechos”. Por tanto, para que en un documento de contenido preferentemente dispositivo quepa este tipo de falsedad, son necesarias dos condiciones. La primera de ellas es que la consignación del hecho tenga un valor probatorio elevado, reconocido explícita o implícitamente en una norma jurídica; la segunda es que el documento ha de hacer específica mención al hecho, lo que se deduce del término típico “narración”, sin que sea suficiente que la verificación del hecho falseado sea presupuesto necesario para emitir la declaración de voluntad⁷⁰². El hecho, por tanto, ha de estar específicamente consignado en el documento. Si cualquiera de estas dos condiciones falta en el concreto supuesto, no se dan todos los elementos requeridos por el tipo. No puede afirmarse entonces que la conducta constituya un atentado penalmente relevante a la función probatoria del documento, lo que en modo alguno implica la declaración de atipicidad respecto a otros ilícitos penales.

Basta, para terminar, ilustrar tal conclusión con algún ejemplo. Tomemos el caso planteado por SPAGNOLO⁷⁰³, en que en el fallo emitido por un Tribunal se tienen por asistidos a la deliberación Jueces o Magistrados que no han estado presentes o se constatan cuestiones distintas a las deliberadas. No puede defenderse la aplicación del art. 390.1.4º CP. Por un lado, la sentencia judicial supone una decisión congruente con unos hechos declarados probados que, recordemos, salvo en las pruebas con valor tasado, dependen de la libre apreciación del Juez. No es un documento cuya misión consista en probar que en el acto de una deliberación han intervenido varios Magistrados. Por otro lado, el documento que contiene la sentencia no suele referirse expresamente a que en la deliberación hayan participado determinadas personas que hayan efectuado ciertas declaraciones, sino que es el continente de la decisión adoptada por el colegio y redactada por el ponente. La irregularidad procedimental no se convierte aquí en falsedad documental, lo que no supone que no pueda causar la nulidad del proceso

2.2-Comisión por omisión en la falsedad documental

La cuestión de la posibilidad de cometer la falsedad documental por omisión afecta a todas las modalidades típicas del art 390 CP. A pesar de haber hecho ya sucinta referencia a la misma al comentar las distintas modalidades comisivas, la complejidad del tema y la divergencia de opiniones que el mismo ha suscitado abona la necesidad de referirse específicamente a él.

Naturalmente no nos estamos refiriendo a la omisión pura o propia, atendidas las consideraciones que la propia doctrina ha efectuado en orden a la admisibilidad de la omisión pura, que la relacionan siempre con la específica

solamente su significado inmediato. Sin embargo, sí admite la falsedad ideológica en aquellos juicios de valor que intervengan en contextos que impliquen la aceptación de parámetros de valoración normativamente determinados, poniendo como ejemplo de este supuesto la falsedad en balances.

⁷⁰²De parecida opinión PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 13, quien afirma que las condiciones para que se tome una decisión no las alcanza el deber de veracidad, salvo que estén descritas en el documento y así lo exija la Ley. Vid. también OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 370, que dice que el hecho documentado ha de surgir del propio documento y no de conclusiones mentales.

⁷⁰³Vid. supra nota 695.

previsión de la forma omisional en la Ley⁷⁰⁴. Sin embargo, aun cuando no se acoja como criterio válido para la distinción entre omisión pura o comisión por omisión la específica tipificación de la no realización de la conducta debida⁷⁰⁵, la misma descripción de las conductas contenidas en el art. 390 CP veta la posibilidad de que la falsedad documental pueda cometerse por el puro no hacer, pues el delito de falsedad exige la producción de un resultado⁷⁰⁶. Es más la conducta descrita supone la creación de un documento apócrifo, bien “alterando” un documento, bien “simulándolo”, “suponiendo” la intervención de personas, “atribuyéndoles” declaraciones distintas a las efectuadas, o “faltando” a la verdad al “narrar” unos hechos. Al no negar el legislador la acción con la partícula “no” antepuesta al verbo que constituye el núcleo de la acción típica⁷⁰⁷, no cabe plantearse la incriminabilidad de la omisión pura en el art. 390 CP⁷⁰⁸.

Cabe, no obstante, interrogarse aun acerca de la posibilidad de la comisión por omisión en la falsedad documental. La doctrina española no ha sido unánime sobre este punto y, en ocasiones, los distintos autores se han pronunciado a favor o en contra sin ni siquiera hacer mención a si se referían a la omisión pura o a la comisión por omisión. Sin embargo, la mayoría de los juristas se han manifestado partidarios de esta posibilidad, generalmente con base en la existencia de deberes de fidelidad en la reproducción de los hechos por parte de los funcionarios que tienen por cometido la redacción de documentos⁷⁰⁹. Aunque otro sector de la

⁷⁰⁴En este sentido, vid., por todos, QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 305, en que se afirma que “se llama omisión pura o propia a aquel comportamiento pasivo, expresamente tipificado, que el derecho sanciona con una pena”, tratándose, por tanto, de comportamientos descritos en tipos legales.

⁷⁰⁵Cfr., MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 4ª edición, Ed. PPU, Barcelona, 1996, p. 299, para quien los delitos de omisión pura consisten en el mero no hacer algo determinado, constituyen pues tipos contrapartida de mera actividad en la omisión, mientras los delitos de comisión por omisión son tipos equiparables a los delitos de resultado en la omisión, mostrándose contrario al entendimiento de que la diferencia entre uno y otro tipo de ilícitos se establezca en función de su específica previsión en el tipo legal.

⁷⁰⁶Acerca de la naturaleza de delito de resultado de la falsedad documental vid. infra cap. III, apartado 1.2.1. B).

⁷⁰⁷La mayoría de los verbos -a salvo quizá exclusivamente del mismo verbo “omitir” u otros verbos negativos, como “denegar”, “rehusar”, “dejar de”- describen acciones positivas, por ello, el legislador, al tipificar omisiones propias, suele negar la conducta positiva que el verbo supone. Así en el art. 195 CP se refiere a quien “no socorriere” a una persona que se halle desamparada y el peligro manifiesto y grave, o “no demandare” con urgencia auxilio ajeno”, o en el art. 450 CP se refiere a quien “no impidiere” la comisión de un delito o “no acuda” a la autoridad o sus agentes.

⁷⁰⁸En relación específica con la falsedad documental, excluyen explícitamente la omisión pura, JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 492, para quien la falsedad omisiva nunca existiría porque el documento no nace de la nada, o sea, omitiendo, pues ha de haber en todo caso una acción-omisión; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 195-198, quien, en relación con la falsedad en documento privado, después de plantearse si del verbo “cometiere” implica necesariamente conducta activa, admite que no cabe la omisión pura; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 311.

⁷⁰⁹Ya VIADA, *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 388, admite la omisión para el caso de un funcionario público encargado de la contabilidad que omite fraudulentamente en los libros de cuentas la inscripción de sumas o valores que recibiera por razón de su cargo. Cfr. también CUELLO CALÓN, *Derecho penal. T II (parte especial)*, op. cit., pp. 268-269, para quien la alteración de la verdad por omisión, además de ser maliciosa, ha de afectar a la sustancia y a los efectos del documento; CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (exposición y comentario)*, op. cit., pp. 179-181; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 195, quien admite que la omisión cabe en el amplísimo término de alteración del nº 6 y en la descripción del nº 4 de

doctrina haya manifestado su disconformidad con esta posibilidad⁷¹⁰. La jurisprudencia, por su parte, aunque en alguna sentencia ha admitido la posibilidad de comisión omisiva de la falsedad documental cuando se omiten deliberadamente

art. 302 CP de 1973, por lo menos en las modalidades que él denomina parcialmente omisionales, en las que se oculta sólo un extremo del texto; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 668; si bien, el mismo QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 635, reconoce que la falsedad omisional ha de corresponder a un deber concreto de veracidad o de obrar positivamente, por lo que tiene especial interés para las modalidades de funcionarios; FERRER SAMA; *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 344; PUIG PEÑA, *Derecho penal, t. III.. Parte especial, vol. 1º*, op. cit., pp. 213-214, según quien cuando la omisión maliciosa causa la alteración de la verdad, afecta a los efectos del documento, hay falsedad documental; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t II. Parte especial*, op. cit., p. 139, quien admite la comisión por omisión en los delitos de falsedad cuando proviene de persona obligada a no omitir lo que en el documento falta, como el caso de omitir en un Registro la inscripción de un documento que hace que el Registro, como documento complejo, sea falso, o en libros de contabilidad el no sentar alguna partida que debía constar; de la misma opinión, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 981; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedad...*, op. cit., p. 1064, quien postula la admisión de la comisión por omisión cuando haya un deber jurídico de actuar por parte de quien omite; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 347, quien admite la omisión para el funcionario, a quien se le reconoce un deber especial de actuar en el ejercicio de su función, aunque niega tal posibilidad en determinadas modalidades comisivas de las previstas en el art. 302 CP de 1973, así en los núms. 1º, 6º, 8º de dicho artículo; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 312-313, que asume la incriminabilidad en comisión por omisión cuando el sujeto omitente esté obligado a la constatación documental de determinadas situaciones, debiendo estar sometido a una determinada obligación que le impela al cumplimiento correcto de la documentación que lleva a cabo, pudiendo ser determinados particulares los omitentes; en parecido sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 634, que se muestra favorable a la admisión de la comisión por omisión en las falsedades que consisten en la constatación falsa de un hecho; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, op. cit., p. 119, con expresa referencia a los casos de omisión en registros y libros de contabilidad; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, p. 212, en que admite que cabe la comisión por omisión en el núm. 4 del art. 390.1 CP cuando el sujeto deja de consignar datos, hechos, circunstancias o cualquier otro extremo esencial estando obligado a ello y con conocimiento no sólo de que tal es su obligación, sino que de tal omisión derivan efectos para el tráfico jurídico; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, op. cit., pp. 258-259; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3678, quienes admiten la omisión en el faltar a la verdad en la narración de los hechos; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 236, implícitamente, pues sólo niega la posibilidad de omisión en el núm. 1 del art. 390.1. CP; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 277 y ss. También en Italia y Alemania se ha admitido la posibilidad de omisión; vid. MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 289; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 835, quien sólo admite falsedades ideológicas por omisión; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 348, nm. 14; BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 286.

⁷¹⁰En este sentido, claramente, JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 492. También en Italia diversos autores se han pronunciado en contra de admitir la omisión en las falsedades, así CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 177, para quien tanto en la falsedad material o ideológica el precepto penal consiste en indicar una obligación de no hacer, siendo la conducta de naturaleza comisiva siempre; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 788, tan sólo en la falsedad material excluye la omisión.

datos que han de constar en el documento⁷¹¹, no se ha pronunciado siempre a favor de la misma en casos en que los omitentes sean los particulares⁷¹².

La falsedad documental, en tanto que delito de resultado, sí puede, en principio, fundamentar una responsabilidad en comisión por omisión. Dicho esto, hay no pocas objeciones técnicas que dificultan tal admisibilidad. Por un lado, el que el legislador de 1995 haya establecido, en el art. 11 CP, una cláusula general que equipara en penalidad la comisión por omisión a la conducta activa cuando se cumplan los requisitos en él establecidos. A pesar del establecimiento de un sistema de *numerus apertus* en relación con el tipo omisivo, la incriminabilidad de la omisión no puede admitirse en los delitos de mera actividad, además de que no todos los bienes jurídicos tutelados por los distintos delitos son tan fundamentales como para justificar igual punición a su lesión o puesta en peligro por medio de la conducta activa u omisiva⁷¹³. Por otro lado, la falsedad documental no es un tipo prohibitivo de causar, esto es, no es un delito de resultado de medios indeterminados, como el homicidio o las lesiones. Las modalidades comisivas, justamente definidoras del concepto jurídico-penal de falsedad, son las descritas en el art. 390 CP, lo que supone que, en caso de admitirse la posibilidad de falsedad documental en comisión por omisión, la identidad estructural⁷¹⁴ que ésta deba

⁷¹¹Vid. STS 21 marzo 1989. La admisión de la falsedad omisiva por la doctrina jurisprudencial se demuestra, además, en virtud de las afirmaciones de diversos autores, así CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (explicación y comentario)*, op. cit., p. 181; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 531; PUIG PEÑA, *Derecho penal, t. III. Parte especial, vol. 1º*, op. cit., p. 214; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 212.

⁷¹²En este sentido, STS 8 mayo 1992 (RJ 3766), en que absuelve de falsedad al empleado de un banco que omite sentar operaciones realizadas en los libros de contabilidad, con base en que no se admite la falsedad documental por omisión. No obstante, en STS 1 febrero 1996 (RJ 869) se condena por falsedad en documento mercantil al director de una sucursal bancaria que no contabilizó un ingreso de 10 millones de pesetas en una cuenta, argumentando que tenía la obligación de llevar los libros oficiales con arreglo a la Ley.

⁷¹³En relación con las críticas de que puede hacerse acreedora una cláusula genérica incriminadora de la comisión por omisión vid. HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 160-163, quien propone, de *lege ferenda*, que al igual que nuestro legislador ha hecho con la imprudencia, también con la comisión por omisión se adoptase un sistema de incriminación específica, sólo en referencia con ilícitos que afectan a la vida e integridad física, en virtud de que sólo respecto de estos bienes jurídicos se admite la omisión del deber de socorro. En relación con el nuevo Código penal, HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 29, en que mantiene invariada su opinión. Anteriormente, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, p. 364, se había mostrado partidario de establecer un sistema de *numerus clausus* de las que él llama omisiones puras de garante. También sobre conveniencia de tipificar en la parte especial las comisiones por omisión vid., MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 87, quien entiende que lo más correcto sería establecer una cláusula genérica de definición de esta figura en la parte general, pero acompañada de un sistema de *numerus clausus* en la parte especial.

⁷¹⁴A este término se refiere SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, op. cit., p. 369 y ss, como fundamentador de la relevancia penal de la comisión por omisión para limitar la amplitud que la misma podría alcanzar acudir al único expediente de la posición de garante. Parcialmente en discordancia con este autor, LUZÓN PEÑA, *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, en Poder Judicial*, 2ª época, nº 2, 1986, pp. 83-84, quien, a pesar de coincidir con Silva en la necesidad de la equivalencia, considera que no basta con el compromiso del omitente o con que éste tenga en sus manos el riesgo real o hipotético, actuando como barrera de contención, sino que es necesario que la omisión cree o aumente de modo concreto o

mostrar con la conducta activa habrá de ir necesariamente referida a uno de los números de dicho precepto penal⁷¹⁵.

Dejando a un lado la problemática técnico-jurídica de la falsedad documental en comisión por omisión, lo cierto es que se ha acudido al expediente de la omisión para criminalizar por esta vía conductas que bien pueden tener relevancia penal como falsedades cometidas activamente. Así, por ejemplo, en aquellos casos en que un funcionario recoge sólo parcialmente declaraciones que ante él efectúa un declarante -como un Notario que en una escritura pública de donación no se refiera a uno de los bienes donados-, o en aquellos otros casos en que el sujeto omite referirse a hechos que ve u oye, -como el supuesto en que un inspector de sanidad no incluya en el acta levantada en una inspección infracciones de la normativa específica que había de cumplirse-. En ambos casos no es sólo la omisión equiparable a la acción la que provoca el resultado por inobservancia de una norma preceptiva que obliga a actuar; lo que directamente se está desoyendo es la norma prohibitiva, contenida en el núm. 3º del art. 390 CP en el primero de los casos, y en el núm. 4º del mismo precepto en el segundo de ellos, que tiende a evitar la confección de un documento falso. Esto es, la omisión se produce en un contexto de acción, de manera que el resultado dañoso cabe imputarlo a la acción misma, aunque traiga causa de una omisión imbricada en el desarrollo de una conducta activa⁷¹⁶. Es la misma acción positiva, la de documentación, la que causalmente explica la producción del resultado prohibido por la norma, siempre y cuando quien confecciona el documento tenga obligación de consignar todo lo que ve y oye⁷¹⁷. Atribuir a una persona declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubiera hecho o faltar a la verdad en la narración de los hechos puede efectuarse bien porque se añadan, sustituyan o supriman aspectos trascentes de lo acaecido, sin necesidad de acudir a la comisión por omisión para incluir en el tipo estos últimos. De la misma forma, la alteración de un documento puede consistir en la adición, sustitución o supresión de palabras, frases, cifras o partes del documento y en ningún caso, a pesar de que se haya hablado de alteraciones positivas o negativas en los documentos, nos plantearemos que la forma que

decisivo el peligro, de ahí que el autor que omite ha de tener el domicilio del hecho. Sobre los problemas que genera la cláusula del art. 11 y las diferentes posturas sobre la tipificación de la omisión por omisión mantenidas por la doctrina antes de la aprobación del CP de 1995, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 57 y ss.

⁷¹⁵ En relación con el delito de defraudación tributaria, MORALES PARTS, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., pp. 1370-1371, afirma que los criterios establecidos en el art. 11 CP no son proyectables a delitos que no consisten únicamente en la producción de un resultado, por lo que los criterios de la comisión por omisión en delitos que describen la conducta típica deberán establecerse en los dominios típicos del correspondiente delito.

⁷¹⁶ Aplicable a estos supuestos es la solución planteada por la doctrina alemana, el llamado criterio de la causalidad, para los casos en que una conducta vulnera a la vez una norma prohibitiva y una norma preceptiva, expuesto por MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 297-298, según el cual ha de empezarse preguntando si el resultado se ha causado por una acción positiva, sea dolosa o imprudente, que constituya delito, de manera que cuando, como en los casos arriba expuestos, la respuesta sea positiva, ha de afirmarse la presencia de un delito de acción. Sobre el criterio de la causalidad vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª edición completamente corregida y ampliada, traducc. José L. Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, pp. 548-550.

⁷¹⁷ De la misma opinión, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 322, aunque sólo en relación con la modalidad comisiva del núm. 4 del art. 390.1 CP, quien dice que no existe inconveniente alguno para dar cabida también a la omisión de hechos, si bien "estos supuestos no son de omisión, puesto que el funcionario documenta, aunque falsamente".

constituya la supresión de partes sea omisiva; por lo menos nunca la definiríamos como omisiva en un sentido técnico⁷¹⁸. Por tal razón, cuando se habla de omisión en relación con las modalidades comisivas contenidas en los números 3º y 4º del art. 390 en supuestos en los que se esté llevando a cabo algún tipo de actividad documentadora no será necesario acudir a la comisión por omisión para criminalizar estas conductas.

En definitiva, acudir a un expediente tan discutible como la comisión por omisión en estos casos supone mantener un concepto de falsedad anclado en la contrariedad a la verdad, de falsedad como superchería, que necesariamente ha de comportar la sustitución de lo verdadero por lo falso. Partiendo, como aquí se hace, de un concepto funcional de la falsedad, la no consignación de un extremo que deba incluirse en el documento constituirá ya falsedad sin necesidad de acudir al tipo de omisión, desde el momento en que se enmarca en el seno de una conducta activa que afecta a la función probatoria desempeñada por el documento.

Sí cabe, sin embargo, pensar en situaciones en las que la omisión de conducta debida por parte de la persona obligada pueda traer como resultado la producción de un documento falso. Así el caso de un Registrador de la propiedad que no inscriba el embargo decretado en el folio registral de una finca, o un Juez encargado del Registro Civil que no inscriba una defunción. En estos supuestos sólo puede hablarse de aparición de documento falso acudiendo a la figura del documento complejo. No obstante, ya se dijo al estudiar la modalidad comisiva de la alteración como en Alemania un importante sector doctrinal criticaba la inclusión en la falsedad del incumplimiento de obligaciones contables por esta vía⁷¹⁹. Es más, para poder hablar de modificación del documento complejo sería necesaria la inclusión o la destrucción de un asiento, sin que baste la omisión de la inscripción. No puede afirmarse, pues, la equivalencia normativa entre la alteración activa de un documento y el comportamiento consistente en no escriturar un asiento. En consecuencia, estas omisiones no serán constitutivas de alteración en comisión por omisión. Ni siquiera acudiendo al núm. 4 del art. 390.1. CP puede hallarse la mencionada identidad estructural entre la omisión de la inscripción y la narración falsa, pues no “narra” un hecho quien omite toda actividad debida, aunque en el documento complejo considerado en su globalidad no consten todos los extremos que deberían constar⁷²⁰. Distinta es la situación en que un Notario permita que un tercero altere el contenido de una escritura que se encuentra en su protocolo, o en que un funcionario permita que otro, haciéndose pasar por él, realice un documento que sólo él tenía potestad para emitir. En tales supuestos la omisión ha “co-provocado” la producción de un documento disfuncional. Podrá entonces afirmarse su relevancia penal en tanto quepa, atendiendo al tenor del precepto respectivo, establecer la equivalencia de la conducta omisiva con la correspondiente activa - generalmente de participación en estos casos-. En conclusión, no cabe la admisión generalizada de la comisión por omisión en la falsedad documental, que ha de quedar necesariamente circunscrita al delito específico de funcionario. Ni siquiera la previsión que efectúa el art. 391 CP en orden a la admisión de una responsabilidad por omisión del funcionario como delito imprudente, cuando se refiere a “o diere

⁷¹⁸En parecido sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 191, aunque no en los casos en que la alteración consista en supresión, sino en sustitución, critica a Cuello Calón cuando los califica de omisivos, con base en que cuando se consigna en el documento cosa distinta a la que debía haberse consignado, no hay omisión, sino conducta activa, y advirtiendo que en el número 1 del art. 390.1 CP no caben conductas omisivas.

⁷¹⁹Cfr. supra, cap. II, apartado 2.1.1.D).

⁷²⁰En sentido contrario, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 117; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial. II (2) Delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 773, nota 8, para quienes en tales supuestos cabe hablar de falsedad en comisión por omisión.

lugar a que otro las cometa”⁷²¹, permite afirmar, con base en el principio *a maiore ad minus*, que todas y cada una de las conductas previstas en el art. 390 CP son comisibles por omisión⁷²².

2.3- Las falsedades sobre documento inválido y falso

La incriminabilidad de las alteraciones efectuadas sobre un documento nulo es, a diferencia de la anteriormente planteada, una cuestión que se ha suscitado preferentemente en relación a los supuestos de alteración de documento. Lo problemático en este punto se centra en dilucidar si aquellas manipulaciones que se operen sobre un documento nulo o anulable, en función de las categorías de invalidez fijadas por el Derecho civil, han de tener algún tipo de relevancia penal. Íntimamente relacionada con esta cuestión se encuentra la admisibilidad de la falsificación de documento falso, que no constituye más que una especificidad de la misma.

La conexión del tema objeto de estudio casi en exclusiva con la de la alteración de documento se justifica porque plantearse la posibilidad en relación con las otras modalidades falsarias en que el documento falso aparece *ex novo* entrañaría el peligro de considerar atípicas todas las conductas falsarias. Siempre que el documento resultado de la acción fuese nulo, lo que generalmente ocurrirá cuando de documento falso se trate, habríamos de plantearnos la admisibilidad de la falsedad⁷²³. La absurda conclusión a la que por tal vía se llegaría explica por qué la doctrina se ha interrogado sobre la falsedad en documento inválido en exclusiva referencia a aquellas conductas falsarias que suponen algún tipo de intervención sobre un documento ya existente. Dicha característica la cumple sólo la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.1.º CP, lo que no obsta a que, por razón de la importancia que a este tema han concedido los juristas, no pueda ser objeto de un tratamiento separado.

El problema se centra, en concreto, en dilucidar si las alteraciones que se efectúen sobre un documento inválido pueden incriminarse como falsedades documentales. Es decir, debe determinarse si el documento inválido, ya sea nulo o anulable, tiene la consideración jurídico-penal de documento. De lo contrario, deberá postularse la existencia de un delito imposible de falsedad documental por inexistencia de objeto.

Para solucionar esta compleja cuestión la doctrina ha partido de dos planteamientos distintos, que serán desarrollados a continuación: en primer lugar, aquel que toma como referente necesario las categorías civiles de invalidez para conceder a un objeto la condición penal de documento y, en segundo término, aquellas que resuelven la cuestión con parámetros estrictamente penales, prescindiendo de las categorías civiles.

2.3.1- Atención a las categorías civiles de invalidez

La doctrina que podríamos denominar clásica, sobre todo en Italia, se ha basado en los distintos grados de invalidez fijados por la literatura iusprivatista para

⁷²¹Más ampliamente sobre este precepto vid. infra cap. III, apartado 2.2.2.

⁷²²Para QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 517, si el funcionario está situado en concreto en posición de garante, cualquier modalidad del art. 390 CP es comisible por omisión.

⁷²³En tal sentido, MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., p. 272, critica la exclusión de la falsedad por falta de objeto en toda actividad realizada sobre documentos cuyo contenido no sea jurídicamente relevante, con base en que si la relevancia jurídica del pensamiento representado se considera como requisito del bien jurídico, los documentos falsos nunca serían documentos válidos, tampoco en el caso de “falsedad por formación”.

perfilar la existencia de un documento en sede penal y establecer, de este modo, la posibilidad de incriminación de la conducta por falsedad documental.

En materia civil y, por extensión, en el ámbito jurídico-administrativo, se distinguen básicamente dos grados de invalidez, que no de ineficacia⁷²⁴, de un negocio jurídico. Por una parte, la llamada nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho, que implica la sanción máxima que el Ordenamiento Jurídico puede imponer. Supone, pues, la ausencia absoluta de eficacia del negocio desde el momento de su nacimiento, aun cuando no se haya declarado judicialmente la nulidad del mismo; de tal forma, la hipotética sentencia de nulidad será, en caso de producirse, meramente declarativa. Dicha consecuencia la provocan en Derecho administrativo una serie de causas genéricamente establecidas⁷²⁵. Sin embargo, en el ámbito civil, a falta de un elenco específicamente previsto, la doctrina relaciona la nulidad absoluta con aquellas causas de invalidez que vulneran una norma de orden público⁷²⁶. Por otra parte, la nulidad relativa o anulabilidad supone un vicio que no priva de eficacia jurídica al negocio hasta el momento en que se declare su

⁷²⁴Se establece esta precisión porque, si bien es cierto que el documento inválido suele ser, por tal razón, ineficaz, las categorías de la invalidez y la ineficacia no son equiparables, por lo menos para un sector de la doctrina civilista española. En este sentido, LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil, I. Parte General del Derecho civil*, vol 3º, op. cit., pp. 270-272, establecen que la diferencia entre invalidez e ineficacia se cifra en que, mientras la segunda supone que el negocio no surte ningún efecto o no surte los efectos que corresponden a su contenido, lo que caracteriza a la primera no es la falta de eficacia, sino la deficiencia de los elementos constitutivos del acto o contrato, de manera que ciertos negocios válidos son ineficaces al no producir su efecto principal, mientras algunos negocios irregulares sí los producen en alguna medida, incluso cuando son nulos. En contra de dicha opinión, DIEZ PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, vol. I*, op. cit., p. 567, rechazan tal distinción, por entender que un negocio inválido ha de ser siempre ineficaz.

⁷²⁵El art. 62.1 Ley 30/92, establece "Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal". Sobre las causas de nulidad aquí previstas, también en relación a las establecidas en Leyes específicas vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, op. cit., pp. 594-608; PAREJO ALFONSO/JIMÉNEZ-BLANCO/ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, op. cit., pp. 582-586.

⁷²⁶Debe tenerse en cuenta que en nuestro Código civil los arts. 1300 a 1302 -cuyo epígrafe se refiere a la nulidad de los contratos- no establecen causas de nulidad, sino de anulabilidad. Más concretamente, como causas de nulidad, enumera ALBALADEJO, *Derecho civil, I*, op. cit., pp. 454-458, la falta de voluntad de la conducta declaratoria o la conciencia del valor declaratorio de la conducta o de una declaración inteligible o procedente del sujeto del negocio o que ha sido transmitida inexactamente o carece de la forma *ad solemnitatem*, falta el consentimiento, falta la capacidad natural, cuando falta la capacidad legal en ciertos casos, falta la asistencia o licencias o autorizaciones en determinados casos, cuando hay discordancia entre voluntad y declaración, falta la causa o ésta es ilícita, se carece o está indeterminado el objeto, se celebra negocio contra ley imperativa o prohibitiva. Vid., asimismo, LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil, I. Parte general del derecho civil*, op.cit., pp. 281-282; DÍEZ PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op.cit., pp. 569-570.

nulidad, que desarrolla hasta entonces su normal eficacia. La declaración judicial de nulidad no es en ese caso meramente declarativa, sino constitutiva⁷²⁷.

Junto a estas dos categorías de la invalidez jurídico-penal, se prevé una tercera, la inexistencia, a veces difícilmente distinguible de la nulidad absoluta, pero a la que conviene hacer mención. Su determinación, como más adelante se comprobará, resulta sustancial para entender las posiciones de alguno de los penalistas que parten del Derecho civil a los efectos de establecer la relevancia penal de la falsedad en documento nulo. Un negocio inexistente es aquel en el que "se omite cualquiera de los elementos que su naturaleza o tipo exige"⁷²⁸ o, lo que es lo mismo, que carece de alguno de los elementos esenciales de todo negocio. Se diferencia del negocio absolutamente nulo en que este último, si bien no carece de uno de sus elementos esenciales, contradice una norma de orden público. Sin embargo, la doctrina civilista en nuestro país, en contraposición con lo que ocurre en Francia, no concibe en su mayoría la inexistencia como categoría distinta de la nulidad de pleno derecho; al no existir en el Ordenamiento civil un elenco de causas tasadas de nulidad, el negocio jurídico al que le falte alguno de los elementos de carácter esencial bien puede conceptuarse como nulo⁷²⁹.

Ya desde CARRARA⁷³⁰, el sector de la doctrina penal que niega la relevancia penal de la falsedad sobre documento nulo admite que ello es así en el caso de que el documento sea nulo de pleno derecho, lo que en ocasiones se identifica con la inexistencia del mismo documento. Para este sector la falta de eficacia jurídica conduce a la inexistencia de objeto en el delito. Por contra, no

⁷²⁷Entre los vicios que determinan la anulabilidad, la doctrina suele establecer los negocios celebrados por incapacitados, menores o menores emancipados sin el complemento de su capacidad o la concurrencia de los denominados vicios de la voluntad contractual. Cfr. Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., p. 574; LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil, I. Parte general del Derecho civil*, op. cit., p. 283; ALBALADEJO, *Derecho civil, I*, op. cit., p. 470.

⁷²⁸En este sentido, Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., p. 568.

⁷²⁹De esta opinión, Díez-PICAZO/GULLÓN, o.u.c., p. 569; LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil, I. Parte general del Derecho civil*, op. cit., p. 280. En distinto sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil I*, op. cit., pp. 450 y 453-454, admite la referencia a la inexistencia en contraposición con la nulidad absoluta cuando de lo que se trata es de que exista tan sólo una apariencia de negocio o que éste sea incompleto, como ocurre en los casos de compraventa sin aceptación o en los de préstamo sin entrega de la cosa. La doctrina administrativista, aun sin mostrarse tan reacia como un sector de la civilista a admitir el concepto de inexistencia, sí ha considerado en ocasiones que ésta no es más que una subforma de nulidad absoluta, cfr. PAREJO ALFONSO/JIMÉNEZ BLANCO/ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho administrativo*, op. cit., p. 581. Debe tenerse en cuenta, a fin de comprender la polémica suscitada en torno al concepto de inexistencia del negocio que el mismo fue creado por la doctrina francesa para resolver el problema planteado por el matrimonio celebrado por dos personas del mismo sexo, sobre el que la Ley nada decía acerca de su nulidad. De ahí que, para evitar que pudiese producir efectos, la doctrina advirtió que tal matrimonio era algo más que nulo, se trataba de un matrimonio inexistente.

⁷³⁰CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, op. cit., pp. 319-320, § 3682, advierte que no es lo mismo la falsedad en documento nulo que anulable, pues cuando del primero se trata, admite que quien por medio de aquél obtiene un lucro injusto en perjuicio ajeno es un defraudador, pero no un falsificador de documento público, pues en el documento absolutamente nulo no puede haber daño universal ni ofensa a la fe pública. Sin embargo, en p. 320, § 3682, admite que cuando la nulidad sea sobrevenida, esto es, se verifique tras la consumación de la falsedad, no se modifica en nada el delito ya realizado. Por otro lado, cuando el documento público nulo tenga eficacia en el campo civil como documento privado, considera, en p. 322, § 3683, que cabe falsedad en documento privado. Por el contrario, cuando el documento sea meramente rescindible o anulable, admite expresamente que cabe la falsedad documental, p. 322, § 3684.

puede afirmarse la irrelevancia penal de la falsedad que recaiga sobre documento anulable, que produce sus efectos con plena normalidad, salvo en el hipotético supuesto en que lo impugne la persona legitimada para hacerlo⁷³¹. Si bien la mayoría de la doctrina que parte de tesis civilistas atiende a la diferencia entre nulidad y anulabilidad, un sector claramente minoritario ha confirmado la ausencia de relevancia penal de la falsedad tanto si el documento es nulo como si es rescindible⁷³².

La posición que parte de los distintos grados civiles de invalidez para determinar la relevancia penal de la falsedad documental ha sido también seguida en España por diversos autores, quienes se muestran de acuerdo con la doctrina italiana dominante; así FERRER SAMA⁷³³, QUINTANO RIPOLLÉS⁷³⁴, CUELLO

⁷³¹En este sentido, vid. NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 136-138, que conceptúa como falsedad imposible por inexistencia de objeto los casos de documentos inexistentes, poniendo como ejemplo justamente el caso del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., pp. 185 y ss, quien sólo excluye la falsedad cuando el documento sobre el cual la conducta falsaria se efectúe sea inexistente, lo que no prejuzga que el documento sea nulo o anulable, pues la inexistencia no es, según él, categoría que pueda circunscribirse a una de aquellas dos; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., pp. 371-377, para quien sólo se excluye la falsedad en documentos jurídicamente inexistentes, pero no en los nulos o anulables, poniendo como ejemplo de documento inexistente el redactado por un funcionario al que le falta la firma que la norma preceptúa; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 242; RANIERI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 647; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 672-674, quien afirma la ausencia de relevancia penal de la conducta falsaria que afecta al documento inexistente - que relaciona siempre con la existencia de vicios atinentes a la forma, de aquellos más graves que no determinen la mera anulabilidad-, mientras cuando se trate de vicios sustanciales entiende que hay que diferenciar los que afecten a la existencia del documento como bien jurídico por sí mismo, como objeto de tutela penal, y aquellos que conciernen al negocio público o privado documentado mediante la escritura, de manera que sólo los primeros y los segundos en el exclusivo caso de que la nulidad del negocio provenga de la ilicitud de la relación llevan a la inexistencia del documento; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., pp. 579-580, quien mantiene, con carácter general, la irrelevancia de la falsedad en documento inexistente y la relevancia en documento anulable, salvo cuando el vicio del que deriva la anulabilidad es tal que condiciona la ineptitud para concurrir a probar una apariencia diforme de aquella que se liga al documento genuino o verídico; PANNAIN, *I problemi del falso innocuo, inutile o superfluo e del falso consentito*, op. cit., p. 123, excluye la falsedad en documento inexistente y la admite en el documento nulo o anulable; CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., p. 893. En Francia, DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, op. cit., pp. 183 y ss., acoge también la distinción civil entre inexistencia nulidad y anulabilidad, advirtiendo que en estos casos se excluye la posibilidad de perjuicio objetivo en el delito; no obstante, considera que entonces la posibilidad de perjuicio pasa al elemento subjetivo, sin que el dolo quede excluido por esta circunstancia.

⁷³²Vid. FRASSATI, *Elementi costitutivi della falsità in atti*, op. cit., pp. 102-107, quien rechazando la distinción civil entre documentos nulos o anulables, entiende que lo fundamental es comprobar si estos documentos ostentan fuerza probatoria para un derecho o relación jurídica, lo que lo lleva a negar la fuerza probatoria en ambos casos y a postular en ellos la inexistencia de falsedad. No obstante, admite que cuando el documento público nulo lo es por omisión de las formalidades necesarias, siempre que éste valga como documento privado, la falsedad que recaiga sobre el mismo será falsedad en documento privado.

⁷³³FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 328-329, quien concibe el documento nulo como aquel que contiene un negocio que contradice una disposición legal de interés público o le falta alguno de los elementos esenciales para su existencia jurídica, admitiendo excepcionalmente la irrelevancia de la falsedad sobre documento nulo que, a pesar de serlo, puede ocasionar un perjuicio de cualquier índole a otra persona.

CALÓN⁷³⁵, JIMÉNEZ ASENJO⁷³⁶, CASAS BARQUERO⁷³⁷ o FERNÁNDEZ PANTOJA⁷³⁸, entre otros.

2.3.2- Tesis que parten de la independencia del Derecho penal respecto de las categorías civiles de invalidez

La ausencia de claridad en la fijación de las categorías de invalidez civiles hace que determinados autores, incluso en Italia -en que la concepción generalizada es acudir a ellas para determinar la relevancia penal de la falsedad sobre documento nulo- se hayan decantado por otros parámetros que les ayuden a solventar dicha cuestión. Ya algunos de quienes se apoyaban en dichas categorías matizaban, como se ha expuesto anteriormente, la inflexible máxima de la ausencia de falsedad cuando de documentos nulos se trate y la admisión de la falsedad siempre que acontezca sobre documento anulable. En tal sentido, se ha acudido a criterios de naturaleza estrictamente penal para determinar la relevancia penal de las conductas; así la posibilidad del daño producido por la falsedad⁷³⁹ o la aptitud

⁷³⁴Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 102-103, para el que no hay sustancialidad alguna ni es factible la falsedad en documento nulo, pero que admite que en determinadas ocasiones quepa hablar de falsedad en documento nulo, siempre y cuando éste siga siendo documento y lo único que determine la nulidad sea una degradación de su eficacia. Advierte, además, que el principio de la ausencia de relevancia penal de la falsedad en documento nulo hay que entenderlo acompasado con la falsedad material del propio objeto, pero no a su posible utilización a modo de falsedad ideológica o para incorporarlo por destino a otro documento capaz de engendrar consecuencias jurídicas, como ocurriría con la escritura de compraventa nula que se eleva a escritura pública que sea falsa, en que la nulidad del documento privado no es óbice para afirmar la aplicabilidad de la falsedad. En el mismo sentido vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 647.

⁷³⁵Vid. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t. II (Parte especial)*, op. cit., pp. 258-259, según quien si el documento falsificado carece de capacidad para producir efectos jurídicos no constituye falsedad documental punible, aunque para ello es necesario que el documento sea sustancialmente nulo. Esto es, que aun cuando fuesen verdaderos no puedan ser fundamentos de ningún derecho. En contraposición, son susceptibles de falsificación los documentos anulables, que han de reputarse como existentes mientras una sentencia no declare su nulidad.

⁷³⁶JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op.cit., pp. 477-478, quien, sin embargo, admite que es indiferente que el documento sobre el que se afecta la alteración tenga la consideración civil de nulo o anulable, pues lo que importa es la existencia de una declaración judicial de nulidad, por lo que hasta ese momento el documento será válido y, por tanto, la falsificación existirá. En parecido sentido, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., p. 171, establecen que los documentos nulos pueden ser objeto de falsificación, puesto que en tanto no se establezca su nulidad pueden producir determinados efectos jurídicos.

⁷³⁷CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 315-318, quien acoge, sin más, que la nulidad absoluta conduce a la irrelevancia penal de la falsedad, mientras la nulidad relativa no es óbice para que la conducta falsaria sobre él operada se conceptúe como falsedad.

⁷³⁸Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 143-144, quien expresamente se refiere a las leyes civiles y procesales en orden a la determinación de la nulidad o anulabilidad del documento.

⁷³⁹De esta opinión, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 597, considera que la validez o no del documento no tiene nada que ver con su existencia, lo que no supone que la eventual nulidad del documento sea indiferente a los fines generales, pues ésta podrá venir en consideración a través del perfil general de la relevancia jurídica de la falsedad, que entiende la posibilidad de daño como elemento esencial de la falsedad. De parecida opinión, CAMPISI, *Sul tentativo nei delitti di falsità in atti*, op. cit., p. 248, para quien, en los casos de falsedad sobre documento nulo, o bien existe posibilidad de daño y el delito ya se halla consumado, o bien falta tal posibilidad y nos

del documento para llevar a engaño a terceros⁷⁴⁰. De esta forma, según MALINVERNI⁷⁴¹ cabe hablar de falsedad siempre que aparezca como verosímil que el documento ostenta cualquier tipo de relevancia jurídica a pesar de su falsificación. También se ha apelado a la posibilidad práctica de utilización del documento dentro del tráfico jurídico para discriminar la falsedad relevante de la irrelevante⁷⁴².

A diferencia de la doctrina mayoritaria en Italia -en que las insatisfactorias soluciones a que ha llevado la referencia al Derecho civil han hecho surgir nuevos criterios, más o menos seguros y determinados para establecer la relevancia penal de la falsedad en documento nulo-, el posicionamiento mayoritario en la doctrina alemana ha sido la admisión de la falsedad en este tipo de documentos. Parten estos autores del mismo concepto jurídico-penal de documento, sin confundirlo con la invalidez del negocio o acto que documenta. En tal sentido, ya BINDING afirmó que la nulidad jurídica del contenido de un documento no se comunica al documento mismo⁷⁴³. Es justamente apoyándose en una distinción clara entre la

encontramos en el ámbito del delito imposible por idoneidad de la acción. También entre ellas puede incluirse la postura de DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 76-81, para quien la cuestión de la relevancia penal de la falsedad en documento nulo no puede resolverse con criterios genéricos, partiendo de las categorías civiles de invalidez, sino que habrá de verse caso por caso la relevancia de la falsedad, es decir, su capacidad para dañar los intereses protegidos, de forma que si no se ha verificado un daño ni podía verificarse, no hay conducta típica; DINACCI, *La invalidità dell'atto nella teoria del falso punibile*, en *La Giustizia Penale*, 1984, parte seconda, pp. 258 y ss.

⁷⁴⁰En este sentido, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 430; PILLA, *In tema di non punibilità del falso in atto pubblico*, op. cit., p. 279, para quien la falsedad de documentos inválidos se ha de solventar por el principio de ofensividad del delito, en el sentido de que serán punibles casos en que, independientemente del grado de invalidez, haya habido concreta idoneidad al engaño.

⁷⁴¹Vid. MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., pp. 281-284, dicho autor parte de su propia concepción del bien jurídico tutelado en la falsedad, que no es más que el interés a la prueba consentida por la documentación verdadera, de forma que el bien jurídico protegido se configura ya donde existe la simple posibilidad de utilizar el documento como medio de prueba. Tal posibilidad no queda excluida en todos los casos en que los documentos sean jurídicamente irrelevantes. Lo esencial es pues no tanto que el documento sea efectivamente válido, sino que pueda razonablemente considerarse válido. El criterio fundamental a seguir es el de la verosimilitud, la capacidad del documento para inducir a engaño acerca de que mediante él se ha constituido, modificado o extinguido un derecho o una obligación jurídica. De tal manera, en los casos en que la falsificación tiene por objeto hechos jurídicamente relevantes, pero que no comportan modificaciones de un derecho preexistente y esto ya resulta de la documentación verdadera, falta la ofensa al bien jurídico protegido. Vid también, MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 83. Sigue a este autor CRISTIANI, *Falsità in atti*, p. 9, para quien lo esencial es que del documento derive un engaño que tenga relevancia sobre el plano jurídico.

⁷⁴²De tal opinión, STELLA, *Disciplina penale del falso in atto pubblico e artt. 2699, 2701 c. c.*, en RIDPP, 1968, pp. 249-255, para quien lo fundamental es que los vicios de que el documento adolece aparezcan enmascarados o sean fácilmente detectables, de manera que cuando éstos sean difícilmente detectables cabrá hablar de falsedad aún cuando el documento sea nulo, pues lo que cuenta para la consumación del delito no es tanto la validez efectiva del documento sobre el cual se opera la falsedad, sino la práctica posibilidad de utilizar el documento en el tráfico jurídico, esto es, lo esencial no es que los vicios sean o no fuente de nulidad, sino que los mismos sean fácilmente visibles.

⁷⁴³Cfr. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 205, para quien, a pesar de que la no existencia de un derecho -al que incorrectamente se alude como derecho nulo-, tiene relevancia jurídica, pero la misma no ha de significar que el documento sobre relaciones jurídicas nulas haya de ser, a su vez, también nulo. Sin embargo, sí admite la existencia de documentos nulos, que no son documentos, aunque puedan producir la impresión de ser documento, como cuando un documento contiene cosas sin sentido u otros hechos contradictorios, lo que le sirve

nulidad del negocio documentado y la nulidad del mismo documento-soporte como puede afirmarse que la nulidad o la eficacia probatoria condicionada de una relación jurídica no tiene porqué excluir la aptitud probatoria del documento mismo⁷⁴⁴.

Con esto se pretende poner de manifiesto que, aun para aquellos autores que consideran que la aptitud probatoria es elemento imprescindible del concepto penal de documento, ésta no debe necesariamente suponer un obstáculo para admitir la relevancia penal de las falsedades efectuadas sobre documentos nulos. No obstante, ya se ha mencionado como la jurisprudencia alemana y un sector de la doctrina niegan la relevancia de estas conductas a causa de la falta de dicho elemento. Ésta, entre otras razones, ha sido la causa de que ciertos juristas hayan criticado la configuración de dicho elemento e incluso algunos hayan negado que el mismo deba ser componente necesario del concepto de documento⁷⁴⁵.

De quienes se han ocupado en Alemania en más profundidad del tema y más críticos se han mostrado con la pervivencia de la llamada aptitud probatoria -y la relevancia probatoria con ella relacionada- cabe destacar a KIENAPFEL. En sus estudios, centrados en el concepto mismo de documento dentro del ámbito de la falsedad documental, además de criticarse la doctrina jurisprudencial alemana⁷⁴⁶, pretende demostrarse la innecesariedad de la subsistencia de un concepto tripartito

también para afirmar que un documento puede ser falsificado a pesar de que la relación jurídica que se documente se haya extinguido, pues aún pueden servir para apoyar nuevas demandas en el presente.

⁷⁴⁴En este sentido, TRÖNDLE, *Stafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., p. 43, § 267, nm. 64, quien afirma que el *Reichsgericht* ha confundido a veces ambas cosas, lo que lo ha llevado a afirmar que las manipulaciones hechas en testamentos nulos sólo podrían considerarse tentativas de falsificación, mientras el *Bundesgerichtshof* ha reconocido generalmente que los documentos nulos pueden ser objeto de falsificación. El autor admite, por tanto, que es falsedad consumada la manipulación en un documento nulo, si bien, en § 267, nm. 64, advierte que la aptitud probatoria ha de suponer que el texto de un escrito contradictorio o sin sentido ha de ser entendible por los interesados, pues sólo así se cumple la aptitud probatoria como elemento necesario para la existencia de documento. En sentido contrario, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2012, nm. 9, advierte que la concurrencia de la aptitud probatoria, a diferencia de la determinación probatoria, ha de establecerse con criterios puramente objetivos, esto es, en virtud de lo que venga establecido en la Ley, la costumbre o el acuerdo de los interesados. De ello resulta que, cuando a consecuencia de la inobservancia de necesidades legales de forma, se hace evidente la ineficacia de la declaración para el tráfico jurídico, falta la aptitud probatoria, lo que ocurre en el supuesto de los documentos nulos.

⁷⁴⁵Sobre esta cuestión vid. supra cap. I, apartado 2.3.1.B). A los efectos que aquí interesan cfr. SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 373, quien sin negar la necesaria concurrencia de este elemento y advirtiendo que puede faltar la cualidad de documento al escrito cuando sea obvio que la declaración es absolutamente ineficaz en el tráfico jurídico, como ocurre en el caso de inobservancia de las formalidades esenciales, reconoce, sin embargo que “por lo general, se pueden extraer de los documentos nulos elementos que fundamenten su aptitud probatoria, de modo que el significado práctico de esta característica es prácticamente inexistente”; en el mismo sentido, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (1. Teil)*, op. cit., p. 531. Por su parte, OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 762, admite que la característica de la aptitud probatoria no tiene límites ni contornos precisos, constituyéndose en supérflua como elemento integrante de la definición de documento, máxime teniendo en cuenta que según el *Reichsgericht* no hay ningún objeto inanimado sobre la tierra “que no pueda ser, bajo determinadas circunstancias, apto para la prueba de un hecho”.

⁷⁴⁶Vid. en especial crítico con la jurisprudencia de finales del s. XIX y principios del XX, sobre todo en referencia al documento nulo relacionado con el elemento de la aptitud probatoria, KIENAPFEL, *Urkunden im Strafrecht*, op. cit., pp. 207-208, 283-284.

de documento que exija la concurrencia de relevancia jurídica junto a la materialización de una declaración de pensamiento y la reconocibilidad de su autor. El autor parte de un concepto bipartito de documento, en el que los elementos constituyentes, deducidos por la jurisprudencia de la relevancia probatoria o jurídica, son exclusivamente la declaración de pensamiento y la reconocibilidad del autor⁷⁴⁷. Añadir, según él, la relevancia jurídica a estos dos supone la creación de una fórmula vacía de contenido, pues la misma se encuentra ínsita en los dos requisitos de la conceptualización bipartita que él defiende⁷⁴⁸. Esto lo conduce a afirmar que el documento nulo o anulable es documento desde el punto de vista del Ordenamiento penal, lo que no quiere decir que la eficacia jurídica del mismo haya de carecer de relevancia para determinar la concurrencia del elemento subjetivo del injusto expresamente establecido en el § 267 StGB, la intención de engañar en el tráfico jurídico⁷⁴⁹.

2.3.3- Falsedad sobre documento falso

Las soluciones apuntadas por la doctrina para resolver la cuestión de la falsedad que recae sobre un documento falso no han tenido en cuenta generalmente las categorías de la nulidad propias del Derecho civil. A pesar de la identidad fáctica del supuesto en que se altera un documento nulo y aquél en que se altera un documento falso y la consiguiente posibilidad de operar también en el segundo caso con categorías civiles de nulidad, la doctrina ha evitado cualquier recurso a esta disciplina jurídica a fin de adoptar soluciones idénticas. La situación no deja de ser paradójica, sobre todo para quienes sí acuden al Derecho civil al objeto de admitir la relevancia penal de la falsedad en documento anulable. La falta en la uniformidad de criterios podría determinar que se considerase típica una manipulación falsaria realizada sobre documento falso -nulo en la mayoría de los casos-, mientras que se afirmara la atipicidad de la que recae sobre documento nulo -que no lo sea por causa de falsedad-.

Las soluciones arbitradas parten de la diferenciación atinente a si el documento es completamente falso o bien no puede afirmarse su absoluta falsedad -generalmente cuando el documento auténtico haya sido objeto de una previa alteración tras la que subsista una parte inalterada de la declaración-. En relación con el primer grupo de casos, en que la declaración es completamente falsa, la doctrina no se muestra unánime en la solución. Junto a quienes sostienen que no

⁷⁴⁷Vid. KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährungsträger*, op. cit., pp. 87-88, de tal forma, que documento, según el autor, serían escritos o marcas escritas cuando ellos contengan declaraciones que permitan reconocer a su autor.

⁷⁴⁸Cfr. KIENAPFEL, *ibidem*. En el mismo sentido, KIENAPFEL, *Grundfragen des Strafrechtlichen Urkundenbegriffs. Betrachtungen aus Anlaß der Entscheidung der BGH vom 18.8.1970*, op. cit., p. 396, en que comenta una sentencia del BGH que condena a una persona por falsificación documental al establecer un barrado en un cheque ineficaz, mostrándose conforme con la decisión del Tribunal, pero discrepando en la fundamentación. Para él la falsedad no es relevante no porque, a pesar de ser el barrado nulo, el mismo tenga relevancia jurídica, sino porque el concepto de documento no exige la relevancia jurídica como elemento del mismo; KIENAPFEL, *Neue Horizonte des Urkundenstrafrechts -zur Auslegung der §§ 267, 268 und 274 I Ziff. 1 StGB-*, op. cit., p. 448, donde afirma que las declaraciones escritas nulas o impugnables que hacen reconocible a su autor cumplen siempre el concepto penal de documento (y también el procesal), por lo que el recurso a conceptos como la aptitud o determinación probatorias y la relevancia jurídica sólo da lugar a problemas.

⁷⁴⁹KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährungsträger*, op. cit., pp. 88-89, afirma que, con la introducción de este elemento subjetivo del injusto a través de la *Verangleichungsverordnung* de 1943 en el § 267 StGB, la relevancia jurídica, que como tal ya no es elemento integrante del concepto de documento, resulta necesaria para poder afirmar la concurrencia de la intención de engañar en el tráfico jurídico.

cabe falsedad material por ausencia de objeto en estos supuestos⁷⁵⁰, o porque el Derecho penal no protege a los documentos falsos⁷⁵¹, ha habido quienes afirman la posibilidad de falsedad. Las razones aducidas para ello se apoyan en que el documento falso también puede ser utilizado como prueba de la falsedad⁷⁵², en que también mediante él se crea una apariencia que puede constituir punto de partida de determinadas decisiones⁷⁵³, o en que podría parecer verosímil en el documento falso la existencia de un derecho o de un deber en contraste con el que resultaría de la situación documental verdadera⁷⁵⁴.

En el segundo grupo de casos, cuando se altera un documento en una parte no modificada por la primera de las intervenciones falsarias, se acepta generalizadamente la relevancia penal de la falsedad⁷⁵⁵.

2.3.4- Consideraciones personales

La sujeción a criterios establecidos por el Derecho civil para determinar cuándo el negocio o acto que un documento contenga sea nulo o anulable y los

⁷⁵⁰NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 138; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 252-253, para quien nos hallamos ante apariencias formales de documento, cuya falsedad constituye tentativa absolutamente irreal o inidónea por ausencia de objeto, equiparable al supuesto en que alguien dispara sobre un cadáver creyéndolo vivo. Debe advertirse que para estos autores, así como para algunos citados en las dos notas siguientes la solución es la misma en cualquiera que sea la extensión de la falsedad en el documento.

⁷⁵¹MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 790-791, quien, sin embargo, admite la falsedad por alteración en el caso de que el documento falso haya adquirido al posteriormente la condición de genuino; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 313; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 150, nm. 67, admiten que la falsificación de documento inauténtico es impune salvo que se use el documento falso; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit. p. 139, para quien no tiene sentido hablar de falsedad en estos casos, pues “no puede falsificarse lo que ya es falso”.

⁷⁵²BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 231, lo que lo lleva a considerar que la ulterior falsificación de un documento inauténtico se equipara a la producción de uno inauténtico. Coinciden con BINDING, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 163, que lo hace extensivo a los casos en que se falsifica ulteriormente la misma parte ya falsificada del documento; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2023, nm. 66; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 79; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 176.

⁷⁵³DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., pp. 580-581, quien entiende que por tal razón el documento ulteriormente falsificado tiene una individualidad propia, independiente de su legalidad.

⁷⁵⁴De esta opinión, MALINVERNI, *Teoria del Falso documentale*, op. cit., p. 288, que pone como condición para la admisión de tal ulterior falsificación que la misma suponga “un contraste entre los derechos representables por el documento ulteriormente falsificado y los representables por el documento verdadero o la situación documental verdadera”, de manera que no se configura la segunda falsedad cuando no surja el mencionado contraste.

⁷⁵⁵En este sentido, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, p. 85, nm. 162; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, p. 20, nm. 79; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2023, nm. 66; MAURACH/ SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 150, nm. 67; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 313; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 791; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 83, quien admite la criminalización de la alteración de un documento ya alterado cuando la conducta consista en la sustitución de la falsedad por otra o bien en la adición de una nueva falsedad bien a título de alteración o de uso.

respectivos rechazo o admisión automáticos de la posibilidad de falsedad en uno u otro caso no parecen admisibles. Por un lado, porque tal posicionamiento supone confundir la inexistencia o vicio del contenido que el documento incorpora con la inexistencia del soporte en que la declaración se expresa. Por otro, porque asumiendo una posición estrictamente vinculada al Derecho civil -incluso al administrativo- no cabe afirmar que el documento que contenga un negocio anulable será siempre eficaz y el que haga lo propio con un acto nulo será siempre ineficaz. No puede desconocerse que en Derecho civil se prevén las instituciones de la conversión⁷⁵⁶ y la convalidación⁷⁵⁷ de actos nulos, además de admitirse generalizadamente la existencia de nulidades parciales, que llevan aparejada la invalidez de la exclusiva parte del acto o negocio afectado por la nulidad de pleno derecho⁷⁵⁸. Esto supone que si, por ejemplo, se efectúa una escritura pública de donación mediante precio, la misma pueda valer como compraventa, o si un contrato de compraventa contiene alguna estipulación nula de pleno derecho, la misma no ha de trasladarse necesariamente a todo el contrato. Quienes, por tanto, se basan única y exclusivamente en criterios de orden civil para admitir la relevancia penal de la falsedad sobre documento inválido no pueden desconocer la existencia de límites a la invalidez, que, en caso de concurrir, permitirían que el documento inicialmente nulo se convirtiera en válido y fuera susceptible de ser falsificado.

No terminan ahí, sin embargo, todos los problemas que puede generar en este campo una conexión demasiado estrecha con el Ordenamiento civil. Como ya se ha indicado, la distinción entre las diferentes categorías de la invalidez -la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad- es una de las cuestiones más problemáticas de la teoría del negocio jurídico. Partiendo de esta consideración, que los mismos civilistas efectúan⁷⁵⁹, mal puede garantizarse la seguridad jurídica si la relevancia penal de una conducta falsaria se hace depender de criterios que resultan estar poco definidos en la disciplina jurídica que les ha dado origen.

Cabe aún interrogarse acerca de la oportunidad de solventar esta cuestión con criterios estrictamente penales, atendiendo únicamente a la definición que de documento otorga el art. 26 CP. Teniendo en cuenta la definición formulada en el art. 26 CP, que se refiere a que el documento ha de tener eficacia probatoria o

⁷⁵⁶La conversión es una manifestación del principio de conservación del negocio jurídico que se produce “cuando un negocio jurídico nulo es mantenido como negocio jurídico válido de otro tipo diferente”, que puede ser material o formal en función de que el negocio se convierta en otro sustancialmente distinto o se quede como el mismo negocio con forma diferente, cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil I*, op. cit., p. 466. Vid., asimismo, LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/RIVERO HERNANDEZ, *Elementos de Derecho civil, I. Parte general del Derecho civil*, op. cit., pp. 191-192, Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., pp. 572-573. También se admite esta figura en Derecho administrativo, así como la de la convalidación, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., p. 624; PAREJO ALFONSO/JIMÉNEZ-BLANCO/ORTEGA ALVAREZ, *Manual de Derecho administrativo*, op. cit., pp. 589-590.

⁷⁵⁷La convalidación supone la posibilidad de sanar los vicios, con carácter excepcional, del negocio radicalmente nulo. Vid., por todos, sobre esta cuestión y los hipotéticos casos en los que puede proceder, Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., p. 573.

⁷⁵⁸En este sentido, Díez-PICAZO/GULLÓN, o. u. c., p. 571. También en Derecho administrativo, respecto del acto administrativo, se prevé una institución semajante, la llamada incomunicación de la invalidez. Cfr. PAREJO ALFONSO/JIMÉNEZ-BLANCO/ORTEGA ALVAREZ, *Manual de Derecho administrativo*, op. cit., p. 589; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., p. 624.

⁷⁵⁹LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO/RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil, I. Parte general del Derecho civil*, op. cit., p. 273 reconocen que “discernir cuando la sanción correspondiente a una irregularidad sea la invalidez, y cuando otra distinta, es cuestión sobremanera difícil”.

“cualquier otro tipo de relevancia jurídica”, resulta ciertamente difícil acoger la tesis de KIENAPFEL. Sin prejuzgar a estas alturas el acierto en la inclusión de la necesaria relevancia jurídica como elemento del concepto jurídico-penal de documento, es demasiado forzado, atendido el propio tenor del art. 26 CP, asumir un concepto bipartito de documento al modo en que lo hacía aquel autor⁷⁶⁰. A pesar de ello, la exigencia de relevancia jurídica no tiene porqué suponer una toma de postura del legislador en orden a excluir a los documentos inválidos como hipotético objeto de falsificación. La solución al problema, sin duda, dependerá de lo que se entienda por relevancia jurídica⁷⁶¹. Si por ella se concibe la aptitud inherente a toda clase de documento de producir prueba también fuera de un proceso, tal meta bien pueden conseguirla documentos absolutamente nulos cuando dicha nulidad no se evidencie. En aquellos supuestos en que el vicio de que el documento adolece no sea manifiesto, los documentos afectados de nulidad pueden desarrollar incluso la específica eficacia jurídica que determinó su otorgamiento. Evidentemente, cuando el documento sea sólo anulable o impugnabile, será mucho más difícil excluir desde un principio la relevancia jurídica del mismo.

Por tales razones, puede concluirse que lo fundamental a tener en cuenta para solventar la posibilidad de falsificación de un documento inválido no es la calificación que según el Ordenamiento respectivo -civil o administrativo- quepa otorgar al vicio, sino atender a la concreta eficacia que el documento haya tenido, ya sea conforme con su naturaleza y origen o no. Lo esencial será, en definitiva, la aptitud del documento para crear una apariencia de tal, para engañar sobre su eficacia jurídica, tenga o no correspondiente con una determinada realidad jurídica⁷⁶².

No muy distinta puede ser la solución cuando nos hallemos ante falsificaciones de documento falso. También en estos casos lo esencial será que el documento cree la apariencia de normalidad en el desarrollo de sus funciones⁷⁶³. Las razones que cabe aducir en favor de esta posición son esencialmente dos: la ausencia de referencia en el art. 390.1.1º CP a la veracidad del documento y la relación entre las modalidades comisivas de la alteración y la simulación documental.

En cuanto a la primera de ellas, resulta significativo que el Código penal de 1995 no incluya la necesidad de que el documento alterado sea “verdadero”, a diferencia de lo que ocurría en el art. 302.6 CP de 1973. Este adjetivo había sido ya suprimido en el art. 367.1.1º PrCP de 1994, sin que en la tramitación del Proyecto hubiera intervención de cualquier Grupo Parlamentario relacionada con esta cuestión⁷⁶⁴. Tal omisión implica que la previa existencia de un documento requerida

⁷⁶⁰Situación distinta a la del CP de 1995 y el PrCP de 1994 que exigen taxativamente la existencia de relevancia jurídica como elemento integrante del concepto de documento es la prevista en el PrCP 1992, que, en su art. 376.1 se refería a la incorporación en papel u otro tipo de soporte de datos, hechos o narraciones de inmediata o “potencial” relevancia jurídica o eficacia probatoria. Con el adjetivo “potencial” además de posibilitarse la consideración del documento ocasional como objeto material de la falsedad documental, como bien dice GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 162, “al no exigirse una efectiva relevancia jurídica, sino tan sólo potencial, se está aludiendo, en consecuencia, a los posibles efectos que el documento pueda tener en el tráfico jurídico, con independencia de la validez o eficacia jurídica de su contenido”.

⁷⁶¹Sobre este concepto vid. supra cap. I, apartado 2.3.2.

⁷⁶²en parecido sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 61-62.

⁷⁶³Al respecto, MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 287 y MALINVERNI, *Fede Pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 83, para quien también en estos casos ha de tenderse a si con tal falsedad se convierte en verosímil la formación, modificación o extinción de un derecho.

⁷⁶⁴Tan sólo la emienda núm. 1.037, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Congreso, pretendía añadir un nuevo art. 367 a la sección del

para que concurra la alteración puede entenderse en un sentido amplio, esto es, como la manipulación de un soporte que tenga “apariencia documental”.

Sin embargo, la segunda de las razones, relativa al juego aplicativo de las modalidades comisivas previstas en los núms. 1 y 2 art. 390.1 CP, es la más decisiva. Ya dijimos que los supuestos de alteración efectuados por persona distinta del librador del documento, además de afectar a la función de perpetuación, afectan a la función de garantía que el mismo desempeña. Si negamos la posibilidad de incriminación de la falsedad sobre documento falso vía alteración, siempre podemos subsumirla en la simulación. En tanto la simulación supone la creación de un documento que se atribuye falsamente a un determinado autor, la alteración de un documento falso por persona distinta del autor no se distingue de la simulación documental. En ambos casos se crea una “apariencia” de documento, en que se atribuye una declaración a quien no la ha emitido. De no mantener esta opinión, llegaríamos al absurdo de incriminar como simulaciones las creaciones de documentos inauténticos -de documentos falsos, en definitiva-, mientras que afirmaríamos la atipicidad de las alteraciones sobre éstos, que no son más que la creación de un nuevo documento inauténtico -distinto del anterior ya falso-. La inadecuación de este posicionamiento se evidencia aun más teniendo en cuenta que el legislador de 1995 podría haber suprimido la alteración como forma comisiva separada de la simulación, tal como postula aquel sector de la doctrina alemana que la considera superflua.

En conclusión, afirmar la atipicidad de la alteración de un documento falso por persona distinta del autor e incriminar la simulación documental supone otorgar un tratamiento privilegiante injustificado a la primera de las conductas. Siempre cabrá pues, de negarse la admisibilidad de la alteración de documento falso, afirmar la concurrencia de simulación⁷⁶⁵. Únicamente cuando el documento no sea capaz de engañar en el tráfico jurídico acerca de su normalidad funcional cabrá hablar de atipicidad, aunque en razón a la tosquedad de la falsedad. La falsedad constituye así la creación de una apariencia documental susceptible de inducir a engaño, tanto si se parte de la nada -cuando el falsario confecciona completamente el objeto- como si se utiliza un documento preexistente.

2.4- Supuestos tradicionales de limitación de la tipicidad en la doctrina y la praxis forense

La amplitud en la tipificación de las falsedades, sobre todo en países como Italia o España, ha generado el nacimiento de una serie de criterios que justifican la ausencia de relevancia penal de la falsedad. Se han buscado expedientes mediante los cuales atemperar, en la medida de lo posible, el formalismo en la configuración legal de estos delitos. En palabras de nuestro Tribunal Supremo, los tipos de

siguiente tenor “será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años quien, para perjudicar a un tercero o en perjuicio de la seguridad o del tráfico jurídico, cometiere falsedad: 1.º Alterando cualquier elemento de un documento o simulándolo total o parcialmente para inducir a error sobre su autenticidad. (...)”, parece, no obstante, que el adjetivo “autenticidad” se refiere en el propuesto precepto no a la conducta de alteración, sino a la de simulación total o parcial de documento, con lo que tampoco cuestiona la falta de referencia expresa a la “veracidad” o “autenticidad” del objeto en el que se efectúa la alteración. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 6 de marzo de 1995. Serie A. Núm. 77-6.

⁷⁶⁵De esta opinión, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 317, quien a pesar de afirmar que la alteración presupone la existencia de un documento auténtico -no se otorga pues protección a una apariencia documental que crea una situación probatoria que no se corresponde con la realidad- considera que tal actividad puede ser una de las formas a través de las que se logre una simulación total o parcial del documento comprendida en el art. 390.1.2º CP.

falsedad son de “hermenéutica restrictiva”, lo que supone que no es suficiente para incriminar una conducta como falsedad documental con que se cumpla el tipo, sino que ha de exigirse que la misma sea materialmente antijurídica. La falsedad ha de lesionar el bien jurídico que el ilícito trata de tutelar⁷⁶⁶, bien sea la fe pública, la seguridad en el tráfico jurídico o la verdad de la prueba documental, a juzgar por la doctrina poco constante que el alto Tribunal ha mantenido en relación con el concreto objeto jurídico protegido.

La existencia de criterios cuya finalidad sea la limitación de la tipicidad en las conductas falsarias bien podía possibilitarse por la mera interpretación típica teniendo en cuenta el objeto protegido en el delito, sin necesidad de otorgar un nombre específico a dichas directrices. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia, tanto en Italia como en España, se refieren a las falsedades inocuas, superfluas o inútiles y burdas o toscas para operar tal restricción. Serán pues los supuestos incluidos bajo estas tradicionales denominaciones y no otros a los que se dedicarán las siguientes líneas.

2.4.1- La falsedad superflua o inútil y la falsedad inocua.

⁷⁶⁶Cfr., entre otras muchas, SsTS 18 junio 1990 (RJ 5562), referido a la interpretación restrictiva de la falsedad contenida en el art. 302.4 CP de 1973; 15 enero 1994 (RJ 15) en que se afirma que por parte de la doctrina científica y del Tribunal Supremo se ha producido un proceso de limitación acusada del tipo de la falsedad documental por varios caminos, entre ellos el del dolo y la exigencia de que la inveracidad haya de recaer sobre un extremo esencial o sustancial del documento; 22 abril 1994 (RJ 3158), en que se afirma que la jurisprudencia configura los delitos de falsedad como ilícitos de hermenéutica restrictiva al exigir un plus sobreañadido a la simple descripción típica, cual es el de los bienes jurídicos protegidos y subyacentes al documento amparado por la fe pública y estimando carentes de antijuricidad material, pese a su adecuación típica, aquellos comportamientos no incidentes en la vida jurídica en forma de lesión o de peligro; 20 mayo 1994 (RJ 9344) donde el Tribunal vuelve a referirse a que los tipos de falsedad son de hermenéutica restrictiva, entendiéndose carentes de antijuricidad material los comportamientos no incidentes en la vida jurídica en forma de lesión o, al menos, de peligro para el bien jurídico protegido; 21 noviembre 1995 (RJ 8317) en que se indica la necesidad de operar una interpretación restrictiva del tipo que impida criminalizar como falsedades documentales, al no concurrir la antijuricidad material, aquellas conductas formalmente típicas que no lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos protegidos. Con especial referencia a la antijuricidad material, vid., por todas, SsTS 11 abril 1985 (RJ 2086), en el sentido de que la antijuricidad material supone que la *immutatio veritatis* ha de afectar a la esencia o genuidad, en sus extremos esenciales, del documento, con cambio efectivo o potencial en la eficacia que los documentos hubieran de desarrollar en el tráfico jurídico; 27 mayo 1988 (RJ 4098) que supone que para que la falsedad sea materialmente antijurídica ha de afectar a la fe pública o a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos, lo que supone la necesidad de que se varíen extremos esenciales del documento; 27 abril 1995 (RJ 3086) en que la antijuricidad material del delito se centra en que el dato alterado en el documento ha de alcanzar la suficiente entidad como para causar daño o poner en peligro la seguridad jurídica en el ámbito en que el documento está destinado a proyectarse; 31 enero 1996 (RJ 95) en que se afirma que la falsedad ha de tener la entidad suficiente para perturbar la legitimidad y la veracidad del documento; 3 mayo 1996 (RJ 3798) para la que los tipos de falsedad -de hermenéutica restrictiva- exigen que a la descripción típica se añada siempre un plus constituido por la consideración a los bienes jurídicamente protegidos y subyacentes al documento amparado por la fe pública, estimando así carentes de antijuricidad material, pese a su adecuación típica, aquellos comportamientos no incidentes en la vida jurídica en forma de lesión o, al menos, de peligro para aquellos bienes jurídicos tutelables.

A pesar de que la doctrina científica y la jurisprudencial se hayan referido en muchas ocasiones indistintamente a ambos conceptos⁷⁶⁷, debe aclararse que, de entrada, no comprenden los mismos supuestos. Por falsedad inútil o superflua se entiende generalmente aquella que recae sobre un documento no requerido por la ley o sobre un documento que no es fuente de aquellos intereses probatorios cuya lesión representa el objeto de la tutela jurídica⁷⁶⁸. También se considera constitutiva de este tipo de falsedad aquella hipótesis en que no surge un contraste entre los derechos representables en el documento y la situación documental verdadera⁷⁶⁹, o en que no se afecta al objeto material de la acción porque la divergencia producida en la situación material a representar es irrelevante para el Derecho y porque la capacidad probatoria y dispositiva del documento permanece en la práctica absolutamente íntegra⁷⁷⁰. Incluso dentro del concepto de falsedad inútil o superflua se ha admitido que existen diferencias⁷⁷¹. Por el contrario, la falsedad inocua es aquella que carece de aptitud para generar daño⁷⁷² -resultado de la aplicación del brocardo latino “*non punitur falsitas in scriptura quae non solum non nocuit, sed nec erat apta nocere*”-, aquella que recae sobre un objeto privado de las condiciones para ser documento -cuando se trata de un documento inidóneo para la prueba por falta de requisitos formales o la falsificación del documento no crea verosimilitud de

⁷⁶⁷En este sentido, CATELANI, *I delitti di falso*, reconoce que ha habido muchas definiciones diferentes de estos tipos de falsedad, admitiendo que en sustancia hay falso inútil, inocuo o burdo cuando la falsedad se refiere a un documento o una parte de un documento jurídicamente inexistente o del todo irrelevante con referencia al fin señalado al mismo por la Ley o por la voluntad de las partes. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 406, admite que la falsedad inocua tiende a confundirse con la falsedad inútil; PANNAIN, *I problemi del falso innocuo, inutile o superfluo e del falso consentito*, op. cit., p. 121, entiende que no hay razón para distinguir el llamado falso inocuo del inútil o superfluo, pues se trata de diferentes puntos de vista, lo que no obsta a que la falsedad inocua sea inútil y viceversa.

⁷⁶⁸Cfr. DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 30; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 582; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 134-135, si bien reconoce que no siempre puede fijarse a priori la posible relevancia jurídica del documento, por lo que la falsedad en documento no requerido por la ley no es superflua, pues sólo lo será cuando la conducta, incidiendo en el significado legal de un negocio o de un documento no incida sobre el significado de comunicación, lo que determina que suela aceptarse en las falsedades ideológicas. En parecido sentido, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 407, para quienes se produce falsedad inútil cuando tiene por objeto un documento irrelevante o carente de influencia para los fines de la decisión a emitir en relación con la situación jurídica que está en cuestión.

⁷⁶⁹De esta opinión MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., p. 287.

⁷⁷⁰En este sentido, RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 242.

⁷⁷¹Vid. BRICOLA, *Considerazioni esegetiche sul dolo specifico del reato di falso in scrittura privata*, op. cit., p. 64, en que admite que los dos términos vienen generalmente usados alternativamente para indicar que la falsedad contenida en el documento no tiene relevancia jurídica, sea porque el documento no está, por su naturaleza, teleológicamente orientado a probar aquello que en el mismo se afirma, contrariamente a la verdad, sea porque la falsedad no tiene ninguna potencial aptitud para producir un resultado jurídicamente evaluable.

⁷⁷²En este sentido, MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 340; CRESPI/STELLA/ZUCCALA, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., p. 891; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 406; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 313; CARNELUTTI, *Teoria del falso*, op. cit., pp. 167-169, se refiere a que sólo respecto de la que él denomina falsedad interna -la que para la mayoría de los autores representaría falsedad ideológica- cabe hablar de inocuidad en la falsedad, mientras que la inocuidad en la falsedad externa -material- sólo inducirá a excluir la incriminación de la falsedad bajo el efecto de la inexistencia de la causa del delito.

derecho o deber jurídico⁷⁷³- o la que no consigue afectar a la dirección probatoria del documento sobre el que incide⁷⁷⁴.

La doctrina científica, justamente a causa de la confusión en ocasiones generada entre ambos conceptos⁷⁷⁵, ha puesto especial interés en establecer su delimitación. Con tal finalidad, DINACCI ha afirmado que, mientras la falsedad inútil no influye para una valoración normativa relativa al documento y su ausencia de punibilidad se funda en la inexistencia del objeto jurídico del delito, la falsedad inocua es inofensiva por su concreta inidoneidad de agresión para los intereses probatorios consagrados en el documento y tutelados por la ley penal. De ahí que la inocuidad no se deduce de la naturaleza del documento, sino de una comprobación concreta relativa a los posibles efectos de la falsedad en relación a una determinada situación jurídica, configurándose en un delito imposible al faltar la ofensa al bien jurídico por inidoneidad de la acción⁷⁷⁶. Con idéntico objetivo, pero con diferente resultado, DE MARISCO afirma que la diferencia entre ambas figuras reside en que, mientras la falsedad es superflua cuando por una razón normativa no puede influir el documento sobre la decisión, es inocua cuando la ausencia de ofensividad deriva de la concreta valoración de su eficacia en relación con la situación a decidir. Para este autor, la ausencia de punibilidad en esta última no deriva de un carácter ínsito en la naturaleza del documento, sino en la "consciencia que el agente tenga de su inocuidad", pudiendo atribuírsele valor en la investigación del dolo⁷⁷⁷. Sin embargo, reconducir el problema de la falsedad inocua a la exclusión del dolo supone negar toda relevancia a esta circunstancia en el ámbito del tipo objetivo, pues si se excluye la misma tipicidad objetiva de la conducta no es necesario plantear la concurrencia o no del dolo.

Con independencia de que se esté de acuerdo o no con algunas de las soluciones planteadas, lo que sí parece desprenderse de las mismas es que, mientras la relevancia penal de la falsedad superflua puede excluirse *ab initio* y de forma general, en la inocua se requiere un análisis caso por caso de la concurrencia de los requisitos típicos objetivos o subjetivos determinantes de la

⁷⁷³De esta opinión, MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 286-287.

⁷⁷⁴Cfr. GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 257, para quien la falsedad inocua, a diferencia de la superflua o inútil, es la que se muestra incapaz para influir sobre ninguna decisión, es aquella que resulta incapaz para afectar los intereses probatorios consagrados en el documento.

⁷⁷⁵En este sentido, existen autores que no diferencian uno y otro tipo de falsedad; para PILLA, *In tema di non punibilità del falso in atto pubblico*, op. cit., p. 279, la falsedad inútil o superflua, más que una categoría autónoma, constituye un criterio de averiguación de la falsedad inocua.

⁷⁷⁶Vid. DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 30-35; del mismo tenor, DINACCI, *Realismo e concretezza in una recente pronuncia della cassazione sull'essenza del falso documentale*, op. cit., pp. 554-556. Como ejemplo de falsedad inútil establece la falsificación de un documento que contenga la novación o la confirmación de una obligación natural, y como ejemplo de la inocua la falsificación de un poder en virtud del cual se haya realizado un contrato o negocio en nombre y por cuenta de otro, cuando éste último se haya mostrado de acuerdo en que el aparente representante haga ese negocio y posteriormente lo haya ratificado.

⁷⁷⁷Cfr. DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 582. Coincide con este autor NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 140, quien se muestra conforme con que la relevancia de la inocuidad de la falsedad se reconduzca al ámbito del dolo. Sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 146-147, manifiesta no estar de acuerdo con la vía elegida para excluir la relevancia penal de estas conductas, porque se produce una confusión entre los planos de la antijuricidad y la culpabilidad, por lo que postula que se acuda a una conjunción entre la idoneidad del medio y la ausencia de voluntad, sin llegar a una confusión entre lo objetivo y lo subjetivo.

relevancia penal de la falsedad. Por tal razón, se han calificado de inútiles las falsedades realizadas sobre escrituras que no son documento, porque el mismo sea jurídicamente irrelevante o porque sea formalmente inexistente, como ocurre con los documentos nulos⁷⁷⁸. En el supuesto de la falsedad inútil, fuera de los casos en que la conducta incida sobre un objeto que nunca alcanzará la categoría de documento, lo que se pretende es excluir la relevancia de aquellas conductas que no modifican el sentido probatorio del documento, es decir, aquellas que no inciden en sus aspectos esenciales o sustanciales. Cuando de falsedad inocua se trate, de lo que carece el documento así falseado es de la potencialidad dañina.

Esto es, con excepción de los casos en que la falsedad inútil se utiliza para calificar manipulaciones falsarias sobre objetos que nunca podrían ser documento - en que un sector de la doctrina habla de delito imposible por inexistencia de objeto-, los demás supuestos de falsedad inútil e inocua pueden plantear la cuestión de la tentativa inidónea por inidoneidad de los medios o de la acción. Tal punto en común acerca ambas categorías y provoca que las diferencias entre ellas se desdibujen. Todavía otra consideración coadyuva a la identificación de ambos conceptos: si el referente necesario de la falsedad inútil es la esencialidad de la misma y el de la falsedad inocua es la aptitud para provocar daño parece que tal argumento podría bastar para diferenciarlas, aunque ello dependerá de qué sentido se le otorgue al término “daño”.

Sabido es que en la definición medieval de falsedad, junto a la *immutatio veritatis* y el *dolus*, se incluyó el *praejudicium alterius* como elemento del concepto. La aptitud para dañar que queda excluida en la falsedad inocua puede entenderse de dos maneras: bien como potencialidad para lesionar el bien jurídico protegido en la falsedad⁷⁷⁹ o bien como la eventualidad de que puedan lesionarse intereses probatorios específicos que se encuentren ligados con el documento falseado u otros bienes jurídicos de terceros⁷⁸⁰, por aplicación del principio “*falsitas quae nemini nocet non punitur*”. Lo más adecuado es acoger la primera de las opciones, pues la antijuricidad material de la falsedad se produce desde el momento en que se lesiona el bien jurídico que la misma trata de tutelar, sin esperar a ulteriores lesiones de otros intereses que nada tienen que ver con la falsedad. Lo contrario supondría admitir que la misma es un ilícito que carece en sí de contenido de

⁷⁷⁸Vid. CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 195; CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., p. 889.

⁷⁷⁹MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., pp. 336-340, en que se refiere a que el daño de la falsedad debe ser la lesión del interés constituido por la fe pública, que se verifica en el momento de falsificarse el documento y que no puede ser confundido con el móvil del falsario; BATTAGLINI, *Falsità innocua o irrilevante in testamento pubblico*, en *Rivista Penale*, 1940, pp. 1065-1067, en que afirma que el concepto de falsedad inócua en Derecho vigente ha de referirse siempre al daño social, la violación de la fe pública sobre la verdad de los hechos declarados en el documento como medio de prueba; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1022, en que afirma que la posibilidad de daño debe recaer exclusivamente en aquello que se documenta y no en el ulterior daño público o privado que, como consecuencia de la falsedad, puede engendrarse o producirse.

⁷⁸⁰Vid. CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, op. cit., p. 315, § 3681 y p. 324, § 3685, en que afirma que para que quepa falsedad ha de existir un daño al menos potencial, aunque no es necesario que el mismo recaiga sobre quien según las apariencias debería ser víctima de la falsedad; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 610, en que exige que la falsedad ha de dañar o, por lo menos poner en peligro, los intereses específicos que encuentran una garantía en la genuinidad del medio de prueba; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 855, quien entiende que ha de excluirse la falsedad en los casos en que no haya constancia de que los intereses subyacentes al respectivo documento han sufrido riesgo alguno.

injusto, que sólo es relevante en tanto que infracción instrumental⁷⁸¹. Con esto no pretende afirmarse que cualquier manipulación falsaria en un documento haya de considerarse falsedad documental, pues el bien jurídico que aquí se sostiene en la falsedad documental -las funciones que el documento desempeña como medio que garantiza la seguridad del tráfico jurídico- ya determina que no todas las conductas que *a priori* puedan considerarse típicas lo lesionan o ponen en peligro. Ya en el estudio de las modalidades típicas se ha puesto de manifiesto como, con una interpretación funcionalista de las mismas, puede excluirse la tipicidad de conductas falsarias que en ocasiones nuestros Tribunales han considerado penalmente relevantes.

Que la posibilidad de perjuicio o daño se refiera al mismo objeto que se tutela en la falsedad y no a ulteriores intereses significa que la falsedad, para no considerarse inocua, debe afectar a una de las funciones del documento, que constituyen su esencia misma. Por consiguiente, tanto falsedad inocua como inútil tienen el mismo referente, la esencialidad o sustancialidad de aquello que se haya alterado en el documento.

La similitud entre ambas figuras se hace aún más patente con un sucinto examen de la doctrina que el Tribunal Supremo ha mantenido al respecto. El alto Tribunal se refiere a la existencia de elementos esenciales del documento, que deben ser los alterados para que pueda hablarse de falsedad típica. Solamente con su modificación, según el Tribunal, se consigue afectar al bien jurídico protegido con potencial daño al tráfico jurídico⁷⁸², contrariamente a lo que sucede con la afección a elementos inocuos, inanes o intrascendentes⁷⁸³. Como se observa,

⁷⁸¹En este sentido, QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op. cit., p. 35, afirma que si la falsedad se castigara por su nocividad patrimonial, resultaría que la idea misma de "falsedad" sería en sí un concepto vacío, cuya existencia conceptual no tendría asidero alguno y sólo tendría virtualidad legal en en función del efecto o daño.

⁷⁸²Cfr. STS 20 diciembre 1982 (RJ 7747) en que se afirma que la falsedad ha de afectar a un extremo esencial del documento y ha de tener potencia para producir daño real en el tráfico jurídico. En el mismo sentido, SsTS 1 marzo 1983 (RJ 1743); 12 julio 1983 (RJ 4155); 23 diciembre 1985 (RJ 6460); 6 marzo 1986 (RJ 1265); 4 febrero 1987 (RJ 1190) en que se habla de la modificación de extremos trascendentes de un documento con que se tienda finalísticamente a "ocasionar un daño a tercero"; 20 noviembre 1987 (RJ 8564) en que se afirma que el perjuicio, aunque potencial, es requisito de carácter esencial de la falsedad, pues si es inocua carece de trascendencia penal; 24 junio 1988 (RJ 5345) la falsedad documental ha de inquietar, perturbándolo al menos, el tráfico jurídico; 15 noviembre 1991 (RJ 8303) en que se requiere que la falsedad ha de producir un daño potencial para la vida del derecho; 27 enero 1993 (RJ 195) en que se refiere el Tribunal a que la falsedad ha de generar eventual o posible perjuicio "para terceros"; 30 septiembre 1993 (RJ 7022) la falsedad ha de tener un mínimo de aptitud dañina; 17 marzo 1994 (RJ 2327) en que se requiere que la falsedad provoque un perjuicio de la credibilidad pública o de la confianza colectiva sobre la veracidad de las actuaciones de los funcionarios encargados de documentar actividades administrativas; 9 marzo 1995 (RJ 1919) en que se afirma que la antijuricidad material del delito supone la exigencia de un daño efectivo para el tráfico jurídico o su aptitud potencial para causar un perjuicio en la vida jurídica; 3 abril 1996 (RJ 2871) en que se afirma que la antijuricidad material del delito de falsedad exige un peligro para los bienes jurídicos subyacentes en el documento amparado por la fe pública; en el mismo sentido que esta última, STS 26 febrero 1998 (RJ 1196) (caso Argentia Trust); 20 febrero 1998 (RJ 1181) en que se afirma la necesidad de que la falsedad recaiga sobre puntos esenciales y no inanes, inocuos o intrascendentes; 26 mayo 1998 (RJ 4995); 8 junio 1998 (RJ 5155); 20 julio 1998 (RJ 5844).

⁷⁸³Vid., entre otras muchas, SsTS 20 enero 1983 (RJ 28); 5 febrero 1983 (RJ 731) en que se afirma la atipicidad de las alteraciones que resulten inocuas frente a terceros; 20 mayo 1983 (RJ 2744), 30 marzo 1984 (RJ 1880); 25 junio 1985 (RJ 3049) en que se considera que las inexactitudes son intrascendentes cuando la superchería se haya llevado a cabo mediante cualquier tipo de dinámica comisiva no comprendida en alguno de los

elementos o puntos inanes, inocuos e intrascendentes supone una referencia conjunta a falsedades de carácter inocuo y de carácter superfluo. El Tribunal Supremo, cuando excluye la relevancia penal de la falsedad documental en consideración a su escasa trascendencia lo hace, sin embargo, empleando generalmente la calificación de falsedad inocua⁷⁸⁴. No obstante, la doctrina del alto Tribunal sobre la exención de responsabilidad en las falsedades inocuas ha sido cualquier cosa menos constante⁷⁸⁵. Esto se debe fundamentalmente a que basa la exclusión de la penalidad en la ausencia de esencialidad en la desfiguración de la verdad sin mantener un concepto constante de esencialidad, lo que ha llevado a fallos absolutamente contrapuestos, como puede observarse contrastando las distintas resoluciones recaídas en relación con la falsedad contenida en el núm. 4 del art. 302 CP de 1973.

Tanto la falsedad inocua como la superflua se caracterizan, aunque por diferentes razones, por no suponer la lesión del bien jurídico protegido. Esto es así

nueve números del art. 302 CP de 1973; 15 diciembre 1986 (RJ 7916); 5 junio 1987 (RJ 4517); 15 marzo 1988 (RJ 2025); 3 noviembre 1989 (RJ 9655); 11 febrero 1991 (RJ 1063); 5 marzo 1992 (RJ 1736); 25 abril 1994 (RJ 3437); 2 diciembre 1994 (RJ 10005), 8 noviembre 1995 (RJ 8092), 11 octubre 1995 (RJ 7226); 31 enero 1996 (RJ 95); 10 julio 1996 (RJ 5955); 21 noviembre 1996 (RJ 7996); 15 enero 1997 (RJ 182); 2 marzo 1998 (RJ 1758).

⁷⁸⁴Vid., entre otras SsTS 4 abril 1984 (RJ 2315) en que se afirma que constituye una falsedad inocua reconocer a una hija sin ser cierto, con base en que es una mendacidad sin trascendencia penal; 4 junio 1990 (RJ 5115) en el caso de un yerno que, tras la muerte del suegro, y como habían quedado letras impagadas por él, firma dos talones imitando la firma de éste, en que absuelve por considerar que cabía hablar de autorización tácita del suegro, además de atender a que la falsedad no tenía la trascendencia necesaria, dado que las cuentas no tenían fondos, y los talones hubieran sido impagados aun firmándolos el suegro, con lo que no acontece el daño real o potencial para el tráfico jurídico exigido por la falsedad; 19 diciembre 1991 (RJ 9502) en que se absuelve de falsedad, por su inocuidad, a la persona que firma un talón, con su propia firma, con cargo a la cuenta corriente de otra persona que había sido cancelada hacía diez años, aunque se condena por estafa; 16 junio 1992 (RJ 5379), en que se absuelve de falsedad por no consignar en los documentos que reflejan la adquisición de objetos realizados por un casino la participación de un comisionista en la transacción; 22 abril 1994 (RJ 3158) en que se absuelve de falsedad documental a los integrantes de un pleno de una corporación local que acuerdan la redacción de unas actas donde se autoriza la licitación para unas obras de dos empresas, excluyéndose la empresa a la que telefónicamente se adjudicó la obra por incumplimiento de las bases; 18 mayo 1994 (RJ 3931) en que se afirma que no puede otorgarse relevancia penal por inocua a una conducta falsaria aparentemente típica pero en la que la inveracidad no afecte a extremos esenciales del documento, pues así se deduce del principio de mínima intervención que informa al Derecho penal; 9 marzo 1995 (RJ 1919) en que se exime de falsedad documental por su inocuidad a la persona que confecciona un documento -una fotocomposición- para eximirse de la necesidad de visado, cuando tal exención quedaba condicionada a la formulación de solicitud en quince días hábiles, y que dicho documento no era idóneo para eximir de la necesidad de visado; 15 enero 1997 (RJ 182) para un supuesto en que el ingeniero encargado de la realización de un proyecto -que no contaba con visado del colegio- afectúa alteraciones en algunos de los documentos del proyecto, en que el Tribunal absuelve de la falsedad porque las alteraciones afectan a elementos inocuos -son esenciales aquí los datos relativos a la identidad de la persona que hace la obra, la que hace la adjudicación y la titulación académica de la persona a que se encarga su realización-; 2 marzo 1998 (RJ 1758) en que se absuelve del delito de falsedad en un supuesto en que en acta de reunión de una Junta de Centro Penitenciario se incluyó a un recluso que en ese momento no se hallaba en el centro, si bien regresó con posterioridad, por lo que se considera inocua la alteración de la verdad.

⁷⁸⁵En este sentido, COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., pp. 431, en que afirma que la inocuidad de la falsedad es de origen jurisprudencial, que no legislativo, y *cum granum salis*, pues la doctrina no puede establecer exactamente cuando hay falsedad.

porque lo que determina que la falsedad sea superflua es la falta de afectación a un elemento esencial en el contenido del documento y ya dijimos que la esencialidad viene determinada por la afectación a alguna de las tres funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico⁷⁸⁶. Lo que caracteriza a la falsedad inocua es la ausencia de perjuicio o daño para el bien jurídico protegido en la falsedad, que aquí se ha concretado en las tres funciones que el documento desempeña como medio para garantizar la seguridad en el tráfico jurídico. Pero también es cierto que hay supuestos de falsedad superflua en los que puede plantearse la concurrencia de delito imposible por ausencia de objeto material.

La diferente naturaleza de los supuestos que pueden incluirse bajo lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la misma doctrina científica ha denominado genéricamente falsedades inocuas parece aconsejar un tratamiento diferenciado de los grupos de casos⁷⁸⁷. No es necesario aplicar un nombre identificativo, el de falsedad inocua, a todo supuesto en que la falsedad no tenga relevancia penal. Incluso resulta discutible hablar de antijuricidad material más allá de la tipicidad en muchos de estos casos. Una interpretación teleológica del tipo nos lleva a excluir la relevancia penal de la conducta sin necesidad de acudir a la antijuricidad a modo de compartimento estanco, tal como se ha demostrado al tratar las distintas modalidades comisivas enumeradas en el art. 390 CP. El recurso del Tribunal Supremo al expediente de la falsedad inocua no obedece más que a un intento, con resultados no demasiado afortunados, de limitar el concepto amplísimo de falsedad del que parte, esto es, de falsedad como mutación de la verdad.

Los distintos supuestos que en estos institutos ha incluido la doctrina, así la falsedad en documento ya falso, la falsedad de documento nulo, la corrección de errores e incluso la falsedad consentida han sido tratados separadamente al hilo del comentario del tipo. La distinta configuración de cada uno de ellos y las nefastas consecuencias a que ha conducido su tratamiento jurisprudencial unitario como falsedades inocuas abogan quizá por la supresión del concepto en sí. El recurso a este expediente no supone más, en definitiva, que el intento de reunir en una misma denominación la práctica totalidad de supuestos en que la falsedad puede resultar penalmente irrelevante. No obstante, por si de algo sirviera pronunciarse unitariamente sobre todos estos grupos de casos, puede afirmarse que la falsedad será inocua cuando el objeto falso no cumpla, siquiera aparentemente, las funciones del documento, o cuando éstas no resulten afectadas si la conducta falsaria ha consistido en la alteración de un documento ya existente⁷⁸⁸, esto es, cuando la falsedad no produzca una modificación de la situación probatoria que el documento representa⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶Vid. supra el epígrafe dedicado a los criterios para determinar la esencialidad en la alteración. Cfr. asimismo, SsTS 15 julio 1994 (RJ 6454), 3 abril 1996 (RJ 2871).

⁷⁸⁷MALINVERNI, *Teoría del falso documental*, op. cit., p. 286, ya advirtió que bajo la denominación de falsedad inocua o superflua podían incluirse hipótesis muy diversas, resultando muy imprecisa.

⁷⁸⁸En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 258, entiende que la falsedad es inocua cuando se proceda sobre una manifestación que, por defecto de contenido o por ausencia de toda relevancia probatoria, nunca llegará a ser documento y, cuando se opere sobre un documento efectivamente existente, se requerirá que el objeto de modificación sea absolutamente irrelevante para el cumplimiento de su función probatoria; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 315, identifica la esencialidad de la falsedad con la afección a una de las tres funciones que el documento desempeña.

⁷⁸⁹La afección a una de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico es, como se dijo, una opción que va ganando cada vez más fuerza en la jurisprudencia -cfr. SsTS citadas al referirnos a la esencialidad en la modalidad comisiva de alteración-. En esta tónica, la STS 1 marzo 1997 (RJ 2325) considera, en relación con la inocuidad, que "la jurisprudencia viene admitiendo esta causa de exclusión de la tipicidad sólo en aquellos casos en los que la falsedad que afecta a un documento público, oficial,

2.4.2- La falsedad burda o tosca: el engaño en la falsedad documental

A) Concepto de falsedad burda

La falsedad burda, tosca, o el *falso grossolano*, como lo denominan los autores y la jurisprudencia italiana, es cualidad que se predica de aquellas falsedades documentales a las que les falta absolutamente la aptitud para engañar⁷⁹⁰, aquellas que resultan evidentes. Fuera de esta evidencia, todo lo demás permanece en la oscuridad. En primer lugar, no existe acuerdo sobre si puede aplicarse a todas las modalidades comisivas de falsedad. En segundo lugar, se cuestiona el grado de evidencia de la falsedad necesario para calificarla como burda. En tercer lugar, se discute acerca de qué parámetro haya de utilizarse para determinar cuándo y frente a quién puede afirmarse que no hay engaño. Por último, se diserta sobre el tratamiento y relevancia que este tipo de falsedades hayan de tener en el ámbito penal.

En cuanto a si la falsedad burda puede predicarse de todas las modalidades comisivas, si bien se ha afirmado que cabe tanto en las materiales como a las ideológicas⁷⁹¹, un recorrido por la casuística nos demuestra que los Tribunales suelen apreciarla solamente en las del primer tipo. La jurisprudencia italiana, que ha estudiado más en profundidad que la española la tosquedad en la falsedad, manifiesta que en el *falso grossolano* es necesario que la inidoneidad del objeto para dañar la fe pública sea absoluta. La falsedad burda ha de ser, pues, reconocible *ictu oculi* por cualquiera sin necesaria concurrencia a averiguaciones o cotejos de ningún tipo que permitan descubrirla, de modo que se excluya no sólo la mera probabilidad, sino la misma posibilidad del engaño⁷⁹². Dichas exigencias, sobre todo la referida a que sea reconocible por los sentidos, hacen que el adjetivo tosco pueda aplicarse con mayor facilidad a conductas que consistan en la contrafacción o alteración del documento⁷⁹³.

mercantil, privado, etc. no es relevante desde el punto de vista de la función probatoria del documento”.

⁷⁹⁰Sobre el concepto vid., entre otros, CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, op. cit., p. 311, § 3678; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 406; CRISTIANI, *Fede Pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 179; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 582; PANNAIN, *I problemi del falso innocuo, inutile o superfluo e del falso consentito*, op. cit., p. 126; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 611; GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, op. cit., pp. 245-246; PROTO, *Il problema dell'antigiuridicità nel falso documentale*, op.cit., p. 106; PILLA, *In tema di non punibilità del falso in atto pubblico*, op. cit., p. 277. Admite un distinto concepto de falsedad burda, no relacionada con el engaño, MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op.cit., p. 318, quien afirma que puesto que la falsedad no consiste en el engaño ni el bien jurídico se encuentra en el derecho a la verdad, interesa ver si la tosquedad de la falsedad es tal que convierta al documento en inidóneo para efectuar aquella específica prueba a la que era destinable. En el mismo sentido que este último, CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 179.

⁷⁹¹De esta opinión NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 134, quien admite, a pesar de reconocer que suele apreciarse en las falsedades de carácter material, que puede apreciarse también en las ideológicas; En sentido contrario, CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 196, que la concibe como más específicamente referida a conductas de contrafacción y alteración.

⁷⁹²Cfr. CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., p. 889, y jurisprudencia allí citada.

⁷⁹³No obstante, CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., p. 917, citan sentencias en las que se reconoce la posibilidad de que la falsedad tosca acontezca en tipos falsarios ideológicos.

La jurisprudencia española, por su parte, considera falsedades burdas aquellas que son perceptibles enseguida y a simple vista⁷⁹⁴, incapaces de inducir a engaño siquiera a la persona menos perspicaz⁷⁹⁵, y concebidas como una forma de lo que la doctrina del Tribunal Supremo denomina genéricamente falsedades inocuas⁷⁹⁶. Del mismo modo que la jurisprudencia italiana, se ha cuestionado la española la posibilidad de considerar burda la falsedad generalmente cuando las conductas falsarias son las de alteración o simulación. Así en un caso en que se añade a un recibo de alquiler una determinada frase tras su confección por persona distinta de su autor⁷⁹⁷, en otro en que se firma un cheque con la propia firma sin ser titular de la cuenta corriente⁷⁹⁸, o cuando se imita la firma de otra persona de manera nada parecida a la suplantada⁷⁹⁹. Aunque, en alguna ocasión, sin utilizar expresamente la locución falsedad burda, haya absuelto del delito de falsedad en casos en que la acusación era por faltar a la verdad en la narración de los hechos⁸⁰⁰.

Lo esencial para decidir si la falsedad tosca puede producirse sólo en conductas falsarias de las llamadas tradicionalmente materiales o también en las ideológicas depende fundamentalmente de que como criterio para determinar la tosquedad se use la denominada *imitatio veritatis* o la aptitud para el engaño. Ciertamente la *imitatio veritatis* -elemento constitutivo del concepto de falsedad en Derecho romano, que supone la similitud del instrumento apócrifo con un determinado modelo- sufrió un importante proceso de relajación en Derecho intermedio, que la convirtió en la *immutatio veritatis* - lo que nuestras Partidas denominaron “mudamiento de la verdad”-. Para que el mudamiento acontezca, se precisa únicamente la contradicción del objeto falso con el concepto de verdad de que se parta -objetiva o subjetiva, jurídica o real-⁸⁰¹. Sin embargo, que el mudamiento de la verdad tenga su raíz en la imitación de la verdad supone ligar el concepto de falsedad a la contrafacción, además de implicar una concepción de la misma como todo lo contrapuesto a la verdad, razones que convierten en inhábil este expediente⁸⁰². Por el contrario, si la falsedad grosera se identifica con aquella que adolece de inidoneidad para el engaño -sin prejuzgar qué deba entenderse por engaño-, cabrá tanto predicarla de falsedades ideológicas como de materiales, pues todas ellas tienen en común constituir específicas formas de engaño⁸⁰³.

⁷⁹⁴Cfr. STS 25 octubre 1982 (RJ 5683); 24 abril 1997 (RJ 4285) en que se define la falsedad burda como aquella que no alcanza a provocar el error que el tipo de falsedad requiere.

⁷⁹⁵Vid. STS 5 junio 1987 (RJ 4517).

⁷⁹⁶STS 17 marzo 1994 (RJ 2327).

⁷⁹⁷STS 25 octubre 1982 (RJ 5683), en que se condena por falsedad documental.

⁷⁹⁸STS 4 diciembre 1989 (RJ 9515), en que se absuelve del delito de falsedad.

⁷⁹⁹STS 17 noviembre 1992 (RJ 9351), en que también se produce la absolución por falsedad documental.

⁸⁰⁰Vid STS 9 diciembre 1987 (RJ 9735), para el caso de un representante de una empresa extranjera en España que se apropia de fondos de la entidad y manifiesta, en cartas enviadas a la central, que pagará la deuda contraída por la empresa cuando se hubiese cancelado el aval bancario, siendo que el mismo ya lo estaba. La absolución del delito de falsedad es por razón de que la falsedad no era idónea para causar “engaño” a la sociedad representada, que podía comprobarlo fácilmente.

⁸⁰¹Vid. sobre esta evolución MIRTO, *La Falsità in atti*, op. cit., p. 331, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 265.

⁸⁰²Respecto de esta cuestión, MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 335, afirma que la tosquedad en la falsedad no tiene nada que ver con el tema de la *imitatio veri*, sino con la idoneidad de la acción, de manera que la inidoneidad excluyente de la acción es la inidoneidad absoluta, la manifestación exterior de la conducta que hace imposible el resultado.

⁸⁰³FINZI, *I reati di falso*, 1920, op. cit., p. 462, afirma que el engaño es el elemento de unión entre los tres tipos de comisión de la falsedad que él considera existentes, a saber,

En cuanto al grado de evidencia de la actividad falsaria necesario para que pueda considerarse burda la falsedad tampoco reina acuerdo⁸⁰⁴. Mientras la jurisprudencia suele mostrarse muy exigente para apreciarla⁸⁰⁵, pidiendo prácticamente que sea manifiesta, se ha defendido que sería conveniente relajar dicha limitación⁸⁰⁶. Incluso ha llegado a admitirse que la tosquedad no es algo que pueda determinarse objetivamente, sino que ha de tenerse en cuenta únicamente la dirección subjetiva de la voluntad del agente⁸⁰⁷. No obstante, esta discusión no puede plantearse separadamente de la atinente a cuál deba ser el destinatario del engaño. Tampoco en este punto los autores muestran una postura uniforme; se interrogan acerca de si el sujeto que haya de tomarse como modelo ha de ser el Juez o un perito, un inculto o el hombre medio⁸⁰⁸. Tanto la doctrina⁸⁰⁹ como la

la creación o alteración de una cosa falsa, la ocultación de la verdad -supresión o destrucción total o parcial de un documento- y la omisión de una declaración o una declaración contraria a la verdad.

⁸⁰⁴Tal como pone de manifiesto CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 309.

⁸⁰⁵Así, por ejemplo, la STS, ya citada, de 5 junio 1987 (RJ 4517) se refiere a que la falsedad ha de ser incapaz de inducir a engaño incluso al menos perspicaz. De la misma opinión, PUIG PEÑA, *Derecho penal, t. III. Parte especial, vol. 1º*, op. cit., pp. 216-217, según quien si la imitación es tan imperfecta o tosca que cualquier persona, a primera vista, es capaz de descubrir la alteración de la verdad, no hay falsedad documental. En esta dirección, DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 30, determina que el falso burdo se caracteriza por la ausencia absoluta de cualquier engaño, reconduciendo la cuestión al principio "*nullum crimen sine lege*", pues falta la misma correspondencia exterior entre la conducta y la previsión legal.

⁸⁰⁶FIANDACA MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 406, se muestran críticos con los criterios tan rigurosos que adopta la jurisprudencia de su país para apreciar la irrelevancia de la falsedad.

⁸⁰⁷De esta opinión, RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 246.

⁸⁰⁸Sobre esta cuestión vid. CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, op. cit., pp. 311-313, §§ 3678-3679, en que afirma que no basta con que la falsedad pueda engañar a un Letrado o a un idiota, sino que ha de poder engañar a un número indeterminado de personas, concluyendo que es un problema que debe resolver la prudencia del Magistrado. Como reglas absolutas establece que ha de tratarse de una imitación que consiga engañar y que la equidad del Juez puede eliminar el título de falsedad cuando lo burdo de la imitación llega a tal grado que pueda decirse que es evidente y palpable, sin establecerse otras reglas apriorísticas, fuera de aquellas que para él determinan la diferencia del engaño en la falsedad en documento privado y público. Vid. también, GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, op. cit., pp. 245-246; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 309.

⁸⁰⁹Para FINZI, *I reati di falso*, 1920, op. cit., p. 486, la falsedad ha de tener aptitud para sorprender a la "común advertencia"; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 406, establecen que la falsedad punible es aquella que es susceptible de engañar a un número indeterminado de personas; ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, op. cit., p. 626, se refiere a que la falsedad ha de poder engañar al público en general, razón por la que a los delitos de falsedades se los denomina delitos contra la fe pública; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 854-855, se refiere a la idoneidad de la falsedad para engañar a un individuo medio integrante de la comunidad social; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 281; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 105-106; COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de las falsedades documentales*, op. cit., p. 433, en que admite que el recurso a un nivel medio para determinar la idoneidad del engaño en la falsedad es aquello que determina el carácter ambifilológico de este tipo de delitos, puesto que implica operar con reglas de la experiencia; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3674; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 315, para quien basta que la falsedad tenga idoneidad suficiente para inducir a error al ciudadano medio de

jurisprudencia⁸¹⁰ acuden mayoritariamente al patrón del hombre medio para determinar cuándo la falsedad sea o no idónea para engañar. Entonces la afirmación de la tosquedad en la falsedad dependerá, en definitiva, de quién haya de juzgar conforme a qué criterios deba establecerse el susodicho patrón; de ahí que se haya postulado la necesidad de acudir a criterios estrictamente objetivos para afirmar la aptitud para el engaño.

También del concepto más o menos restringido que se adopte de falsedad burda y del grado de evidencia de la actividad falsaria podrá depender que nos encontremos ante una tentativa absolutamente inidónea por inidoneidad del medio o de la acción -impune, por tanto- o bien relativamente inidónea⁸¹¹. En relación con esta última, cabe defender incluso en el Código penal de 1995 su relevancia penal, a pesar de haber desaparecido en el articulado del nuevo texto punitivo una afirmación semejante a la contenida en el art. 52.2 CP de 1973⁸¹². Aunque el criterio que se siga mayoritariamente sea la irrelevancia penal de este tipo de conductas⁸¹³, no han faltado, sin embargo, apoyos doctrinales y jurisprudenciales a la incriminación de estas manipulaciones falsarias como delitos tentados⁸¹⁴. Por tal

la parcela del tráfico jurídico a que el documento está destinado; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 535, quien también concibe la idoneidad del engaño referida a la generalidad.

⁸¹⁰Cfr. STS 19 abril 1989 (RJ 3417) en que se afirma que “el delito de falsedad documental exige entidad suficiente para entrar en el tráfico jurídico y cierta idoneidad de la legitimidad aparente del documento y de su veracidad para inducir a error a un hombre medio (strandarmann)”, sin ser necesario exigir una perfección en la falsedad que sólo pueda engañar a expertos en falsificación; en el mismo sentido, SsTS 10 octubre 1991 (RJ 7056), 14 abril 1992 (RJ 3046), 17 noviembre 1992 (RJ 9351).

⁸¹¹CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 311, admite implícitamente tal relativismo al afirmar que la falsedad grosera sólo excluye la penalidad cuando sea absolutamente inidónea para engañar.

⁸¹²Acerca de la admisibilidad de la relevancia penal de la tentativa relativamente inidónea y del delito relativamente imposible y de la necesidad de separarlos de la tentativa idónea según diferentes opciones doctrinales, vid. infra cap. III, apartado 1.2.2.

⁸¹³QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 646, considera que las falsedades groseras, de patente inidoneidad, no son incriminables a no ser que se acuda a la turbia e indirecta vía de la delincuencia imposible o que se salte a la tipicidad falsaria de la estafa o fraude; DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 87; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 855; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 232; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 253, para quien las falsedades burdas son casos de tentativa irreal o absolutamente inidónea.

⁸¹⁴La jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien generalmente considera atípicos tales supuestos, en algunas resoluciones admite su relevancia penal. Entre ellas la de 17 marzo 1994 (RJ 2327), que castiga como tentativa de falsedad en documento oficial el supuesto en que se confecciona un permiso de conducir falso, en el que los agentes de tráfico se aperciben de su falsedad. En relación a la doctrina, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t II (Parte especial)*, op. cit., p. 274, que las considera supuestos de frustración; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 330; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, p. 306, quien, a pesar de admitir que en los casos de falsedad burda podemos encontrarnos ante un supuesto de atipicidad, entiende que apreciar tentativa inidonea en algunos de estos supuestos; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 518, quien admite que, a priori, tales conductas podrían incriminarse como tentativas inidóneas, plantea la posible exclusión de la penalidad por el juego de la penalidad del art. 390 con el art. 400 CP; BONE PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, op. cit., p. 137, aplaude a la jurisprudencia que considera las falsedades burdas como tentativas inidóneas del art. 52 CP de 1973; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. II, op. cit., p. 797, considera que la falsedad burda es un supuesto de tentativa acabada.

razón, si dentro del concepto de falsedad burda se incluyen solamente los supuestos en que el engaño sea absolutamente imposible de acaecer, cualquiera que sea la persona a que se dirija, la misma excluirá siempre y necesariamente el delito, pues no cabrá falsedad burda que comporte engaño posible. Si, por el contrario, como patrón para determinar cuándo el engaño puede resultar exitoso o no se toma al hombre medio -de diligencia normal-, desde el punto de vista de quienes sostienen un concepto tan estricto de falsedad burda como el apuntado, habría de concluirse que los supuestos en que la falsedad no pudiese provocar error en una persona media pero sí en una absolutamente descuidada la tentativa no sería absoluta, sino relativamente inidónea⁸¹⁵. No obstante, las consideraciones que el siguiente apartado se efectuarán acerca de la esencialidad del engaño en la falsedad, así como la previsión específica del art. 390.1.2º -en relación con que la falsedad ha de poder inducir a engaño sobre la autenticidad- abogan por la atipicidad de este tipo de falsedades. La exigencia expresa de la inducción a error en una de las modalidades comisivas positiviza una suerte de cláusula legal de idoneidad que convierte en irrelevante cualquier tentativa inidónea.

Independientemente de los problemas que haya podido generar la llamada falsedad burda o tosca para su apreciación, lo que sí pone de manifiesto el reconocimiento generalizado de la relevancia exigente de la misma es que el engaño forma parte de la conducta falsaria.

B) *El engaño como elemento configurador de la falsedad*

Ya en momentos anteriores en este trabajo se ha hecho alusión a específicos supuestos de engaño dentro de la falsedad; así cuando se analizaba la modalidad falsaria establecida en el núm. 2 del art. 390.1 CP, en que se diferenciaba el engaño en el nombre y en la identidad. La necesidad de que las conductas que inciden sobre pruebas documentales sean susceptibles de generar engaño no proviene tanto del significado etimológico de la palabra falsedad⁸¹⁶, como del bien jurídico protegido en las falsedades documentales. Si se considera que el objeto jurídico de tutela en estos ilícitos lo constituyen las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, el documento falso no puede representar siquiera un peligro abstracto para el tráfico cuando no puede inducir a error a cualquier individuo acerca del normal desarrollo de las mismas. En tal sentido, resulta fundamental la referencia a la seguridad en el tráfico jurídico como bien jurídico mediatamente protegido en la falsedad, que viene justamente garantizado por el correcto funcionamiento de las tareas propias de la prueba documental en el ámbito negocial. En definitiva, el buen funcionamiento o la seguridad en el tráfico jurídico no pueden verse puestos en peligro o efectivamente alterados cuando se introducen en el mismo documentos que no desarrollan sus funciones con aparente normalidad.

El engaño como elemento de la falsedad puede deducirse también del mismo parecido morfológico de este delito con el de estafa, pues ambas son

⁸¹⁵ Acerca de esta cuestión MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 335, afirma que la idoneidad al engaño ha de apreciarse de modo objetivo "abstracción hecha de la posibilidad de engañar al hombre medio y de condiciones normales de inteligencia o atención, y abstracción hecha de que la falsedad burda pueda lesionar otros bienes jurídicos", por lo que considera contradictorio mantener que pueda existir una falsedad burda susceptible de producir engaño. De parecida opinión, CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., pp. 195-196, pues exige que la falsedad pueda ser perceptible por todos; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 582, en que también exige que la imposibilidad de engaño ha de predicarse en relación con cualquier sujeto.

⁸¹⁶ Se admite que la palabra *falsum* está en el verbo latino *fallere*, que significa engaño. Vid., por todos, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 561.

defraudaciones que en un periodo de la historia se encontraron incluso indiferenciadas⁸¹⁷. El engaño, la defraudación, es también requisito esencial de las falsedades⁸¹⁸. No obstante, las diferencias entre uno y otro ilícito se cifran, además de orientarse a la tutela de bienes jurídicos distintos, al ámbito de operatividad del engaño y a la exigencia típica, en el caso de la estafa, de que el mismo provoque de una serie de consecuencias. En la estafa el engaño ha de hacer posible - además del error- la consecución de un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo y el consiguiente perjuicio, mientras en la falsedad éste se ha de operar necesariamente sobre un documento⁸¹⁹. Si bien es cierto que la susceptibilidad de inducir a error se encuentra positivizada en la falsedad documental en el núm. 2 del art. 390.1 CP -exclusivamente para la simulación de

⁸¹⁷En este sentido CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op.cit., pp. 68-70, consideraba que la falsedad es un requisito constitutivo de la estafa, por lo que, cuando no se daban los requisitos constitutivos de la falsedad podría apreciarse estafa en muchas ocasiones.

⁸¹⁸El parecido morfológico entre ambos delitos, la necesidad de engaño, puede ofrecer un nuevo enfoque al tratamiento concursal de falsedad-estafa que destierre en parte la tradicional doctrina jurisprudencial. Para la jurisprudencia del TS cabe afirmar la posibilidad de concurso medial de delitos entre la falsedad en documento público, oficial o mercantil y la estafa provocada con el uso del documento falso, atendiendo a la diferencia de bienes jurídicos en ambos ilícitos y a la inexigencia legal de perjuicio en la falsedad. Por contra, considera que la relación ha de ser de concurso de normas cuando para la causación del engaño en la estafa se utiliza un documento privado. En este segundo caso afirma que el perjuicio se encuentra ínsito en la falsedad -que exige ánimo de perjudicar-, por lo que se decide por la aplicación de la estafa o del ilícito falsario en función de criterios como los de consunción, especialidad, o alternatividad, que en vigencia del CP de 1973 solían determinar la aplicación de la falsedad en documento privado por su mayor penalidad. Cfr., entre otras muchas, SsTS 4 enero 1982 (RJ 91); 10 febrero 1982 (RJ 645); 12 febrero 1982 (RJ 653); 29 octubre 1982 (RJ 5708); 3 marzo 1984 (RJ 1698); 21 mayo 1984 (RJ 2665); 6 julio 1985 (RJ 3990); 2 enero 1986 (RJ 118); 21 enero 1986 (RJ 164); 10 junio 1986 (RJ 3131); 19 junio 1986 (RJ 3176); 5 junio 1987 (RJ 4517); 3 julio 1987 (RJ 5159); 14 marzo 1988 (RJ 2001); 24 marzo 1988 (RJ 2084); 22 abril 1989 (RJ 3500); 17 octubre 1989 (RJ 8461); 6 febrero 1990 (RJ 1173); 22 noviembre 1990 (RJ 9070); 7 febrero 1991 (RJ 899); 1 julio 1991 (RJ 5495); 15 octubre 1992 (RJ 8003); 7 febrero 1994 (RJ 712); 4 abril 1994 (RJ 2871); 19 septiembre 1996 (RJ 6925), que mantiene este posicionamiento también en relación con el CP de 1995. Partiendo del engaño como elemento común a la falsedad y la estafa, GARCÍA CANTIZANO, *De la relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (nuevas soluciones a un viejo problema)*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XI, 1995, *Falsedad y defraudaciones*, pp. 233 y ss., y GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 161 y ss., propone un tratamiento alternativo de la relación concursal entre el delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil y estafa en función de cómo opera el engaño. La relación será, según su opinión, de concurso ideal cuando el documento se presente como objeto sobre el que recae el engaño propio de la estafa -admite aquí la unidad de acción-, mientras que será de concurso real -propio o medial- cuando la falsedad no sea más que un punto de apoyo para consolidar el engaño del delito patrimonial. Sin embargo, admite que la estafa absorbe siempre a la falsedad en documento privado. Defienden también la existencia de concurso aparente de leyes entre falsedad en documento privado y estafa, DEL ROSAL, *De la relación concursal entre falsificación y estafa*, en ADPCP, 1949, fasc. II, pp. 283 y ss y MUÑOZ CUESTA, *Estafa a pluralidad de personas y falsedad documental*, en La Ley, 1991-1, pp. 1102 y ss., entre otros.

⁸¹⁹En tal sentido, ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, op. cit., pp. 626-627, establece que la posibilidad de llevar a engaño al público en general, que diferencia a la falsedad de la estafa, deriva del hecho de que lo falso concierne a algo que en la comunidad social goza de particular crédito, pues la actividad del falsario se desarrolla sobre cosas o con declaraciones que en la comunidad social gozan de un particular crédito, son atentados a la genuinidad o veracidad de los medios probatorios. También sobre esta cuestión, NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 6, que afirma que el engaño propio de la falsedad es el producido mediante una "comunicación".

documento, y sólo respecto del error acerca de la autenticidad-, también lo es que gran parte de la doctrina en nuestro país ha considerado que tal exigencia ha de entenderse ínsita en todas las modalidades comisivas falsarias, conformando el engaño y la consiguiente inducción a error un elemento genérico de toda falsedad⁸²⁰.

El mismo concepto de engaño y su correlativo, la inducción a error, son -lo mismo que los de falsedad, verdad o mentira- términos en cuyo entendimiento pueden incluirse multiplicidad de significados, absolutamente indeterminados si se los considera como todo lo contrapuesto a la verdad. Por tal razón, la doctrina que se ha dedicado al estudio del delito de estafa, sobre todo tras la modificación que sufrió la definición legal de la misma con la Ley de Reforma Urgente y Parcial de 1983, ha hecho notables esfuerzos por ajustar a sus justos términos el sentido del engaño bastante. Se ha evolucionado de una configuración del engaño sin contenido preciso, meramente confrontado con la verdad⁸²¹, utilizando para su concreción criterios causales, a un concepto de engaño normativamente determinado, que parte de las categorías de la imputación objetiva para determinar el engaño típico en la estafa⁸²². Sin embargo, aunque quepa utilizar las evoluciones de la literatura vertida sobre el engaño en la estafa para configurar el característico en la falsedad documental⁸²³, éstas no podrán ser trasladadas sin más al ámbito del ilícito documental, que tiene una tipicidad propia distinta de la estafa. Mientras en la estafa el engaño es el causante del error en el sujeto pasivo y de la disposición patrimonial perjudicial, en la falsedad el engaño es la consecuencia del delito. La

⁸²⁰En este sentido DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit. p. 86, quien considera que la exigencia explícita en la simulación se halla también implícita en los casos de alteración porque se ha creído innecesario formularla expresamente; PUIG PEÑA, *Derecho penal, t. III. Parte especial, vol. 1º*, op. cit., p. 216; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 330, que configura la idoneidad al engaño como elemento del tipo objetivo de la falsedad documental; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 271; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 315; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, op. cit., pp. 234 y ss.

⁸²¹ANTÓN ONECA, *Estafa*, op. cit., p. 61, considera que la conducta engañosa consiste en “una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas”, BAJO FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. V, vol. 2º, p. 1165, define el engaño como “falta de verdad en lo que se dice o se hace de modo bastante para producir error e inducir a un acto de disposición patrimonial”.

⁸²²En este sentido VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pp. 163-172, propone alejarse de la utilización de criterios de causalidad adecuada que venían siendo empleados por el Tribunal Supremo, y exigir una relación de causalidad, en el sentido de la teoría de la condición, entre el engaño y la disposición patrimonial perjudicial, utilizando, a continuación, los criterios de la imputación objetiva -el juicio de adecuación, el incremento del riesgo permitido y la esfera de protección de la norma- para afirmar el carácter típico de la conducta engañosa. Cfr. también, GÓMEZ BENÍTEZ, *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, en ADPCP, 1985, p. 338, en que afirma que el marco dogmático correcto es el de la imputación objetiva; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 273-279; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 453.

⁸²³GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 272-279, que utiliza las evoluciones doctrinales de la determinación del engaño en la falsedad documental, aunque reconoce que la diferencia entre estafa y falsedad se produce en que mientras en la primera “la utilización del engaño es la conducta típica descrita por el legislador para cuya ejecución no se especifica ninguna forma especial de obtención”, en la segunda “la acción típica se constituye en una alteración de las condiciones que determinan la autenticidad y veracidad del documento, artificio mediante el cual, además, se va a inducir a error a terceros”.

posibilidad de engaño no indica en este delito el punto de partida de la conducta típica, sino que en él se agota.

En la estafa, por la propia finalidad de protección de la norma, se refiere la suficiencia del engaño al concreto sujeto al que el mismo va destinado, puesto que en la propia descripción típica se exige que el engaño deba producir error, causa de un acto de disposición patrimonial. Esto supone, partiendo del juicio de adecuación que la imputación objetiva requiere, que, como afirma VALLE MUÑIZ, “el juicio de adecuación normativo sobre la conducta tendrá que tener en cuenta las reales y concretas circunstancias del sujeto pasivo”⁸²⁴. Ello es así, en definitiva, porque el resultado del delito viene configurado por el perjuicio ocasionado por un acto de disposición patrimonial que efectúa el sujeto al que se ha inducido a error. A diferencia de esto, en la falsedad documental el resultado es la producción de un documento falso que pueda inducir a error a un sujeto, en principio, indeterminado. El engaño, ligado a la producción de la falsedad, se sitúa en la fase de agotamiento del delito. Por ello, aunque el art. 390.1.2º CP se refiera a la posibilidad de inducir a error -sobreentendiendo que es necesario el engaño-, de ahí no puede deducirse que hayan de tenerse en cuenta las condiciones subjetivas de aquél a quien, en el concreto caso, vaya dirigida la falsedad. El documento falso, potencialmente, puede generar error en distintos grupos de sujetos, en función del contexto en que se use. No puede hacerse depender la relevancia penal de una conducta que, como la falsedad, protege un interés de carácter colectivo, del concreto uso que del instrumento falso se haga. Tal fundamentación aboga por que el criterio que deba adoptarse para poder afirmar la adecuación al error de la falsedad sea el del hombre medio, pero con ciertas limitaciones. Esto es, ha de realizarse un juicio sobre que la acción engañosa, considerada *ex ante*, pueda producir un error acerca del correcto desenvolvimiento de las funciones que el documento desempeña, tomando como base las circunstancias conocidas o reconocibles por el hombre prudente en el círculo social del autor más las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor en base a sus conocimientos especiales⁸²⁵. Se trata, en definitiva de adoptar una tesis que tome como referencia un pronóstico posterior objetivo, descartando tanto criterios absolutamente objetivos -el del hombre medio sin más especificaciones-, como aquellos tan subjetivizados que tengan en cuenta las particularidades y especiales conocimientos de la víctima en el supuesto concreto. Las especiales condiciones de la víctima para determinar la suficiencia del engaño pueden tenerse en consideración en la estafa, aunque ello resulta del todo inadmisibles en la falsedad documental⁸²⁶.

El engaño y la consiguiente aptitud para provocar un juicio equivocado en la falsedad no deben llegar al punto de que el delito se excluya en atención a específicas faltas de diligencia en la conducta del sujeto pasivo, o a los especiales

⁸²⁴Cfr. VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, op. cit., p. 166; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1131. Sobre esta cuestión, GÓMEZ BENÍTEZ, *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, op. cit., p. 338, afirma que el error no es un elemento autónomo genérico en los tipos de estafa, pues no siempre éstos exigen que el engaño haya conseguido producir error en la persona, sino que es más “una capacidad de acción”, una posibilidad más que un estado efectivo, constituyéndose en el punto de referencia que permite afirmar la imputación objetiva del perjuicio patrimonial a la acción engañosa.

⁸²⁵En este sentido BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 275-276.

⁸²⁶Sobre esta cuestión, en relación exclusiva con la estafa, VILA MAYO, *Consideraciones acerca del engaño en la estafa*, en *La Ley*, 1984-3, p. 969, advierte que el engaño es por su propia naturaleza es de carácter subjetivo, de modo que los supuestos más burdos pueden producir en la víctima un juicio falso acerca de algo. Sin embargo, según él, ha de entenderse en el ámbito penal en términos objetivos, exigiendo diligencia por parte del sujeto pasivo.

conocimientos que el mismo tenga⁸²⁷. Para la consumación del ilícito no se exige la específica producción del juicio erróneo, sino la mera posibilidad de que acontezca. Atendida la tipicidad en la falsedad, que no hace referencia al perjuicio de un sujeto concreto, confundir el resultado propio de la falsedad con la consecución de los móviles del autor sería tanto como despojar a este ilícito de todo contenido de injusto.

Asímismo, característica del engaño en la falsedad es su pertenencia al tipo objetivo del delito. A diferencia de otras legislaciones comparadas -en las que la finalidad de engaño constituye un elemento integrante del tipo subjetivo del delito de falsedad⁸²⁸- en nuestro Derecho positivo la capacidad para inducir a error viene descrita como aptitud objetiva del documento falso dentro de la modalidad comisiva descrita en el núm. 2 del art. 390.1, lo que supone su pertenencia al tipo objetivo. Por tal razón, son insostenibles en nuestro Ordenamiento las opiniones de aquellos que postulan que la aptitud para el engaño debe venir determinada en función de la intención del sujeto activo de la falsedad⁸²⁹. Con esto, sin embargo, no se excluye que este elemento no haya de tener su reflejo en el dolo propio del delito, puesto que éste supone el conocimiento -y volición- de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo⁸³⁰.

En íntima relación con la necesidad del engaño se encuentra la cuestión de la exigencia del uso del documento falso para que el delito se consume. Los tipos descritos en los arts. 390 y 392 CP no hacen referencia expresa al uso, de forma que pudiera parecer que el delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil se consuma con la actividad falsaria apta para inducir a error. Sin embargo, el engaño propio de la falsedad documental ha de operarse en el tráfico jurídico, con lo que resulta difícil hablar incluso de posibilidad de que este resultado acontezca sin que el autor se desprenda del objeto falso. El documento se protege en Derecho penal en tanto cumple una serie de funciones que se desarrollan en el ámbito de las relaciones jurídicas entabladas entre las personas. Atendiendo pues al bien jurídico protegido en el delito puede cuestionarse la consumación de la falsedad con la mera *editio falsi*. Sin perjuicio de desarrollar esta cuestión con

⁸²⁷De distinta opinión, MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., p. 318, para quien la falsedad burda, en tanto en cuanto se fija en función de que haga inidóneo el documento para efectuar la específica prueba a que se destina, se determina según los destinatarios. Así, una falsedad absolutamente burda confrontada por personas analfabetas será falsedad, pero una falsedad no tan burda destinada a que un perito la examine no será falsedad.

⁸²⁸El § 267 StGB, cuando incluye la locución “zur Täuschung im Rechtsverkehr” positiviza un elemento perteneciente a la parte subjetiva del tipo de la *Urkundenfälschung*, lo que para la generalidad de los autores supone que el sujeto agente debe obrar con dolo directo de provocar el error en el destinatario del documento. En este sentido vid, por todos, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p.1149, nm. 25; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1381, nms. 28-29; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 85; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., pp. 2027-2028, nms. 84-93; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 189-190, nms. 502-503; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 151-152, nms. 73-77; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 365.

⁸²⁹En este sentido, como antes se ha mencionado, vid. RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 246. Crítico con tal posicionamiento se muestra también, CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 311, para quien la investigación sobre lo grosero de la falsedad ha de efectuarse exclusivamente sobre el objeto de la falsedad, con exclusión de las intenciones del sujeto.

⁸³⁰Vid. BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 330, en que afirma que el autor debe ser consciente de la idoneidad para engañar de la falsedad y además haber querido la falsedad con esta aptitud para engañar.

posterioridad⁸³¹, la exigencia típica de la inducción a error así como el recurso al objeto de tutela son factores que apoyan la fijación del momento consumativo de la falsedad cuando el documento se introduce en el tráfico jurídico. Lo que efectivamente supone un atentado a la seguridad de las relaciones jurídicas interpersonales es la introducción en el tráfico de documentos cuyas funciones no se desarrollan con normalidad, lo que puede provocar que los destinatarios efectúen conductas con relevancia jurídica provocadas por el juicio erróneo precedente. Por tal razón, cuesta comprender el motivo por el que el legislador continúa privilegiando el uso de documento falso en relación con la confección misma del objeto.

La exigencia de que el engaño se opere en el tráfico “jurídico” juega también un importante papel a la hora de destipificar confecciones de documentos falsos con afán lúdico, o para demostrar la pericia del falsificador⁸³². Incluso puede excluir la tipicidad objetiva en aquellos engaños provocados en un ámbito relacional interpersonal sin trascendencia jurídica, como ocurre con la confección de documentos falsos para tranquilizar a alguien -así el amigo que confecciona una carta falsa de un médico para enseñársela a un amigo que sufre una grave enfermedad-

Para concluir con el tratamiento de esta cuestión, conviene referirse a la posible crítica de fondo que cabría hacer a la consideración del engaño con la correspondiente posibilidad de la causación de un error como elemento de la falsedad documental⁸³³. Aunque la mayoría de la doctrina, por lo menos en Italia y España, concibe que el engaño es parte integrante del tipo objetivo de la falsedad documental⁸³⁴, existe el peligro de que el engaño, como sinónimo de mentira, se identifique con contradicción a la verdad. De ahí a decir que la falsedad es un delito que atenta contra la verdad o supone una alteración de la verdad hay poco trecho. No obstante, por un lado, ha de tenerse en cuenta que no se trata aquí de identificar el concepto mismo de falsedad con el de engaño, sino de afirmar que, para que la falsedad jurídico-penalmente relevante acontezca, no solamente es necesario que se realice una manipulación falsaria de las descritas en el art. 390 CP en un documento, sino que será también preciso que la misma sea susceptible de causar un error en los distintos intervinientes en el tráfico jurídico. Por otro lado, el objeto del engaño se encuentra en la falsedad documental absolutamente circunscrito a aquel que recae sobre el normal desenvolvimiento de las funciones del documento, y también en esto se diferencia del propio de la estafa. Es decir, el engaño y el consiguiente error que puede causar no se refieren a cualquier aspecto de la realidad, ni siquiera a la porción de la misma que el documento refleja. El engaño no se refiere pues a la veracidad intrínseca, sino que ha de suponer la creencia, por parte del sujeto pasivo, de que el documento que ante sí tiene no ha sufrido ninguna alteración ilícita que incida sobre cualquiera de las tres funciones que desempeña, que haya podido modificar la situación probatoria que un

⁸³¹Vid. más ampliamente infra, cap. III, apartado 1.2.1.

⁸³²De la misma opinión, CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 855, quien considera que si el documento no está destinado en absoluto a introducirse en el tráfico jurídico se excluye la posibilidad de engañar al individuo medio; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 279-28.

⁸³³Se ha admitido que entre el engaño típico que la falsedad supone y el error de juicio en que ha de incurrir el sujeto pasivo debe establecerse una relación de causalidad. En este sentido, CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., p. 63, admite que engaño y error están en una relación de causa-efecto; en el mismo sentido CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 156; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 283.

⁸³⁴No ocurre por lo general así en Alemania porque de la propia dicción del § 267 StGB se deduce que se trata de un elemento perteniente al tipo subjetivo.

documento con funcionalidad normal representaría⁸³⁵. Aún más, puede incluso llegar a afirmarse, como ha hecho la literatura científica mayoritaria en Alemania, que no todo engaño sobre este específico objeto constituye falsedad documental, sino sólo aquel que sea capaz de determinar al sujeto pasivo a la realización de una conducta jurídicamente relevante⁸³⁶.

2.5- Conclusiones sobre el concepto jurídico-penal de falsedad

Retomando la cuestión que se dejó apuntada al inicio de este capítulo, relativa a la hipotética necesidad de establecer un concepto prejurídico de falsedad, ya se indicó que la fijación del mismo, según la opción aquí suscrita, no parecía la alternativa más idónea. Los intentos hasta ahora esbozados por la doctrina de determinar lo esencial en la falsedad, siempre que se ha pretendido formular una concepción que englobe todas las posibles conductas falsarias, poco han aportado en orden al establecimiento de unos límites que acoten, mínimamente, las conductas incriminables bajo este título. La falta de verdad ha sido aquello que tradicionalmente se ha identificado como falsedad, lo que ha conducido irremediabilmente a definir la falsedad como contradicción a la verdad⁸³⁷. Sin embargo, ya se ha mencionado que incluso el establecimiento de lo que sea verdad aboca al planteamiento de problemas metafísicos prácticamente insolubles, pues las acepciones del término pueden llegar a ser tan múltiples como lo es la verdad misma⁸³⁸.

⁸³⁵En tal sentido, la doctrina alemana, puesto que el § 267 StGB se refiere únicamente a la creación de documentos falsos o su alteración de forma que de ello resulte un documento, suele establecer que el engaño propio del ilícito ha de referirse a la autenticidad del documento, no a la veracidad del mismo. Cfr. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 744; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 365; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 104; MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p.151, nm. 53; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2027, nm. 86; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 87; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Stragesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 96.

⁸³⁶Cfr. obras mencionadas en la anterior cita. En este sentido, además, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 193; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 770; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten, 2. Teil*, en JuS, 1994, p. 126. Sigue en España, sobre esta cuestión, a la doctrina alemana, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p.106; NÚÑEZ CASTAÑO, *La obtención fraudulenta de crédito*, op. cit., p. 293.

⁸³⁷Como muestra, vid. ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, op. cit., p. 625, para quien falsificar significa crear una situación capaz de hacer aparecer la realidad diversa de aquello que es, por tanto, apta para provocar un juicio contrario a la verdad; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación*, op. cit., p. 467, considera que falsificar significa “alterar la verdad de una cosa, esto es, su sustancia, su calidad o su cantidad”, de ella resulta una apariencia engañosa “puesto que no manifiesta la realidad, es “mudamiento de la verdad” o “*mutatio veritatis*”; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 530, entiende que “el núcleo de la acción está indicado por el verbo falsificar, esto es, faltar a la verdad o alterarla”, o, al igual que las Partidas, por el “mudamiento de la verdad”; la falta a la verdad con voluntad consciente es el alma de la falsedad. Mucho más recientemente, COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., p. 436, afirma que falsificación “no sería más que crear una situación que sea capaz de aparentar una realidad diversa de la que es y por tanto apta para inducir a un juicio contrario al verdadero”. MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 48, ya se refiere a dicho concepto como concepto genérico de falsedad, la no verdad, como aquel del que el Derecho no puede extraer consecuencias científicas.

⁸³⁸Recuérdense los problemas que tal cuestión generaba para la fijación del ámbito de operatividad en el modo comisivo previsto en el art. 390.1.4 CP, vid. supra cap. II,

El problema fundamental de establecer un concepto prejurídico de falsedad no es tanto la poca utilidad de tal tarea, cuanto los peligros que la misma entraña. La construcción formalista del delito de falsedad, que tantas veces ha desdeñado el Tribunal Supremo, viene justamente propiciada por el entendimiento -que él ha compartido tradicionalmente- de la falsedad como mudamiento de la verdad, lo que comporta la necesidad de establecer criterios limitadores de la falsedad. Pero la falsedad, en sentido penal, ya no es el mudamiento de la verdad, aunque ésta fuese la definición que de la misma se formulase en Las Partidas. El mantenimiento de dicha concepción, tal como muestran múltiples sentencias del alto Tribunal, ha conducido a una serie de prejuicios a la hora de decidir la subsunción de manipulaciones referidas a documentos en los modos comisivos de la falsedad. Los preconceptos que se manejan han propiciado una indeseable ampliación en la interpretación, una criminalización excesiva de conductas que contrasta claramente con la tantas veces aclamada interpretación restrictiva del tipo que el Tribunal Supremo preconiza.

El concepto prejurídico de falsedad, en definitiva, no hace más que oscurecer la hermenéutica de los preceptos dedicados a este delito. Por tal razón y por ser conscientes los Tribunales de los abusos a que esto puede llevar, se acude con gran profusión al expediente de la falsedad inocua, que engloba supuestos muy heterogéneos. La jurisprudencia no siempre la ha utilizado con criterios estables en su aplicación casuística, y ni siquiera siempre ha conducido a la declaración de atipicidad de la conducta.

Tales consideraciones motivan un cambio de planteamiento en el estudio de las falsedades. La falsedad no es tanto un atentado a la verdad cuanto un atentado a unos específicos medios probatorios, los documentales, que gozan de un especial crédito en el tráfico jurídico. La confianza que los mismos generan se debe a que desarrollan una serie de funciones -las denominadas de garantía, de perpetuación y probatoria- que no cumplen, por lo menos al unísono, las demás fuentes de prueba. Partiendo de esta base, el concepto de falsedad ha de fijarse no *a priori*, sino tras efectuar un estudio de las modalidades comisivas falsarias enumeradas en el art. 390 CP a la luz de cómo las mismas puedan influir en las funciones que el documento desempeña. Por este camino se obtienen, por ejemplo, criterios mucho más precisos que los utilizados tradicionalmente por la jurisprudencia en relación con el ámbito aplicativo de la modalidad contenida en el art. 390.1.4 CP.

No parece en absoluto necesario formular un concepto de falsedad que desoiga lo que el Código penal establece al respecto. La configuración jurídico-penal de la falsedad como un delito de resultado con el establecimiento de una serie de medios comisivos determinados, implica tantas o más garantías que cualquier definición abstracta que del concepto pudiera otorgarse, siempre y cuando se interprete en sus justos términos.

Esto no significa que se suscriba completamente la previsión de conductas que el Código contiene. Es cierto que la tipificación, por lo menos el casuismo del que la misma hacía gala en el Código penal de 1973, ha mejorado sustancialmente en el Código penal de 1995. A pesar de ello, algunas de las expresiones empleadas en la descripción de la conducta dejan traslucir que el legislador se encuentra anclado en una concepción ya obsoleta de la falsedad, y así lo demuestra el "faltar a la verdad" del art. 390.1.4º CP.

En otras ocasiones el texto peca por omisión. Así, hubiera sido deseable que la esencialidad, que en el tipo se vincula solamente a las conductas de alteración, se extrapolase al resto de modalidades comisivas. Lo mismo cabe decir

apartado 2.1.3. También sobre esta cuestión QUINTERO OLIVARES, *Las falsedades documentales y la evolución del Derecho positivo español*, op. cit., pp. 84-86, en que se refiere a la diferencia entre el concepto formal o registral y material de verdad.

respecto de la necesidad de inducción a error, que se predica solamente de la simulación de documento.

En otro orden de cosas, resulta también patente que nuestro legislador no concibe aún la falsedad como delito contra los rendimientos de la prueba documental, judicial o extrajudicial, puesto que minusvalora la función de perpetuación que el documento desempeña. De tal forma, sólo las conductas que atentan parcialmente a la incolumidad o intangibilidad de la prueba escrita, las alteraciones, constituyen falsedades documentales. No así los ataques más directos e insidiosos contra esta función -tales como la destrucción, ocultación o menoscabo de documento-, que encuentran una protección penal fragmentaria, especificada en distintos lugares del articulado, pero no en las falsedades documentales, donde, en buena lógica, deberían hallarse.

Tampoco resulta satisfactorio que el tipo no incluya alguna referencia expresa a la introducción del documento en el tráfico jurídico o a la intención de hacerlo, así como que privilegie las conductas de quienes hacen uso de un documento para perjudicar a otro o lo presentan en juicio sabiendo que es falso en relación a aquellos que efectivamente lo han falsificado. Si la falsedad se concibe como un ataque a la prueba documental, por la potencialidad lesiva que comporta para la seguridad en el tráfico jurídico, la introducción del objeto apócrifo en el ámbito social es lo que realmente determina que la alteración funcional del documento desestabilice las relaciones entre los individuos, que la apariencia documental creada con la acción falsaria funcione, generando un juicio erróneo en el destinatario de la prueba, efectivamente como prueba documental.

Si alguna concepción de falsedad en sentido jurídico-funcional puede darse, una vez realizado el estudio de la tipicidad objetiva, puede decirse que la misma constituye "la creación, por uno de los modos enumerados en el art. 390 CP, de un documento que no desarrolla con normalidad sus funciones, con aptitud para engañar sobre el correcto funcionamiento de las mismas y sobre la situación probatoria que representan en un ámbito de interrelación jurídica".

En puridad, las conductas falsarias documentales, como se ha intentado demostrar a lo largo de este capítulo, son aquellas que atentan contra la funcionalidad del documento, que es el elemento garantizador de la estabilidad en el tráfico jurídico documental o, más concretamente, del tráfico probatorio con documentos. Aplicar a estos ilícitos el nombre de falsedad implica desconocer su verdadera naturaleza. Denominarlas falsedades supone una visión obsoleta de su sentido y finalidad, al igual que hablar de documento falso. Son términos que continúan siendo usados por todos debido a su larga tradición jurídica, pero que son susceptibles de llevar a equívocos. Este peligro permite interrogarse acerca de si no hubiera sido preferible la sustitución de los mismos en el Código penal de 1995, al igual que ha hecho el legislador con otros conceptos cargados de un determinado sentido histórico, como la violación. Quizá más acertado sería, en lugar de hablar de falsedades, referirse a delitos contra la prueba documental y sustituir la expresión documento falso por documento disfuncional, esto es, el que crea una apariencia, aquél cuyas funciones no se desarrollan correctamente en el tráfico probatorio judicial o extrajudicial.

CAPÍTULO III
CUESTIONES DOGMÁTICAS COMUNES A LOS DISTINTOS
TIPOS

1- CUESTIONES DOGMÁTICAS RELACIONADAS CON EL TIPO OBJETIVO

El estudio de la conducta típica efectuado en el capítulo precedente, mediante el que se ha pretendido clarificar el concepto de falsedad jurídico-penal, abre la puerta al planteamiento de toda una serie de cuestiones en orden a configurar los elementos básicos del delito de falsedad cuyo tratamiento se efectuará en el presente capítulo.

El Código penal de 1995, a imagen de como lo hicieran los anteriores códigos en nuestro país, estructura la tipificación de la falsedad documental según el modelo dictado por la tradición francesa. Se inicia el capítulo dedicado a este delito con el ilícito propio del funcionario -contenido en el art. 390- y fija por remisión a éste tanto la conducta típica de la falsedad cometida por particular en documento público, oficial o mercantil, como la falsedad en documento privado. De este modo, podría inducirse al equívoco de que la falsedad cometida por funcionario en ejercicio de sus funciones constituye el tipo básico de referencia, en relación con el cual los ilícitos previstos en los arts. 392 y 395 CP serían tipos privilegiados. Este dato legal de partida obliga a determinar qué se entiende por funcionario que actúa en ejercicio de sus funciones y por particular, así como a dar solución a los casos en que un particular participe en un delito de funcionario o viceversa.

Cuestión distinta a la mencionada, pero no de menor interés en la concreción del tipo objetivo en el delito, es la fijación del momento en que el mismo se consuma, para, una vez determinada su naturaleza de delito de resultado o de mera actividad, establecer la posible admisión de formas imperfectas de ejecución, ya sea únicamente en la modalidad de tentativa inacabada o también acabada.

1.1- Sujeto activo, autoría y participación en la falsedad en documento público, oficial y mercantil

La regulación de la falsedad documental introduce una sistemática poco común en el Código penal, como se ha mencionado, que trae causa históricamente del modelo francés, del que el Código actual es también heredero. Lo común cuando se prevén delitos propios de funcionario que se corresponden con conductas comisibles por particular es iniciar la regulación con el delito común como tipo básico para, a continuación, agravar la pena cuando el sujeto activo sea un funcionario¹. En la falsedad documental la situación es la inversa, puesto que el

¹Así, por ejemplo, en el delito de detenciones ilegales y secuestros, en que los arts. 163 a 166 CP prevén las conductas de particular, mientras, tras ellos, el art. 167 establece un tipo agravado para el funcionario que, fuera de los casos en que la Ley lo permita y, sin mediar causa por delito, cometa alguno de los hechos allí descritos. Si bien con distinta ubicación sistemática, concretamente entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual, los arts. 530 y 531 CP regulan las detenciones ilegales practicadas por autoridad o funcionario cuando medie causa por delito. Parecida situación presentan algunos ilícitos contra la libertad sexual, en que el prevalimiento de la condición de funcionario público, agente o autoridad determina una agravación de la pena impuesta al particular -en los arts. 187.2 y 188.2-, los delitos contral a intimidad (art.197 con relación a particulares y art.198 CP como tipo agravado de funcionarios) o el allanamiento de morada o del domicilio de personas jurídicas, según dispone el art. 204, o el art. 222 para los

capítulo dedicado a este delito se abre con el precepto que regula la conducta del funcionario, utilizándose posteriormente la remisión para fijar la conducta de los particulares². La estructura del capítulo puede inducir así a pensar que la falsedad de funcionario configura el tipo básico, mientras que el delito de falsedad común constituye un tipo privilegiado. No tiene mayor importancia determinar si el tipo básico del delito lo constituye la falsedad de funcionario o la de particular, configurando en este segundo caso el delito de funcionario como un tipo agravado. Hablar de tipos agravados o privilegiados depende en definitiva del parámetro de que se parta como término de comparación. Sin embargo, lo realmente trascendente es la determinación de la relación que media entre los artículos 390 y 392 CP, pues ello sí tiene trascendencia para la solución de los problemas de autoría y participación en ambos delitos. No existe duda de la condición de delito especial de la falsedad prevista en el art. 390 CP, al circunscribir el sujeto activo a los funcionarios o autoridades que obren en ejercicio de sus funciones; por el contrario, la incertidumbre se centra en la consideración de delito especial propio o impropio del descrito en el art. 390 en relación con el del art. 392 CP.

Al objeto de establecer la naturaleza de delito especial propio o impropio del previsto en el art. 390 CP debe tenerse en consideración la descripción del sujeto activo que efectúa el precepto. Asimismo, para optar por soluciones definitivas en esta cuestión conviene tener en cuenta que, a diferencia del anterior Código penal, la remisión que el art. 392 efectúa al 390 CP con miras a determinar la conducta típica del particular no es *in totum*, sino que excluye la conducta prevista en el número 4 - faltar a la verdad en la narración de los hechos-. Con ello el Código penal viene a establecer el principio general de ausencia de relevancia penal de las falsedades ideológicas cometidas por los particulares e, implícitamente, fija un doble concepto de falsedad en función de que quien la cometa sea un particular o un sujeto cualificado³. El establecimiento de la remisión parcial supone un cierto alejamiento del Código penal de 1995 con respecto al modelo francés, acercándose con ello al modelo germánico⁴, en que la llamada falsa documentación -*Falschbeurkundung*- es un delito propio de funcionario regulado en capítulo separado del resto de falsedades comisibles tanto por funcionario como por

educadores, facultativos, autoridades o funcionarios realicen un delito de suposición de parto o de alteración de la paternidad, estado o condición del menor, por citar algunos.

²A este respecto QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 639, critica que no se haya seguido el sistema germánico, que incluye los delitos de falsedad cometidos por funcionarios entre los delitos de funcionarios, sino el sistema francés, que supone la creación de un tipo básico referido al funcionario, creando subtipos atenuados para el particular. Según este autor no existe razón convincente para caracterizar el tipo básico del delito por una cualidad accesoria y excepcional.

³En este sentido, BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 2, para quien el legislador, al excluir en forma expresa la falsedad ideológica del particular en documentos públicos, oficiales, mercantiles y privados, ha tratado de establecer un concepto distinto de falsedad en ambos tipos: el tipo de la falsificación de un documento cometida por particular o por un funcionario -ya que aquí no tiene relevancia el carácter de sujeto activo del delito- y el tipo de documentación falsa por parte de un funcionario; BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 5 y 20. De distinta opinión ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 306, para quien el legislador utiliza el mismo concepto de falsedad para el particular que para el funcionario.

⁴Sobre la regulación de las falsedades documentales en Alemania vid. supra cap. II, apartado 1.3.2, en concreto § 348 StGB. Advierte tal parecido del modelo español con el alemán y con otros positivizados en otros Ordenamientos europeos, BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 2, al afirmar que el concepto común de falsedad para funcionario o particular se comete con dos acciones, a saber: falsificar un documento auténtico (alterar un documento en sus elementos esenciales) y confeccionar un documento inauténtico (simular un documento, en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad).

particular. Nuestro Código penal, a diferencia del alemán, ubica entre los delitos de falsedades documentales conductas falsarias que sólo el funcionario puede cometer⁵.

Nada hay que objetar a que las conductas que atentan contra las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico cometidas por funcionarios se regulen junto a aquellas cometidas por particulares. Ya se afirmó en el momento correspondiente que el bien jurídico primordialmente protegido en la falsedad documental lo constituyen las tres funciones características del documento, sin que ello sea óbice para que el delito de funcionario constituya un tipo pluriofensivo, al contradecir además el buen funcionamiento de la Administración⁶. Parece correcto que el legislador tome esta opción sistemática atendido el objeto primordial de protección en el ilícito, evitando así que la inclusión de la falsa documentación entre los delitos propios de funcionarios pudiera llevar a su configuración como delito de infracción de deber, tal como ha ocurrido en Alemania. Lo que ya no parece tan correcto desde el punto de vista sistemático es que conductas que atentan contra la función de perpetuación del documento se encuentren desgajadas del capítulo dedicado a las falsedades, tipificadas unas veces como infidelidades en la custodia de documentos, y otras como delito de daños, o como delito contra la Administración de Justicia.

1.1.1- Falsedad documental cometida por autoridad, funcionario o responsable de una confesión religiosa: sujeto activo del art. 390 CP

El art. 390 CP, que describe un delito especial, distingue en sus dos numerales sendos sujetos activos. Por un lado, el núm. 1 se refiere a la autoridad o funcionario público que cometa falsedad en ejercicio de sus funciones⁷ y, por otro,

⁵A este respecto advierte GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 110, nota 68, que “en la medida en que se acoge el delito de infidelidad en la custodia de documentos -arts. 413 a 416 CP-, de *lege ferenda*, nada impediría que también pudiera tipificarse un delito de infidelidad en la función autenticadora de funcionarios y autoridades; solución que, por otro lado, ha sido adoptada expresamente en el StGB alemán, donde el § 348 tipifica expresamente el caso del funcionario que constata documentalmente hechos falsos en el marco que determina el cumplimiento de su cargo”.

⁶En tal sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., p. 141, manifiesta que todos aquellos delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo en los que además se lesiona otro bien jurídico distinto a la propia función pública, son delitos pluriofensivos, que el legislador ubica en unas ocasiones fuera del Título dedicado a los delitos de funcionarios o dentro de él según determinados criterios, entre los cuales se encuentran el objeto de protección considerado prevalente u otras razones de homogeneidad sistemática. También sobre esta cuestión, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 1124, manifiestan que el Título VII del CP de 1973 constituía un residuo histórico “de figuras que no han hallado mejor acomodo en otros lugares del Código”, desde el momento en que delitos cuyo sujeto activo ha de ser un funcionario, como ocurre con determinadas falsedades documentales, se encontraban fuera del mencionado título. Para ambos autores esto evidenciaba la tendencia del legislador de dotar de prioridad al pensamiento del bien jurídico como criterio ordenador.

⁷No sólo el art. 390 CP regula las falsedades documentales comisibles por funcionario, también en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en su art. 140.1, se establecen falsedades dolosas relacionadas con procesos electorales propias del funcionario. En concreto, el precepto establece “1. Serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas los funcionarios que abusando de su oficio o cargo dolosamente realicen alguna de las siguientes falsedades: a) Alterar sin autorización las fechas, horas o lugares en que deba celebrarse cualquier acto electoral incluso de carácter preparatorio, o anunciar su celebración de forma que pueda inducir a error a los electores; b) Omitir o anotar de manera que induzca a error sobre su

en el núm. 2, al responsable de cualquier confesión religiosa. En lo atinente al primero de ellos, merecen destacarse dos novedades, a pesar de su escasa trascendencia, que el nuevo Código penal ha incorporado en relación con el de 1973. La primera relativa a la inclusión del concepto de autoridad junto al de funcionario y la segunda a la sustitución de la locución “abusando de su oficio” -en el art. 302 CP de 1973- por la de “en el ejercicio de sus funciones” incluida en el CP de 1995. Mayor trascendencia tiene la distinta descripción del sujeto activo del art. 390.2 CP operada por el Código penal de 1995, en que se menciona “al responsable de cualquier confesión religiosa”, en relación con la efectuada por el pfo. 2º del art. 302 CP de 1973, que tipificaba la conducta falsaria del “ministro eclesiástico”, caracterizadora de los responsables de una sola de las confesiones religiosas existentes en nuestro país.

Como quiera que el concepto de funcionario público y el de responsable de una confesión religiosa se incluyen en este tipo separadamente y su conducta se refiere a objetos materiales sobre los que recae la acción falsaria distintos, más limitados en el caso del responsable de una confesión religiosa, así como que resulta dudosa la razón del mantenimiento de la cualificación penal para el segundo de los supuestos de cualificación, es conveniente tratarlos por separado.

A) Concepto penal de funcionario: especial atención a los funcionarios documentadores

El concepto de funcionario público constituye un término normativo⁸, jurídicamente caracterizado, cuya definición⁹ -establecida en el art. 24 CP¹⁰- le da

autenticidad los nombres de los votantes en cualquier acto electoral. c) Cambiar, ocultar o alterar, de cualquier manera, el sobre o papeleta electoral que el elector entregue al ejercitar su derecho. d) Realizar con inexactitud el recuento de electores en actos referentes a la formación o rectificación del Censo, o en las operaciones de votación y escrutinio. e) Efectuar proclamación indebida de personas. f) Faltar a la verdad en manifestaciones verbales que hayan de realizarse en algún acto electoral, por mandato de esta Ley. g) Consentir, pudiendo evitarlo, que alguien vote dos o más veces o lo haga sin capacidad legal, o no formular la correspondiente protesta. h) Imprimir, confeccionar o utilizar papeletas o sobres electorales con infracción de las normas establecidas. i) Cometer cualquier otra falsedad en materia electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos señalados en el artículo 302 del Código Penal”. El concepto de funcionario viene fijado en su art. 135.1, según el cual “A los efectos de este Capítulo son funcionarios públicos los que tengan esta consideración según el Código Penal, quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones, y en particular los Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales, los Presidentes, Vocales e Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes”.

⁸De tal opinión, COBO DEL ROSAL, *Examen crítico del párrafo tercero 3º del artículo 119 del Código penal español (sobre el concepto de “funcionario público” a efectos penales)*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, vol. I, p. 225. En sentido contrario, QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, en CPC, nº 27, p. 481, quien considera que el concepto de funcionario está utilizado en el Código penal meramente como término, en el sentido usual del idioma. Para VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”*, en CPC, nº 62, 1997, pp. 444-445, el art. 24 CP no otorga un concepto de funcionario, constituye una norma interpretativa contextual auténtica.

⁹DEL TORO MARZAL, en CÓRDOBA RODA y otros, *Comentarios al Código penal*, t II (arts. 23-119), Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 726 establece que en el art. 119 CP de 1973 - correspondiente al actual art. 24, no se definen los conceptos de autoridad o funcionario, sino que se establece una regla sólo para las necesidades de interpretación del propio Código, afirmando en la p. 728 que es en cada uno de los tipos de la parte especial donde ha de verse si se dan las condiciones para ser funcionario público. En el mismo sentido, QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., p. 484.

un sentido autónomo distinto al otorgado al mismo por el Derecho administrativo, según afirman la doctrina¹¹ y la jurisprudencia¹². Se ha considerado más amplio el

¹⁰Establece este precepto que “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí sólo 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 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”.

¹¹De esta opinión, por todos, DEL TORO, en *Comentarios al Código penal*, t. II, p. 727, para quien resulta más difícil negar la condición de funcionario público a efectos penales a quien es funcionario según el Derecho administrativo; COBO, *Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español*, op. cit., pp. 225 y 236, quien lo deduce del mismo tenor del precepto; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 291; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 830; QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., p. 479; ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, p. 131; VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 55; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 78-79; CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, p. 175; OLAIZOLA FUENTES, *Concepto de funcionario público a efectos penales*, en ASÚA BATARRITA (Edición a cargo de), *Delitos contra la Administración Pública*, pp. 77-78.

¹²En relación únicamente con sentencias recaídas en los últimos años por falsedad documental de funcionario puede verse esta línea jurisprudencial. Cfr., entre otras, SsTS 19 diciembre 1990 (RJ 9567) que reconoce la condición de funcionario, a los efectos del art. 302 CP de 1973, al supervisor de una estación de inspección técnica de vehículos dependiente de la Consejería de Industria y Comercio del Principado de Asturias, que estaba integrado en el personal laboral al servicio de la Comunidad Autónoma; 15 julio 1991 (RJ 5931) en que se considera funcionario a efectos de la falsedad documental a un suboficial militar, sobre la base de que “(...) el funcionario público militar, como la Autoridad de este carácter, es equiparable al análogo civil pero ambos expresamente comprendidos en el concepto de funcionario, a efectos penales, que describe el art. 119 CP” ya que el suboficial militar “cumple el requisito de la integración -nombramiento de la autoridad competente, cumplidos los requisitos legales- y el de la participación en la función pública, al serlo cuantas cumplen las Fuerzas Armadas”; 6 febrero 1995 (RJ 711) que considera a un Alcalde como funcionario a efectos penales con la consideración de que “(...) el concepto de funcionario público contenido en el art. 119 CP no coincide exactamente con el que es propio de la dogmático jurídico-administrativa, pero como ha señalado la mayoría de la doctrina científica, se trata de una norma que sirve para integrar uno de los elementos normativos del tipo en los delitos atribuidos a los funcionarios públicos. No debe olvidarse que el precepto penal se desmarca de los estrictos términos de la ciencia administrativa para establecer la enumeración de las circunstancias que atribuyen este carácter a determinadas personas se hace “a efectos penales”. Por tanto aunque se trate de un cargo electivo designado por elección popular, no pierde este carácter funcional en virtud de sus actuaciones una vez que se encuentra en el ejercicio del cargo”; 25 de mayo de 1996 (RJ 2191) según la que “se es funcionario público, a estos efectos penales, cuando se participa en el ejercicio de funciones públicas siempre que ello se haga así por disposición inmediata de la ley, por elección democrática preestablecida o por nombramiento de autoridad competente. Debiendo tenerse presente a) que esta determinación de conceptos responde a una concepción meramente interpretativa, nunca constitutiva; y b) que tal definición se refiere únicamente al exclusivo planteamiento penal, mucho más estricto que el supuesto administrativo en el que por razón del sujeto, de la actividad que se desarrolla y por los destinatarios de la función, se origina un mayor ámbito competencial”, de manera tal que para esta resolución el recaudador contratado por un Ayuntamiento se ha de considerar que actúa como intermediario o mediador de la Administración que le otorgó la oportuna legitimación funcional, por lo que lo condena por el art. 302 CP de 1973; 4 noviembre

concepto de funcionario otorgado por el Derecho penal que el que prevé el Ordenamiento administrativo, aunque al hacer dicha aseveración, que parte de la doctrina comparte¹³, ha de advertirse que el concepto de funcionario público no se caracteriza por ser un concepto pacífico tampoco en el seno de la doctrina administrativista¹⁴. Características esenciales del concepto administrativo de funcionario habían sido tradicionalmente la incorporación del mismo a una entidad administrativa en régimen de Derecho público, de forma permanente, y con retribución con cargo a los presupuestos generales del Estado¹⁵, predicables primordialmente de los funcionarios de carrera¹⁶, del personal cuyos rasgos

1996 (RJ 8240) en que se considera que tanto el Alcalde como la Secretaria de un Ayuntamiento, partiendo de la determinación conceptual de funcionario público a los efectos penales contenida en el art. 119 CP de 1973, gozan de la consideración penal de funcionario público. Sin embargo, la autonomía del concepto penal de funcionario público en relación con el administrativo no puede llevar a la consideración de funcionario a personas que no gozan de título habilitador para el ejercicio de funciones públicas de los enumerados en el art. 119 CP de 1973 o 24 CP; 10 octubre 1997 (RJ 7601) en que se afirma que el Presidente de un Colegio Profesional de Diplomados en Enfermería es funcionario a efectos penales con base en que sus decisiones son recurribles ante la Jurisdicción contencioso-administrativa; 3 abril 1998 (RJ 2677) en que se considera que el concepto penal de funcionario público incluye tanto a los de carrera como a los de empleo, aunque no a quienes, sin una relación de dependencia, presten servicios para la Administración por contrato de arrendamiento de los mismos. En este sentido, la STS 23 febrero 1990 (RJ 2096) niega que el personal contratado en una Cámara Agraria tenga tal consideración, argumentando que la Sala no puede compartir interpretaciones analógicas del art. 119 CP de 1973 contrarias al principio de legalidad, ya que “el art. 119 CP establece que la calidad de funcionario requiere en primer lugar un nombramiento proveniente de fuentes determinadas (ley, elección o autoridad) y la participación en el ejercicio de funciones públicas. En el caso que ahora se juzga el empleado no fue nombrado ni por ley directamente, ni por elección, ni por autoridad, así como tampoco participó en funciones públicas. Las Cámaras agrarias deben su existencia a la iniciativa de personas privadas y tienen, consecuentemente, carácter privado en la medida en que no forman parte de los organismos del Estado. El personal de estas corporaciones, por lo tanto, es designado por las autoridades de la misma y éstas no revisten carácter de autoridades del Estado”.

¹³Vid., por todos, en relación específica al concepto de funcionario en la falsedad documental, QUINTANO, *La falsedad documental*, op. cit., p. 146; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 82; CALLE RODRÍGUEZ, *Teoría general sobre la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre la falsedad documental con especial referencia al documento mercantil*, op. cit., p. 722. En contra, sin embargo, la STS 22 julio 1997 (RJ 5769) establece que la definición penal de funcionario público subordinada al ejercicio de funciones públicas por disposición inmediata de la ley, por elección democrática preestablecida o por nombramiento de autoridad competente se refiere únicamente al planteamiento penal, mucho “más estricto” que el supuesto administrativo, en que por razón del sujeto, de la actividad que se desarrolla y por los destinatarios de la función se origina un mayor ámbito competencial.

¹⁴Así lo afirma, COBO, *Examen crítico del párrafo tercero 3º del artículo 119 del Código penal español*, op. cit., p. 228, al poner el acento sobre la misma inestabilidad e incerteza del concepto administrativo de funcionario y la ausencia de unanimidad en la definición. En el mismo sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público...*, op. cit., p. 440, quien expone que la ausencia de acuerdo en la determinación del concepto de funcionario ha llevado a los administrativistas a hablar de “personal al servicio de la función pública”.

¹⁵Sobre las notas características del concepto de funcionario en Derecho administrativo vid. COBO, o.u.c., pp. 226 a 234..

¹⁶En la doctrina administrativa pueden verse caracterizaciones del concepto alusivas al modo de incorporarse al ejercicio de la actividad administrativa así como al estatuto jurídico de los funcionarios en PAREJO ALFONSO/JIMÉNEZ BLANCO/ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, op. cit., pp. 1-31; MORELL OCAÑA,

fundamentales los constituyen la permanencia y la inamovilidad. No obstante, en los últimos años se ha producido un giro sustancial en la misma concepción administrativa del funcionariado, por la paulatina flexibilización que se ha operado en la normativa administrativa del concepto, lo que supone un acercamiento de la concepción penal con la preconizada por el Derecho público¹⁷. Las necesidades de prestación de servicios y de protagonismo intervencionista en la economía del Estado creadas por el establecimiento de un Estado Social tras la entrada en vigor de la Constitución y la tendencia cada vez mayor a reducir el aparato del Estado, con la consiguiente adopción de un modelo dinámico de Administración, formada por personal no solamente estatutario, constituyen revulsivos que propician la aprobación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública -en adelante LMRFP-. Dicha Ley, dictada con vocación de provisionalidad en cumplimiento del mandato establecido en el art. 103.3 CE relativo al establecimiento del estatuto de los funcionarios, supuso la derogación de gran parte del articulado del preconstitucional RD 315/1964, de 7 de febrero, que contenía el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado¹⁸ -en adelante LFCE-. Estableció un nuevo modelo de Administración cuyo instrumento de ordenación no era el antiguo sistema de cuerpos, sino las relaciones de puestos de trabajo, que suponen la masiva introducción en el ejercicio de funciones públicas del personal laboral, tanto fijo como eventual¹⁹. Es por ello que de cada vez menos va a poder discutirse la admisión de funcionarios laborales en el mismo ámbito del Derecho administrativo²⁰, con lo que puede auspiciarse que las diferencias entre el concepto administrativo y el penal de funcionario van a continuarse desdibujando.

Curso de Derecho administrativo. t. I, El Derecho administrativo y la organización administrativa y sus medios, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 417-448.

¹⁷En este sentido, ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 273, matiza que el concepto de funcionario público en el ámbito penal sea más amplio que en el administrativo sobre la base de la revisión que la misma doctrina administrativista está realizando de la noción de funcionario público; en parecido sentido, CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, op. cit., p. 176, quien afirma que el concepto de funcionario público administrativo no es tan diferente del penal desde el momento en que existen muestras de un concepto teleológico del funcionario en esta rama del Ordenamiento.

¹⁸Según establece la LFCE en su art. 1º “los funcionarios de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho administrativo”, distinguiendo, en su art. 3º a los funcionarios de carrera de los de empleo, que podrán ser eventuales o interinos, definidos respectivamente en los arts. 4 y 5. Fuera del concepto de funcionarios públicos, el art. 7º de la Ley incluye los trabajadores al servicio de la Administración civil conceptuándolos como “los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable”.

¹⁹Tan lejos fue la mencionada Ley en sus modificaciones, que la STC 99/1987, de 11 de junio, declaró inconstitucional parte del art. 15 LMRFP, por entender que en virtud del mismo quedaba en manos de la Administración determinar qué puestos debían ser servidos por funcionarios y cuáles por personal laboral, sin fijación de pauta o límite directo alguno. De tal forma, el régimen funcional y el laboral se convertían en intercambiables, a pesar de haber optado la Constitución por un régimen estatutario para los servidores públicos. Por ello el Tribunal Constitucional concluyó que habría de ser la Ley la que determinara otras posibles formas de acceso a la función pública. Fruto de su resolución declarando su inconstitucionalidad se introdujo, por Ley 23/1988 de 28 de julio, la modificación que dio nueva redacción al precepto.

²⁰En tal sentido, MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho administrativo*, t. I, op. cit., pp. 418-419, reconoce que, a pesar de que la Constitución perfila un modelo burocrático del funcionario basado en el modelo estatutario, admite que a nivel de legislación ordinaria se ha sembrado la polémica de si el estrato profesional se ha de cubrir solamente por funcionarios públicos o también por personal laboral a la vista de la creación por parte de la LMRFP de una burocracia en la que coexisten los vínculos estatutario y laboral. En relación

Abstracción hecha del proceso de mayor flexibilización en el futuro que pueda padecer el concepto administrativo de funcionario, la autonomía de la concepción penal del término frente a la administrativa viene determinada por el carácter funcional de la misma, por la caracterización del concepto sobre la base de la participación en la función pública. Atendiendo a la redacción del pfo. 2º del art. 24 CP puede establecerse la necesaria concurrencia de dos requisitos para gozar de la consideración de funcionario público a efectos penales; uno de índole subjetiva o formal, consistente en la necesaria existencia de un título de acceso a la función pública, y otro de índole objetiva o material, relativo a la exigencia de la efectiva participación en el ejercicio de la función pública²¹. Entre ambos requisitos adopta en el ámbito penal mayor relevancia el segundo, de ahí que el concepto penal de funcionario sea más material que formal, sin que la preeminencia de la participación en el ejercicio de funciones públicas pueda llegar a suprimir la necesidad de título, evitándose con ello su conversión en un concepto vacío y sin límites²².

Por cuanto se refiere al requisito formal del concepto penal de funcionario, es decir, a los títulos que permiten la participación en el ejercicio de funciones públicas, el art. 24 CP menciona la disposición inmediata de la Ley, la elección o el nombramiento de autoridad competente. Cada uno de estos títulos determinaría una forma distinta de acceso al ejercicio de la función pública. La disposición inmediata de la Ley²³ parece referirse a aquellos supuestos en que la fuente

con el concepto penal de funcionario, REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, op. cit., pp. 117 a 123, reconoce que el personal laboral de la Administración ha de considerarse funcionario público a efectos penales tanto porque sus servicios son públicos como porque su designación se hace bien por Ley o por autoridad competente, cuando se trate de personal que preste servicios en los organismos autónomos sometidos a régimen Derecho público, o cuando sea dependiente de entidades de Derecho público en régimen de derecho privado, esto es, en las llamadas empresas públicas si cumple ambos requisitos. Al respecto de la propuesta de Rebollo, OLAIZOLA FUENTES, *Concepto de funcionario público a efectos penales*, op. cit., pp. 82-83, quien considera que la propuesta de *lege ferenda* que el autor formula para el personal no funcionario de entidades de Derecho público en régimen de Derecho privado puede plantear problemas para la inclusión en el concepto jurídico penal de funcionario por lo que hace al título que habilita para el ejercicio de la función pública; VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público...*, op. cit., p. 492, no acoge la opción ampliatoria de Rebollo, considerando que, más que en función de que la sociedad se rija por normas de Derecho público o privado, lo importante es diferenciar las sociedades mercantiles que desempeñan actividades de carácter comercial exclusivamente de aquellas otras cuyo objeto social consiste en la prestación de servicios públicos.

²¹Cfr. COBO, *Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español*, op. cit., p.224; VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*, op. cit., p. 54; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por el funcionario público*, op. cit., p. CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, op. cit., pp. 175-176; OLAIZOLA FUENTES, *Concepto de funcionario a efectos penales*, op. cit., p. 79.

²²En tal sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., p. 57, para quien el dotar de excesiva preeminencia al requisito de la participación en el ejercicio de funciones públicas sin tener en cuenta la existencia de un título de incorporación ha conducido a que la noción de funcionario público se defina "mediante el reenvío al concepto de función pública, transformando la tarea hermenéutica en una tautología o en un mero juego de intercambio de palabras"; cfr. asimismo, VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público...*, op. cit., pp. 448 y ss.

²³Cuestión discutida es si el término "Ley" ha de entenderse en sentido estricto, equivalente a la Ley entendida en sentido formal, o también comprensivo de otras disposiciones de rango inferior. A este respecto, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 1126, dicen que Ley es

habilitadora sea la Ley sin interposición de otro trámite, como ocurre en el supuesto de los funcionarios de carrera²⁴. La alusión a la elección - que no se exige que sea "popular" desde el Código penal de 1944- permite la consideración de funcionarios públicos a efectos penales a quienes participen en el ejercicio de funciones públicas por sufragio directo o indirecto²⁵, a aquellos que acceden a ésta por procedimientos políticos²⁶. Frente a ello, la referencia al nombramiento de autoridad competente aprehende a efectos penales el llamado "personal de confianza política", o lo que es lo mismo, aquellas personas que son objeto de libre designación, así como los funcionarios interinos, y el personal contratado por la Administración ya lo sea laboral o administrativamente²⁷.

Debe advertirse, no obstante, que la descripción en el art. 24 CP de tres títulos habilitadores para la inclusión de un sujeto en el concepto penal de funcionario ha sido tildada de superflua por un sector no desdeñable de la doctrina. Se ha considerado que existe un título comprensivo de todos, cual es la disposición inmediata de la Ley²⁸, que han de observar tanto los supuestos de acceso mediante

solamente la disposición que lo sea formalmente, sin que quepa incluir al Reglamento u otra disposición de rango inferior; de parecida opinión, QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op.cit., p. 467, para quien, como máximo, pueden equipararse a la ley normas con fuerza de ley, incluyendo no sólo a la ley formal, sino también a la material, ya sea estatal o autonómica; más amplio es el sentido que otorga a la expresión DEL TORO, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., p. 734.

²⁴De esta opinión, VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., pp. 64 a 66, para quien esta expresión constituye una referencia descriptiva al acto de nombramiento de funcionarios de carrera, al participar ellos en el ejercicio de funciones públicas por virtud de un nombramiento legal.

²⁵En tal sentido, QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., p. 488, para quien la supresión del adjetivo "popular" permite incluir en el concepto penal de funcionario por vía de elección a aquellos sujetos que son escogidos por elección secundaria e incluso terciaria. Así los Alcaldes, los Diputados provinciales, los Presidentes de corporaciones provinciales y los Senadores representantes de las Cámaras Legislativas Autonómicas; de la misma opinión, REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, op. cit., pp. 87-88.

²⁶Por lo que cualquier representante de los ciudadanos, un miembro de una cámara, por ejemplo, obtiene la condición de funcionario a efectos penales. cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., p. 69, para quien "aunque la posición jurídica del parlamentario no es la del empleado público, ni tampoco la de un órgano de una persona jurídica, sí forma parte de un cuerpo colegial que es titular de uno de los poderes fundamentales del Estado(...)", por lo que también el parlamentario es funcionario público.

²⁷Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., p. 67; OLAIZOLA FUENTES, *Concepto de funcionario público a efectos penales*, op. cit., p. 81.

²⁸De esta opinión, DEL TORO MARZAL, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., pp. 735-736, para quien "(...) la enumeración no es afortunada. Toda disposición inmediata de la ley que permite adscribir un sujeto al ejercicio de funciones públicas contiene bien un nombramiento bien una elección. Contrariamente no es aceptable que el nombramiento o la elección se realicen sin que exista una disposición legal que legitime tales procedimientos". En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 830; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 27; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 85-86; De contraria opinión, QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., p. 487, para el que no es de recibo que que el funcionario público en sentido penal lo sea el "dependiente de elección o nombramiento, por disposición inmediata de la ley", pues con ello la triple fuente de habilitación se convertiría en doble, cuando la ley no dice eso "pese a su poca claridad de expresión"; OLAIZOLA FUENTES, *Concepto de funcionario público a efectos penales*, op. cit., p. 80, considera que la diferencia entre el primero y los restantes títulos consiste en que en estos últimos, a pesar de que el origen se

elección cuanto aquellos en que la participación en el ejercicio de funciones públicas se legitime por nombramiento de la autoridad competente.

Independientemente de las disquisiciones producidas por la superfluidad en la previsión de diferentes títulos de acceso a la función, no basta la existencia del requisito formal para que un funcionario ostente tal consideración a efectos penales. Consustancial al concepto penal de funcionario público es justamente el requisito material, en virtud del cual se requiere la participación efectiva en el ejercicio de funciones públicas. En la descripción de los títulos habilitadores el legislador ha sido lo suficientemente generoso en la enumeración como para que, a pesar de que cualquier forma de acceso se sujete a lo prevenido por la respectiva norma reguladora, se incluyan en el concepto penal de funcionario personas que no lo serían con arreglo al Derecho administrativo; así las personas que ostentan cargos políticos o el personal laboral al servicio de la Administración. Ahora bien, lo esencial para que dichas personas ostenten tal condición es que ejerciten funciones públicas, de ahí el carácter funcional y dinámico del concepto²⁹ y la necesidad de la determinación del término “función pública” para su aprehensión.

Del concepto de función pública, que no es ni mucho menos pacífico, se han dado distintas interpretaciones, que de conformidad con la sistematización efectuada por VALEIJE ÁLVAREZ³⁰, pueden agruparse en tres. En primer lugar, aquellas que otorgan preeminencia al aspecto formal, a que la relación de servicio establecida entre funcionario y particular esté sometida al Derecho público³¹. En segundo lugar, las que se basan en el criterio teleológico o final y para las que lo esencial es que tales funciones se destinen al bien común o al cumplimiento de intereses sociales o colectivos o bien a la satisfacción de necesidades colectivas³².

encuentra en la disposición legal que regula la elección o el nombramiento, no suponen una “disposición inmediata de ley”.

²⁹En tal sentido, COBO DEL ROSAL, *Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español*, op. cit., p. 239.

³⁰Cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., pp. 58-59; OLAIZOLA FUENTES, *Concepto de funcionario público a efectos penales*, op. cit., p. 79.

³¹En este sentido, QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, p. 482, quien se refiere como criterio al sector del Ordenamiento jurídico que contemple el giro del ente público cuyas funciones sean objeto de consideración, de modo que si su actividad está sometida a Derecho público, serán públicas las funciones. La misma VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., pp. 61 y ss, utiliza un criterio formal para discernir la función pública de la privada, desde el momento en que atiende al régimen jurídico de la actividad, a que la acción realizada en ejercicio de la actividad sea imputable al Estado para calificar la función de pública, de modo que un acto “sólo puede ser considerado como desarrollo de una función pública -y, por tanto, coactivo o estatal- cuando una normativa de Derecho público lo ha calificado previamente como tal”, afirmando, en pp. 69 y 70, que se da la exigencia de una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal, lo que supone que “(...) funcionario público en el ámbito penal no son todas las personas que participan en las funciones públicas, sino solamente aquellas que, al amparo de una relación orgánica previa, imputan su actividad al Estado”. Sin embargo, suaviza posteriormente su postura. En VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público...*, op. cit., p. 473, adopta una noción orgánico-subjetiva de función pública “equivalente a la actividad desarrollada por la propia Administración, ya sea ésta de ámbito estatal, autonómico, o local”, que, a pesar de permitirle continuar manteniendo el mismo concepto de funcionario público -en p. 493- la lleva a proponer, en pp. 494 y ss., que de *lege ferenda* se incluya, junto al concepto de funcionario público, “un concepto de particular encargado de un servicio público o de una función pública”.

³²De esta opinión, DEL TORO MARZAL, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., p. 739, según quien “Participar en el ejercicio de funciones públicas supone, de una parte, una actividad de la persona que se orienta hacia determinadas finalidades; de otra el que tales finalidades se correspondan con el bien común o con intereses generales,

Por último, las de carácter mixto, que combinan ambos criterios y que incluyen entre las funciones públicas las manifestaciones de la actividad del Estado que consisten en legislar, juzgar y ejecutar y mediante las cuales el Estado persigue sus fines³³. Sin embargo, esta última orientación tiene más en común con una visión teleológica o material de la función pública, aunque concretando conceptos tan vagos como el interés público o el bien común, que con la visión formal de tal actividad.

Sea cual sea el concepto de función pública que se adopte, ha de efectuarse una puntualización en relación con el concreto concepto de funcionario en el ámbito de las falsedades documentales. Partiendo de un concepto de función pública netamente formal -que inevitablemente tome como modelo primordial el concepto administrativo de funcionario vinculado con el régimen estatutario- existe el peligro de que sujetos cuya condición de funcionarios no ha sido nunca discutida en el ámbito de este delito, hayan de pasar a considerarse particulares por causa del régimen especial funcional del que gozan, cual ocurre con los Notarios³⁴. No puede obviarse que elemento esencial del concepto penal de funcionario lo constituye la participación en el ejercicio de funciones públicas, debiendo ir pues dirigida a tal elemento material la interpretación del elemento formal o subjetivo. Justamente de ello deriva el dato de que para hablar de funcionario a efectos penales no sea necesaria la incorporación del sujeto a una entidad administrativa en régimen de Derecho público, o que baste con una dedicación temporal a la función pública sin necesidad de que se dé la nota de permanencia³⁵, llegándose

colectivos o sociales”, si bien admite que la amplitud de dichos conceptos puede mitigarse acudiendo a la calidad pública del órgano de gestión que los persigue. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 831, quien describe la función pública como “la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales”.

³³Cfr. COBO, *Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español*, op.cit., p. 230; OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., passim., en especial, pp. 141 a 143, 299-300, y 332, en que parte de un concepto de Administración-persona, como prestadora de servicios, concepción democrática de la Administración diametralmente opuesta a la concepción autoritaria que se refleja en la Administración-función, sustituyendo la vaga referencia a las funciones de la Administración por las actividades de legislar, juzgar y administrar. Adopta también una concepción mixta, aun cuando otorgando mayor preeminencia al aspecto formal -siguiendo a VIVES- ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 438, que caracteriza la función pública por la concurrencia de tres elementos: subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público), objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos a derecho público); y teleológico (función pública es aquella en que se persiguen fines públicos); de esta opinión vid. también FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 87.

³⁴Dicha concepción ha llevado a afirmar que en el art. 388 CP de 1973 - que se corresponde con el art. 422 CP de 1995-, dentro del delito de cohecho, se incluyen una serie de sujetos que participan en el ejercicio de la función pública “no sin que medie una relación jurídica con el Estado, sino que ésta no se establece con arreglo a alguno de los títulos que describe el párrafo 3º del artículo 119 CP”. Se entiende que se equipara con ello a los funcionarios a efectos penales a profesionales privados que ejercen actividades que, por haber adquirido un significado público especial el Estado ha asumido como públicas y a aquellos otros profesionales que, aun desempeñando actividades privadas, por las condiciones en que las realizan llevan añadida la utilización de potestades administrativas, como ocurre con el ejercicio de la autoridad o la fe pública, así los Notarios. De esta opinión, VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, op. cit., pp. 70-71.

³⁵Cfr. COBO, *Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español*, op. cit., pp. 237 y 238, quien admite la condición de funcionario público a efectos penales del colaborador de la Administración. Si bien desde otra perspectiva se ha negado

incluso a considerar funcionarios a efectos penales a los llamados funcionarios de hecho³⁶. Difícil pues resultará, teniendo en cuenta tales consideraciones, negar la cualidad de funcionario público, por ejemplo, a un jurado -y ello aun cuando el art. 422 CP se refiera expresamente al mismo, separando su responsabilidad penal en relación con el delito de cohecho de la del resto de funcionarios³⁷-. También el jurado participa en el ejercicio de funciones públicas y su título habilitador lo constituye Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado³⁸.

En relación con la figura del Notario, no se discute que su situación como funcionario es un tanto anómala³⁹, puesto que su estatuto no se encuentra recogido en la legislación administrativa dictada con tal cometido. Constituye una figura que se encuadra en un sistema mixto entre el del funcionariado y el del profesional liberal. Su actividad se desenvuelve en el ámbito de las relaciones entre ciudadanos, reguladas en la mayoría de ocasiones por el Derecho privado, y su retribución -sujeta a unos aranceles mínimos- no se efectúa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sino por quienes solicitan sus servicios, como ocurre con cualquier otro profesional liberal⁴⁰. Por contra, las notas funcionariales

tal condición al colaborador espontáneo de las Administraciones públicas, en este sentido QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., p. 485.

³⁶De esta opinión, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pp. 1126 y 1127, quienes admiten la cualificación de funcionarios, mientras no se ponga término a la situación, de aquellos sujetos que por un error de la Administración -provocado o no por el que recibe el nombramiento- sean designados como funcionarios careciendo de las condiciones exigidas por la Ley para el desempeño del cargo, negando tal consideración a los particulares que asuman por propia iniciativa una función pública. De la misma opinión, DEL TORO MARZAL, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., pp. 738-739; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 831.

³⁷Al respecto, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES,(Dir.) *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1859, según quienes lo que caracteriza la condición penal de funcionario es la participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto si las desempeñan de forma esporádica -así los jurados- como si lo hacen con carácter permanente pero concurriendo con otras de naturaleza privada -en el caso de los Notarios-. De ello deducen que la fórmula de este precepto no añade nada nuevo a la definición de funcionario contenida en el art. 24 CP, a lo sumo, constituye una cortapisa para que estos sujetos puedan considerarse autores de las formas menos graves de cohecho contempladas en los arts. 425 y 426 CP.

³⁸En los arts. 13 y ss. de la mencionada Ley se prevé el procedimiento de selección, partiendo de un sorteo que las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral de cada provincia efectuarán sobre la lista de ciudadanos que en ellas consten, a fin de establecer la lista bienal de los candidatos a jurados. A partir de aquí, los nueve miembros que formarán parte del Tribunal del Jurado para una determinada causa se decidirán por sorteo de entre un número de 36 candidatos.

³⁹En tal sentido, PAREJO ALFONSO, *Fe pública y Administración pública*, en RODRÍGUEZ PIÑERO y otros, *La fe pública*, op. cit., p.186, según quien los Notarios son unos funcionarios públicos muy singulares, que para él lo son en tanto ejercen una función pública.

⁴⁰Sobre el equilibrio en el sistema del notariado latino entre el sistema funcionarial y el del profesional liberal vid. la interesante disertación de PAZ-ARES, *Seguridad jurídica y sistema notarial (una aproximación económica)*, en RODRÍGUEZ PIÑERO y otros, *La fe pública*, op. cit., pp. 73 y ss, en que el autor se interroga sobre la necesidad de reconducir esta figura hacia modelos predominantemente funcionariales o liberales. Concluye que el mejor sistema es el utilizado por el modelo del Notariado latino, esto es, el sistema mixto, que evita la tendencia a soluciones organizativas de tipo administrativo, con la consiguiente pérdida de efectividad en la actividad, o la ida a puras soluciones de mercado, en que la función del Notario como guardián de la legalidad -*gatekeeper* o guardabarreras como lo denomina este autor- se vería seriamente afectada. Sobre la expansión de este sistema a países del bloque de Europa del Este y otros países tras su democratización y su diferencia con el sistema de dación de fe pública de países de la *Common Law* vid., en la misma obra

de su estatuto pueden encontrarse en el acceso a la actividad mediante un concurso-oposición, así como en el reparto territorial de la competencia.

Pese a los rasgos de profesionalidad liberal de la actividad notarial, la dación de fe pública consustancial a la figura del Notario se ha caracterizado tradicionalmente como una función pública, en tanto en cuanto el Notario contribuye con su actividad a hacer efectiva una función propia del Estado, que consiste en dotar de fuerza probatoria reforzada a determinados documentos. En puridad, dicha función pública, que se ha denominado función certificante del Estado⁴¹, es sustancialmente una función administrativa. Ello no supone que haya de ser ejercida exclusivamente por el poder ejecutivo, sino que puede ser realizada por los tres poderes e incluso ser cedida a sujetos que, no estando insertos en el organigrama administrativo, son depositarios de la misma por determinadas razones⁴².

Teniendo en cuenta las precedentes consideraciones, no ha de caber duda acerca de la participación del Notario en el ejercicio de funciones públicas, de modo que en él concurre el requisito material u objetivo para hablar de funcionario a efectos penales. Resta ahora por ver si se cumple el requisito formal o subjetivo, esto es, si puede afirmarse la concurrencia de uno de los títulos de acceso al ejercicio de funciones públicas enumerados en el art. 24 CP. Fácil resulta comprobar que también el mismo se da, por disposición inmediata de la Ley, como

colectiva, SCHWACHTGEN, *¿Hacia una fe pública universal ejercida por una profesión única en su género?*, op. cit., pp. 31 y ss.

⁴¹MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *La función certificante del Estado*, op. cit., pp. 16 y ss. caracteriza la función certificante como función pública administrativa que, en p. 21, define como "aquella desarrollada por el Estado de forma exclusiva o por entidades públicas o paraestatales o incluso por personas físicas por su concesión, que tiene por objeto la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas o relaciones, en intervenciones de las relaciones jurídicas individuales, o en intervenciones jurídico-públicas, por razones de seguridad jurídica e interés general". En parecido sentido, aunque otorgando mayor amplitud al concepto de funcionario ejerciente de esta actividad, PAREJO ALFONSO, *Fe pública y Administración pública*, en RODRÍGUEZ PIÑERO y otros, *La fe pública*, op. cit., pp. 162-167, para quien "(...)la fe pública es una actividad calificable de función pública, que, por ello mismo, pertenece no a la extensión de las actividades que están en la disposición de los sujetos comunes u ordinarios, sino al campo de las propias del poder público".

⁴²En tal sentido, MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *La función certificante del Estado*, p. 23. De ahí que este autor, siendo coherente con la concepción administrativa de funcionario que mantiene, niegue a los Notarios la consideración de funcionarios, y los conciba como concesionarios del Estado para el ejercicio de dicha función, cfr. p. 38, en la que afirma "El Estado en ocasiones no ejercita su función certificante a través de órganos insertos en su estructura y cubiertos lógicamente por funcionarios públicos, sino que concede el ejercicio a determinados sujetos por razones coyunturales (como en el caso de los notarios y corredores mercantiles), de naturaleza lógica (supuesto éste de los capitanes de buque mercante), o de tradición (párrocos de la Iglesia Católica)". La opción administrativizante del concepto penal de funcionario que propone VALEIJE ÁLVAREZ se evidencia cuando en, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario...*, op. cit., pp. 471-472, incluye como una de las actividades propias de la función pública el dar fe con presunción de veracidad, negando -en p. 494- la consideración de funcionarios públicos a quienes dan fe pública desempeñando actividades privadas. No obstante, en esta ocasión la autora no incluye entre los no funcionarios a los Notarios, aunque sí a profesores de academias privadas que extienden certificaciones con valor público o a los médicos al emitir certificados de nacimiento o de defunción. Incluso para ellos prevé la inclusión en el Código penal español de la figura del particular encargado de un servicio público o de una función pública. Sin embargo, cabe interrogarse acerca de lo adecuado de esta propuesta cuando la delimitación de estas figuras ha planteado tantos problemas en Italia, cuando pueden llevar de hecho a una ampliación del conjunto de sujetos cuya punibilidad sea idéntica o sólo sensiblemente inferior a la de los funcionarios públicos.

se advierte por la redacción del art. 1 de la Ley del Notariado⁴³ y en el art. 1º pfo. 2º del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado⁴⁴. Si las dos condiciones exigidas en el Ordenamiento penal para la consideración de funcionario público se producen, no existe razón alguna para excluir a los Notarios de tal consideración⁴⁵.

Sólo un entendimiento excesivamente formal del concepto penal de funcionario que lo identificara con el funcionario estatutario del Derecho administrativo, y desnaturalizador, por tanto, de la esencial condición funcional del concepto penal y de su autonomía en relación con otras ramas del Ordenamiento público, podría conducir a negar la condición de funcionario a efectos penales a los Notarios. No solamente a ellos alcanzaría esta exclusión, sino también a otra clase de fedatarios públicos, los llamados fedatarios mercantiles -Corredores de Comercio colegiados- que, al igual que los Notarios, gozan también de un régimen mixto funcional y privado⁴⁶ y que han sido considerados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sujetos activos de la falsedad propia de funcionario prevista en el art. 302 CP de 1973 o 390 CP⁴⁷.

⁴³Según este “ (1) El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes de los de los contratos y demás actos extrajudiciales. (2) Habrá en el Reino una sola clase de estos funcionarios”, previniéndose en los arts. 10 a 16 de la mencionada Ley los requisitos para obtener y ejercer la fe pública.

⁴⁴El pfo. 2º del mencionado precepto establece “Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar”. Establece el pfo. 3º del mismo artículo que “como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido (...)”. Las condiciones para el ingreso en el Notariado, así como la forma de celebrarse la oposición, la investidura y el nombramiento del Notario, la fianza que han de prestar, la toma de posesión y el cese en la condición vienen regulados en los Capítulos I y II del Título Primero del Reglamento Notarial (arts. 5 a 42).

⁴⁵En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 146; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 517, según quien el Notario y el Agente comercial colegiado tienen la condición de funcionarios públicos pese a su carácter liberal y autónomo, en la medida de que disponen de fe pública; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 100-105; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 291. Se condena al Notario que incluye una fecha falsa en una escritura pública por el art. 302 CP de 1973 en STS 4 abril 1991 (RJ 2573).

⁴⁶Del mismo modo que los Notarios pueden considerarse concesionarios de esta función pública específica, de ahí que pueda admitirse que participan en el ejercicio de funciones públicas. El título legitimador de tal ejercicio, además de lo previsto en el art. 93 CCom, se encuentra en disposiciones del Decreto núm. 853/59, de 27 de mayo de 1959, modificado por el Decreto núm. 3110/68, de 5 de diciembre de 1968, del Reglamento de Régimen Interior de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, y que incluyen el estatuto del Corredor. En concreto, el art. 1 de dicho cuerpo legal establece “los Corredores Colegiados de Comercio son los Agentes mediadores que, con arreglo a los preceptos del Código de Comercio y demás disposiciones vigentes, dan fe con el carácter de Notarios, y cuando para ello fueren solicitados, de los actos y contratos mercantiles cuya intervención sea propia de su oficio”. También el acceso a dicha actividad se produce mediante oposición libre, cuyas condiciones vienen fijadas en los arts. 2 a 15. La colegiación y toma de posesión se regulan en los arts. 16 a 19 del mencionado Decreto y la prestación de la correspondiente fianza en los arts. 20 a 28 de dicho cuerpo legal.

⁴⁷Cfr., entre otras, SsTS 4 noviembre 1989 (RJ 8554); 13 febrero 1997 (RJ 1161), que considera, en base al art. 93 Ccom., que los Agentes de Cambio y Bolsa estaban dotados de fe pública, por lo que la falsedad en sus certificaciones ha de incluirse en el art. 302 CP de 1973.

Menos problemas en orden a la consideración de funcionarios públicos a los efectos de la falsedad documental plantean otros sujetos que, siendo portadores de la denominada fe pública, se encuentran, sin embargo, contenidos en el concepto administrativo de funcionario, desde el momento en que su régimen de vinculación con la Administración es estrictamente estatutario. Así ocurre con los depositarios de la fe pública judicial -los Secretarios Judiciales⁴⁸-, los Secretarios de la Administración local⁴⁹ o los Secretarios de cualquier otro órgano colegiado de la Administración, o los Jueces encargados del Registro Civil, entre otros.

Una novedad introducida en el art. 390 CP en relación con su correspondiente en el Código penal de 1973 es que, junto al funcionario como posible sujeto activo de esta falsedad documental, se alude también a la autoridad. Poca trascendencia tiene en definitiva la inclusión de dicha adición habida cuenta de que la doctrina penal es unánime al considerar que para ostentar la condición de autoridad se ha de ostentar la de funcionario a efectos penales. La autoridad ha de participar asimismo en el ejercicio de funciones públicas⁵⁰, constituyendo el

⁴⁸Al respecto, el art. 1.2 del Real Decreto núm. 429/1988, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Secretarios Judiciales, establece que “Los Secretarios judiciales, con el carácter de autoridad, ejercen con autonomía e independencia la fe judicial, y desempeñan las funciones de dirección de la Oficina Judicial y ordenación del proceso que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y el presente Reglamento. Al respecto, el art. 472 LOPJ establece “Los Secretarios Judiciales integran un solo Cuerpo, que se regirá por lo establecido en esta Ley y en las normas reglamentarias orgánicas que la desarrollen” y el art. 473 del mismo cuerpo legal postula que “1. Los Secretarios judiciales ejercen la fe pública judicial y asisten a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo establecido en esta Ley y en las leyes procesales. 2. Les corresponde ostentar la jefatura directa del personal de la Secretaría de que son titulares, sin perjuicio de la superior dirección de Jueces y Presidentes. 3. A los Secretarios corresponde la guarda y depósito de la documentación, su archivo, y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como responden del debido depósito, en las instituciones legales, de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan. 4. Igualmente estará a su cargo la confección de la estadística judicial”. También el art. 281 LOPJ considera al Secretario judicial único depositario de la fe pública judicial.

⁴⁹El art. 92.2 de la Ley de Bases del Régimen Local establece “son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcional, las que impliquen el ejercicio de la autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal perceptivo(...)”. Asimismo, el núm. 3 del mencionado precepto establece “son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación nacional. a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y asesoramiento legal preceptivo(...)”. En el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por RDL 781/1986, de 18 de abril, las funciones de la Secretaría en las corporaciones locales se incluyen en los arts. 162 a 164, dentro del Capítulo III, dedicado a las disposiciones específicas para los funcionarios con habilitación de carácter nacional, además de regularse las condiciones de los funcionarios de carrera en el ámbito local en el capítulo II del mencionado texto refundido.

⁵⁰En tal sentido, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 1128; COBO, *Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal*, op. cit., p. 244; DEL TORO MARZAL, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., p. 730; QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., pp. 490-491, para quien existe un doble concepto de funcionario: el amplio, comprensivo de todas las variantes y especificaciones de participantes en funciones públicas y otro más restringido, referente a una clase de participe, al funcionario en sentido estricto, que no es ni autoridad ni agente de la autoridad; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 289; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., pp. 831-832; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 272; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, op. cit., p. 100; CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, op.

concepto de funcionario el género que incluye la especie que representa la autoridad. La mención expresa de la autoridad no añade ni quita nada a la cualificación del funcionario considerando tal dicotomía desde el prisma del delito de falsedad documental. En el ilícito falsario la condición de autoridad no implica una mayor penalidad que la correspondiente al funcionario, de lo que puede deducirse que bastaba con la referencia genérica que el art. 302 CP de 1973 hacía al funcionario para comprender a todos los sujetos a los que ahora se alude con la referencia conjunta al funcionario y a la autoridad⁵¹.

Al igual que ocurría con el concepto penal de funcionario, también el de autoridad tiene un sentido distinto del administrativo⁵². En nuestra disciplina la mencionada condición viene definida por dos notas esenciales que el art. 24.1 CP incluye y que se concretan en la tenencia de mando y en el ejercicio de jurisdicción propia⁵³. En puridad, lo que caracteriza a la autoridad frente al funcionario entendido en sentido amplio es el mayor poder del que ésta goza. Poder que se identifica con capacidad de hacerse obedecer, y que lleva implícitos en sí el posible ejercicio de la coacción o de la influencia⁵⁴. El poder que individualiza a la autoridad no es pues cualquier posibilidad de influencia, sino que viene concretado en los dos requisitos alternativos que el art. 24.1 incluye. El primero de ellos, el mando, puede interpretarse como potestad de reclamar obediencia de la autoridad en relación con los demás funcionarios⁵⁵, mientras el ejercicio de jurisdicción propia supone la capacidad de adoptar resoluciones, ya sean en el marco de la actividad

cit., p. 184; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 90; JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 78; OLAIZOLA FUENTES, *Concepto de funcionario público a efectos penales*, op. cit., p. 83.

⁵¹De semejante opinión, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1733; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 233; ya QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 639, afirmó en relación al anterior Código penal que resulta intrascendente la diferencia entre autoridades y funcionarios a efectos de falsedad, pues el concepto de funcionario público incluye el de autoridad.

⁵²DEL TORO MARZAL, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., p. 743, quien aclara que, a pesar de que casi siempre existirá coincidencia entre la calificación administrativa y la jurídico-penal de autoridad, la segunda requiere una comprobación concreta cuyo método singulariza el art. 119 -ahora 24- CP de 1973.

⁵³La definición de autoridad en el actual Código penal en poco difiere de la que positivizaba el art. 119, pfo. 1º, del CP de 1973, a salvo de que en el nuevo Código se mencionan expresamente como autoridad a los miembros de Asambleas Legislativas, tanto si son nacionales -incluyendo las autonómicas- como europeas, así como a los miembros de órganos colegiados.

⁵⁴De esta opinión, DEL TORO MARZAL, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., pp. 744-745, sin perjuicio de considerar que la mera identificación de autoridad con poder no permite establecer distinciones claras entre el concepto de autoridad y el de funcionario, habida cuenta de que en la sociedad actual las distintas estructuras sociales se influyen mutuamente, con lo que puede afirmarse que las relaciones sociales son relaciones de poder.

⁵⁵En tal sentido, QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., p. 495 y ss, quien alude a la diferencia entre mando como potestad interna, *ad intra* en la misma Administración y en la relación externa, en la relación de la autoridad con los ciudadanos en general, mucho más limitado que el interno e incluíble en el concepto de jurisdicción, además de criticar la raíz autoritaria de la expresión "mando"; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, op. cit., pp. 102-103; JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, op. cit., pp. 80-81. Sin embargo, ha habido quien, como COBO, *Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal*, op. cit., pp. 244-245, identifica el mando con poder de coacción.

jurisdiccional o en el de la actividad administrativa⁵⁶. Denominador común de ambas condiciones lo constituye la capacidad que tiene una persona u órgano colegiado de ejecutar una potestad pública, ejecutiva o judicial, por sí misma⁵⁷.

El mando o jurisdicción a que se refiere el art. 24.1 CP han de ser propios, ello con independencia de que su ejercicio corresponda a una persona individual o a un órgano o colegio del que ésta forme parte⁵⁸. Por consiguiente, no puede afirmarse que tenga mando quien ejerza actividades propias de una autoridad por delegación⁵⁹ y lo mismo ha de decirse respecto a aquellas personas que cumplen las órdenes de la autoridad, que practican materialmente la decisión ya adoptada por ella, los denominados agentes de la autoridad.

No puede concluirse una exposición del concepto penal de funcionario, por sucinta que sea, sin hacer una breve referencia a la polémica generada en torno a la inclusión en el mismo de los agentes de la autoridad. El Código penal no establece una definición jurídico-penal de agente, aun cuando determinados preceptos de la Parte Especial introducen expresamente a estos sujetos diferenciándolos de las autoridades, ya como sujetos activos o pasivos del delito. La cuestión planteada a raíz del silencio legal es si deben incluirse en esta denominación todas aquellas personas que desempeñen funciones de auxilio a la autoridad, independientemente de que se cumplan las condiciones que el art. 24 CP exige para el otorgamiento de la consideración penal de funcionario, o solamente aquellos sujetos que cumplan dichas funciones de apoyo siempre y cuando en ellos concurren tanto el requisito material como el formal del concepto de funcionario. Esta segunda es la interpretación que goza de mayor predicamento en la doctrina⁶⁰ que, por tanto, niega la condición de agente a los vigilantes jurados⁶¹.

⁵⁶A pesar de que el término jurisdicción puede llevar al equívoco de que sólo comprende la capacidad decisoria en el ámbito de la judicatura, DEL TORO MARZAL, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., p. 749, aclara que no sólo se refiere a la actividad de juzgar, sino que acoge la actividad de aquellos funcionarios públicos que posean la competencia de resolver en negocios administrativos, de ahí la tipificación de la prevaricación administrativa además de la judicial. De la misma opinión, QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., p. 498; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, op. cit., pp. 103-104; JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, op. cit., pp. 82-83, quien, a pesar de mostrar su coincidencia esencial con el planteamiento de QUERALT, matiza que los órganos de gobierno de los colegios profesionales no han de considerarse autoridad a los efectos de lo dispuesto en el delito de desobediencia. En sentido distinto, ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 273, predica el ejercicio de la jurisdicción de jueces y Tribunales.

⁵⁷En tal sentido, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 290, simplifica esta dual referencia, contraponiéndola con la actividad de los funcionarios que no tienen la condición de autoridad y que ejecutan la actividad de la Administración pública o de justicia "materializando la potestad del superior".

⁵⁸El art. 24 se refiere también como autoridades a las personas que son miembros de corporaciones, tribunales u órganos colegiados.

⁵⁹En tal sentido, QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., p. 499, según quien no puede ser considerado autoridad un funcionario público que haya recibido la facultad de resolver asuntos de otra superior a quien la Ley se la haya atribuido previamente. vid. también, REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, op. cit., p. 104.

⁶⁰De esta opinión, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 1129; le siguen, QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., pp. 503 y ss, para quien materialmente todos los agentes, tengan o no la condición de funcionarios, participan en el ejercicio de funciones públicas, siendo solamente aquellos que cumplen los requisitos del art. 24 CP los que han de reputarse agentes a efectos penales. El título habilitante, que generalmente se producirá mediante nombramiento de la autoridad competente, ha de gozar de respaldo legal, para

Tal problemática no tiene, sin embargo, traducción al ámbito de las falsedades documentales, pues el art. 390 CP sólo incluye a los funcionarios. Aunque el Tribunal Supremo ha condenado por falsedad documental prevista en el art. 302 CP de 1973 a agentes de la autoridad que emiten documentos propios de sus funciones -como atestados o multas⁶²-, solamente aquellos agentes que tengan la condición de funcionarios pueden ser sujetos activos del delito previsto en el art. 390 CP.

No obstante, con la caracterización hasta el momento efectuada del concepto penal de funcionario público -término que incluye al de autoridad y al de agente de la misma- no está todavía individualizado el sujeto activo de la falsedad documental prevista en el art. 390 CP. En el precepto se exige que dichos sujetos actúen “en el ejercicio de sus funciones”, por lo que será necesario aprehender el sentido de dicha expresión para singularizar al posible autor, cometido al que se destina el siguiente epígrafe.

B) Análisis de la locución del art. 390. 1 CP “en el ejercicio de sus funciones”: carácter especial del ilícito en él contenido

El Código penal de 1995 ha efectuado, en relación con el anterior, una sensible mutación en la descripción del sujeto activo del tipo previsto en el art. 390 CP. Mientras el texto de 1973 se refería al funcionario público que “abusando de su oficio” cometiera falsedad, el actual precepto sustituye dicha expresión por la de “ejercicio de sus funciones”⁶³. En realidad, el mencionado cambio, como más adelante se verá, no supone que haya de modificarse excesivamente la interpretación que de la locución antes mencionada se venía haciendo⁶⁴, aun cuando no puede obviarse que la supresión del término “abuso” y su trueque por la de “ejercicio” despoja a la expresión de los tintes subjetivos de los que se la había venido dotando. Se evita con ello uno de los tradicionales argumentos en que se

evitar con ello el quebrantamiento del principio de legalidad que podría suponer una interpretación más laxa del término; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 290, admite la diferencia que la legislación penal establece entre funcionario y agente de la autoridad siempre y cuando la interpretación del concepto se mantenga constreñida a los sujetos enumerados en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, siendo rechazable cuando se incluyera en el concepto a todos aquellos que reciban la denominación en leyes que carezcan del carácter de orgánicas JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, op. cit., pp. 86-87.

⁶¹Sobre la problemática específica acerca de la inclusión de estos sujetos en el concepto y sobre la jurisprudencia en relación con este particular vid. JUANATEY DORADO, o.u.c., pp. 83-87.

⁶²Vid. SsTS 22 noviembre 1990 (RJ 9140); 14 junio 1993 (RJ 4998); 22 noviembre 1993 (RJ 9707); 15 julio 1994 (RJ 6454); 18 noviembre 1994 (RJ 9021); 5 junio 1995 (RJ 4519); 23 marzo 1996 (RJ 1925); 22 abril 1996 (RJ 2893); en sentido absolutorio de la falsedad tipificada en el art. 390 CP -la propia de funcionario- últimamente SsTS 18 febrero 1997 (RJ 1131), 4 abril 1997 (RJ 4288), 9 junio 1997 (RJ 4667).

⁶³Tal expresión tiene su antecedente en el art. 352 de la PANCP de 1983 y en el art. 378.1 PrCP de 1992, que utiliza una locución semejante, cuando dice “en materia o asunto concerniente a su cargo o función”. Por contra, el PrCP de 1980 mantiene inalterada la fórmula del art. 302 CP de 1973.

⁶⁴Así MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 632, manifiesta que no existe gran diferencia entre ambas expresiones, al no poderse realizar otra falsedad en el ejercicio de su función distinta de la que se hace con abuso de oficio; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 308; aun cuando haya quien como QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 516, considere más acertada la anterior dicción del precepto, porque de interpretarse literalmente la locución se haría imposible el delito.

apoyaba la doctrina mayoritaria para postular la inadmisibilidad de la falsedad documental imprudente, con la consiguiente objetivización del requisito singularizador del sujeto activo⁶⁵.

En vigencia del anterior Código penal no resultaba extraño identificar el “abuso del oficio” con su “mal uso”⁶⁶. A pesar de que en ocasiones se hubiese intentado despojar a dicho entendimiento de cualquier tipo de relevancia en orden a la posible admisión de la falsedad imprudente⁶⁷, lo cierto que determinados autores habían hecho suya la idea de que la falsedad imprudente no podía suponer el mal uso del cargo, sino, en todo caso, el ejercicio descuidado del mismo⁶⁸. De mantenerse tal locución, a la vista de la actual regulación de la falsedad imprudente en el Código penal, continuaría subsistente el peligro de entender ínsito en ella algún elemento de carácter anímico específico. De ahí que la razón última de la modificación parece dirigirse a conciliar el tipo subjetivo en la falsedad documental dolosa con la comisión imprudente de la misma.

Abstracción hecha de los motivos que hayan llevado al legislador a operar el cambio, podría cuestionarse la utilidad de dicha locución teniendo en cuenta la circunstancia de que se inserta en el tipo junto a la palabra funcionario. Esto es, si el concepto penal de funcionario o autoridad viene caracterizado por la participación en el ejercicio de la función pública, puede resultar redundante que a ello se le añada el ejercicio de las propias funciones, ya que justamente este extremo constituye el elemento esencial de la caracterización penal del funcionario⁶⁹. Sin embargo, esta objeción carece de fundamento pues, como ya dijera OCTAVIO DE TOLEDO, el ejercicio del cargo supone más que participar en el ejercicio de la función pública⁷⁰. Y si carece de fundamento efectuada en relación a la rúbrica del Título VII del anterior CP, todavía pierde más su sentido poniéndola en relación con

⁶⁵Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, *Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código penal de 1995*, op. cit., p. 52; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 128; MOYNA MÉNGUEZ, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 1321.

⁶⁶Cfr., por todos, BENÉYTEZ MERINO, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coord.), *Código penal comentado*, op. cit., p. 552.

⁶⁷En este sentido, PUIG PEÑA, *Derecho penal. t III. Parte especial*, op. cit., p. 209, advertía que el abuso de oficio constituye un elemento subjetivo típico atinente a la antijuricidad, lo que no prejuzga el problema de la culpabilidad en la falsedad, que puede producirse también por negligencia. En parecido sentido en relación con el Código penal actual, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 113-114, para quien la actuación “en el ejercicio de sus funciones” ha de considerarse un elemento descriptivo de carácter subjetivo “ya que, en primera instancia, queda constituido por el conocimiento del sujeto acerca de las funciones que le han sido atribuidas y con las cuales realiza el hecho falsario”, es pues un elemento que “reside en la conciencia del sujeto”.

⁶⁸Cfr. FERRER SAMA, *El dolo como elemento del delito de falsedad*, en AAMN, t. IX, 1957, p. 509; DÍAZ Y GARCÍA, *Falsedad imprudente en certificado médico de defunción*, op. cit., p. 246.

⁶⁹Una crítica semejante fue efectuada por COBO, *Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal*, op. cit., pp. 246 y ss, en relación con la rúbrica del Título VII del Libro II del CP de 1973, que rezaba “de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, por considerar que el mismo concepto de funcionario público que el art. 119.3 CP de 1973 convertía en superflua toda referencia al ejercicio del cargo. De semejante opinión, y contra las críticas efectuadas a dicho autor, QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., p. 484.

⁷⁰Para OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., p. 139, el ejercicio del cargo supone *ejercer* la función pública, de ahí que la participación en el ejercicio de la función pública *no* suponga el ejercicio del cargo, mientras el ejercicio de tal función *sí* que implica el ejercicio del cargo. En parecido sentido, GARCÍA ARAN, *La prevaricación judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 26-27 y 30-31; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, op. cit., p. 90.

el art. 390 CP, puesto que en este precepto la exigencia del ejercicio de las propias funciones tiene la virtualidad de limitar el posible sujeto activo de la falsedad documental. Por consiguiente, el único que puede lesionar el bien jurídico específico protegido en el tipo es aquel que, teniendo entre los cometidos de su cargo redactar determinados tipos de documento, efectúa una de las conductas descritas en el art. 390 CP afectando a alguna de las funciones únicamente de aquellos documentos que pueda confeccionar⁷¹.

Según la interpretación aquí sostenida, la expresión contenida en el art. 390 CP está limitando el círculo de posibles autores de la falsedad específica de funcionario⁷², desde el momento en que presupone la existencia de un vínculo funcional entre el autor de la falsedad y el documento sobre el que la misma se opera⁷³. De aquí puede derivarse una doble consecuencia: de un lado, con la limitación al ejercicio de las propias funciones no se está exigiendo que el funcionario use mal o efectúe un ejercicio ilegítimo de sus cometidos, como usualmente se ha postulado⁷⁴; no se prejuzga acerca de la legitimidad o ilegitimidad en el desempeño del cargo como luego se verá. De otro lado, no se circunscribe el sujeto activo del delito, a priori, a un determinado grupo de funcionarios⁷⁵. Si bien parece que el precepto esté pensando en una determinada categoría de funcionarios, lo cierto es que no establece dicha limitación, de modo que cualquier funcionario puede ser autor de una falsedad documental cualificada, pero no en

⁷¹Se observa en esta conclusión una construcción paralela a la que efectúa OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., p. 143, tras criticar la tesis de COBO, al razonar que el Título VII CP de 1973 recoge delitos cometidos contra la función pública cometidos por quienes pueden atacarla desde dentro (quienes participan de su ejercicio) cuando actúan desde el interior (cuando realizan esa participación).

⁷²De esta opinión, BENÉYTEZ MERINO, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coord.), *Código penal comentado*, op. cit., p. 552.

⁷³En parecido sentido, CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 804, cuando establece que el abuso de oficio ha de determinarse teniendo en cuenta el "ligamen funcional del funcionario con el documento".

⁷⁴Así, para QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 640, el abuso de las funciones supone el ejercicio desmedido e injusto de la atribución originariamente legítima; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 230, requiere la materialización de un exceso inadmisibles por parte de aquel en las funciones que tiene atribuidas en el Ordenamiento Jurídico; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 234, exige que el sujeto haga un mal uso o un empleo falsario de sus funciones; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial II (2). Delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 77, para el que es necesario que el funcionario abuse de sus funciones actuando de forma injusta.

⁷⁵En distinto sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 336, para quien el ámbito de aplicación del art. 303 CP de 1973 se reducía a una determinada parcela de funcionarios compuesta por aquel grupo que "dentro de sus facultades, encuentra la de desempeñar una concreta labor de documentación de determinadas situaciones jurídicas o la constatación de hechos susceptibles de especial relevancia en el tráfico jurídico", excluyéndose los funcionarios respecto de los que no es predicable esta específica función; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1733, además de exigir el vínculo funcional al que aquí se hace referencia, requiere que ha de tratarse de funcionarios investidos con capacidad para dar fe de hechos o de acreditar realidades válidas para las relaciones jurídicas, excluyéndose a los funcionarios cuya labor diaria pasa por la utilización constante de escritos que pueden no tener ese alcance, aunque admite que dicha precisión se complica con la inclusión en el art. 390 CP de los documentos oficiales. También alguna sentencia del Tribunal Supremo se ha referido al límite en el sujeto activo que supone el precepto, así STS 16 mayo 1990 (RJ 3931) en que se afirma que sólo aquellos funcionarios "a los que está encomendada la función de autorización, autenticación o dación de fe pública" pueden cometer el ilícito previsto en el art. 302 CP de 1973, aun cuando en ocasiones haya condenado por el delito a funcionarios que difícilmente entran en este reducido círculo.

relación con cualquier documento. El vínculo funcional que el precepto presupone entre el autor del delito y el objeto material sobre el que recae requiere, en primer lugar, analizar el documento de que se trate en el concreto supuesto, para, como segundo paso en el análisis, comprobar que el funcionario que ha operado la falsedad tenía atribuido el cometido de confeccionar ese documento en cuestión.

Constituyendo la expresión “en el ejercicio de sus funciones” un elemento típico dirigido exclusivamente a determinar el círculo de autores del delito, y desligado de valoraciones acerca del buen o mal ejercicio del funcionario en el desempeño de su cargo, no ha de conceptuarse como elemento descriptivo. No bastará así la vinculación que, según el sentido común del lenguaje, una al funcionario con el documento. En aras a una mayor seguridad jurídica, será necesario que una norma jurídica -que puede tener rango igual o inferior a la Ley- establezca la relación, configurando, por así decir, un vínculo jurídico de sujeto con objeto material. Tal circunstancia concurrirá sólo en aquellos casos en que cometido esencial del funcionario sea emitir documentos. En definitiva, representa un elemento normativo objetivo, aunque referido a un sujeto⁷⁶.

Desligar el ejercicio de la propia función de toda valoración acerca de la legitimidad o no del ejercicio de la función supone admitir la aplicación del tipo aun en supuestos en que el funcionario actúa en contra de lo prevenido en las normas reguladoras de su cargo. A este respecto, un sector de la doctrina -que incluía ya una valoración en el término abuso del cargo-, había advertido que existían una serie de conductas previstas en el art. 302 CP de 1973, que el funcionario nunca podría cometer concurriendo abuso del cargo, puesto que sólo cabía admitir la presencia de dicho elemento allí donde el documento en cuestión fuese legítimo⁷⁷. Este argumento se repite también en relación con el ejercicio de la propia función en el art. 390 del CP de 1995⁷⁸. Contra este posicionamiento, un entedimiento más

⁷⁶De esta opinión, expresamente, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 4; implícitamente, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 803, cuando exige que “entre las funciones atribuidas al sujeto figure una cuyas normas reguladoras le obliguen a evitar la conducta correspondiente al número del art. 302 por él incumplido”; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1059, al decir “se encuentra en el ejercicio de sus funciones el funcionario público, cuando realiza los actos que entran en la específica competencia atribuida al mismo por ley, o por la autoridad jerárquica superior”; la misma opinión que éste mantiene, BONÉ PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, op. cit., p. 134; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 308; en distinto sentido, como ya se ha mencionado, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 113-114, que lo conceptúa como elemento descriptivo de carácter subjetivo.

⁷⁷De esta opinión, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t II. Parte especial*, op. cit., p. 138, para quien en el abuso de oficio había que distinguir entre legitimidad (veracidad formal) y veracidad (material), siendo que el documento es legítimo cuando procede de la persona que los firma. De ahí que el funcionario no puede cometer falsedad documental con abuso de su oficio sino sobre documento legítimo “expedido por él en el uso de las atribuciones que su función le configure”, ya que “al no advenir con su propio nombre el documento confeccionado por su mano, en la comisión del delito su condición de empleado público se oscurece y pasa a la vista de la Ley como simple particular, pues la cualidad de funcionario no acompaña cualquier acto de su vida, sino aquellos que dicen relación con sus funciones”; mantienen esta concepción, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 979; en el mismo sentido, PUIG PEÑA, *Derecho penal. t II. Parte especial*, op. cit., p. 209; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, op. cit., p. 547; acoge la opinión de este último, CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1061; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, op. cit., p. 112.

⁷⁸Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 634, considera que no obra en ejercicio de sus funciones el funcionario que raspa una fecha o

objetivado del abuso en la función condujo a ciertos autores a admitir que incluso cabía entender cumplido el elemento en supuestos en que la acción falsaria determinara el nacimiento de un documento inauténtico, en aquellos casos en que el funcionario agente tenía atribuida la función de custodiar los documentos sobre los que la falsedad se operaba⁷⁹.

Para resolver esta cuestión debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que cualquiera de las formas comisivas falsarias previstas en el art. 390 CP implican necesariamente el ejercicio ilegítimo de una función, pues de contrario no serían consideradas delictivas. Esto es, cuando el funcionario, ejercitando su competencia de modo contrario a lo que las normas reguladoras de la misma establecen, altera alguna de las funciones que el documento desempeña, cumple ilegítimamente los cometidos de su cargo; y esto tanto si la falsedad consiste en recoger distorsionadamente una declaración que tiene la función de documentar exactamente, como si manipula un documento ya confeccionado. En segundo lugar, la expresión “en el ejercicio de sus funciones” no presupone valoración alguna acerca de la licitud o no de dicho ejercicio, sino que centra el ámbito de sujetos activos en relación con tipos documentales concretos. Ahora bien, que el funcionario actúe en ejercicio de sus funciones no supone tanto como actuar con ocasión del mismo. En consecuencia, sólo se encuentran en situación de ser sujetos activos de este delito aquellos funcionarios que, en virtud de la competencia que tienen atribuida, podían emitir el documento de que se trate, independientemente de que en el concreto supuesto cumplieran todos los requisitos que la competencia territorial y material exigen.

La competencia o facultad para emitir un determinado documento ha de entenderse así en sentido abstracto⁸⁰, o lo que es lo mismo, el vínculo funcional entre sujeto y objeto material debe establecerse con parámetros relacionales que tengan en cuenta sólo el tipo de documento y si éste puede emitirse por la categoría funcional a la que pertenece el sujeto en cuestión según normas

borra una cifra en un documento confeccionado por otro, pero sí lo hace cuando el funcionario que tiene atribuida la competencia de redactar el documento altera su contenido al hacerlo; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 516, para quien dentro de las competencias del funcionario no está la de alterar; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 112, quien partiendo de que la nueva locución “ejercicio de sus funciones” no ha desterrado la idea de abuso, admite la imposibilidad de que algunas de las conductas sean realizadas por un funcionario en el ejercicio de su cargo, al faltar el requisito de “legitimidad”; LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1066; Implícitamente, CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 259.

⁷⁹Así CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 807-808, quien, aun admitiendo que existían modalidades de falsarias del art. 302 CP de 1973 más ligadas con el abuso de la función que otras -así las de los núms. 2, 3, 4, 5 y 7- y otras que lo estaban menos -como las mencionadas en los núms. 1 y 9-, advertía que también en estas últimas cabía la falsedad con abuso de la función en el caso del funcionario que era competente para otorgar el documento y falsificaba una de las firmas o en el del encargado de la custodia del mismo que lo modificaba; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 231, admitía la posible aplicación del precepto cuando el funcionario no había expedido el documento y, sin embargo, era el encargado de su custodia, como cuando un Secretario Judicial modifica documentos obrantes en un sumario; de parecida opinión, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 308 y 316, no sin advertir, en p. 307, que las falsedades específicas de las autoridades y funcionarios que actúan en ejercicio de sus funciones son las ideológicas.

⁸⁰Lo que supone una mera apariencia de legitimidad formal, sin necesaria exigencia de plenitud. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 640. En parecido sentido, CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3668, para quienes la competencia ha de apreciarse de forma general, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

reguladoras de sus funciones. Se ha de hacer abstracción de que en el caso en concreto exista alguna causa personal o de índole objetiva que imposibilite al funcionario emitir el documento -así la incompetencia territorial o la incompatibilidad-. El entendimiento de la competencia en términos abstractos determina, pues, que funcionarios en el ejercicio de sus funciones lo son tanto aquellos competentes como aquellos otros que se encuentran en situación de incompetencia relativa, excluyendo sólo a quienes son absolutamente incompetentes⁸¹. Actuará en el ejercicio de sus funciones y le será aplicable el art. 390 CP el Notario que redacta una escritura pública dentro de los límites de su competencia territorial, pero también el que lo hace fuera de éstos⁸², aunque habrá de considerarse absolutamente incompetente -aplicándosele el art. 392 CP- el Notario que redacte una sentencia o el Juez que autorice una escritura.

Hechas estas consideraciones, puede concluirse que, en relación con la cuestión relativa a la aceptación de la comisión de todas las modalidades comisivas del art. 390 CP en ejercicio de las funciones propias del funcionario, no se admite que ello sólo sea posible en documentos legítimos, sin llegar tan lejos como para admitir la concurrencia del requisito también en supuestos en que la falsedad la cometa el funcionario encargado de la custodia del documento. Cabe, por ejemplo, que un Notario modifique la escritura matriz contenida en el protocolo de un Notario ya jubilado de cuya custodia se ha hecho éste cargo. La alteración produce un documento inauténtico, puesto que ha sido redactado por otro funcionario, cometiendo así la modalidad falsaria prevista en el art. 390.1.1 CP, aun cuando él tiene atribuída en abstracto la competencia para redactar este tipo de documentos. Cabe imaginar, asimismo, que un Notario confeccione una escritura pública sin que ante él haya comparecido otorgante alguno. En tal caso, aunque no pueda hablarse de simulación total de documento -ya que autor del mismo es el Notario que lo rubrica- sí podrá admitirse la existencia de simulación parcial cuando imite las firmas de los supuestos comparecientes, consumándose así la acción falsaria prevista en el art. 390.1.2º CP. Aunque no se induzca a error sobre la autenticidad del documento en sí, sí se produce tal consecuencia en relación con las concretas declaraciones que en el mismo se contiene, con lo que no es absolutamente legítimo. Evidentemente, el Notario puede cometer falsedad también en ejercicio de

⁸¹En tal sentido, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 340; JIMÉNEZ ASEÑO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 488, quien para apoyar esta interpretación parte de que el término abuso del oficio es más amplio que abuso del cargo, de manera que se puede abusar del oficio y no del cargo, lo que resulta inconcebible en sentido contrario; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 633; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 346; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 516, para el que el funcionario relativamente incompetente, el que tiene cierta posición de dominio en el actuar administrativo, sigue siendo autor idóneo del delito; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1740; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, op. cit., p. 113; BONÉ PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, op. cit., p. 134; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 309. De opinión contraria GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 335, que, interpretando el término "oficio" como "potestad o facultad conferida al funcionario legítimamente constituido en su cargo" rechaza la aplicación del art. 302 CP de 1973 a los supuestos de incompetencia relativa. Cfr. asimismo, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 129, LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 1065-1066.

⁸²En sentido contrario, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t II (Parte especial)*, op. cit., p. 262, según quien el funcionario que comete falsedad en documentos expedidos fuera del distrito de su jurisdicción tampoco comete la falsedad del art. 302 CP de 1973, pues considera que fuera de su jurisdicción no obra en el desempeño de sus funciones. De la misma opinión, PUIG PEÑA, *Derecho penal. t III. Parte especial*, op. cit., p. 209.

sus funciones en documento legítimo, cuando, por ejemplo, no transcribe fielmente la declaración que uno de los comparecientes efectúa ante él, cometiendo en ese caso la modalidad prevista en el art. 390.1.3º y 4º CP. Del mismo modo, en tanto un Juez tiene reconocida la función de emitir sentencias, puede efectuar modificaciones sobre una de ellas, así cambiando la fecha de su emisión. Pese a que se trata de modificación posterior por parte del mismo autor del documento, ya dijimos que estos supuestos eran también incluíbles en el núm. 1º del art. 390.1 CP. Sin embargo, y aun cuando un Secretario judicial tiene la función de conservar el archivo en el Juzgado en el que desempeñe su cargo, no cometerá falsedad en el ejercicio de sus funciones cuando modifique sentencias que en el mismo se contengan o cuando redacte una de ellas asumiendo la identidad del Juez, dado que la Ley no le atribuye la función de dictarlas.

Esto es, cabe imaginar la perpetración de cualquiera de las modalidades comisivas previstas en el art. 390 CP por funcionario actuando en ejercicio de sus funciones siempre y cuando tenga atribuida normativamente la competencia para redactar ese tipo de documento, aun cuando el resultado de la falsedad sea un documento inauténtico. Por contra, no actuará en ejercicio de sus funciones quien, teniendo el mero cometido de custodiar determinados documentos, efectúe actividades falsarias sobre los mismos. La función de custodia no es normativamente equivalente a la función de confección, por lo que ni aun en ejercicio correcto de su cometido hubiese podido bajo ningún supuesto confeccionar dicho escrito quien sólo ha de custodiarlo. De ahí que no se mantiene aquí una postura concordante con aquellos para quienes basta la atribución de la competencia para diligenciar o custodiar documentos a los efectos de considerar aplicable la figura prevista en el art. 390 CP. Dicha consecuencia se deduce de la propia dicción del precepto, que utiliza la preposición “en” el ejercicio, y no “con ocasión” del mismo, que sí hubiera permitido incluir dichos supuestos. Esto es, el Secretario judicial no responderá por el delito previsto en el art. 390 CP al alterar una resolución judicial que obre en el archivo, aunque sí estará actuando en ejercicio de sus funciones al redactar una copia o un testimonio de una resolución que no exista, por ejemplo, o al confeccionarla atribuyendo un tenor distinto a la copia de la que el original tiene, puesto que este caso se produce el vínculo jurídico entre autor y objeto material que el tipo exige.

No basta, en conclusión, con la atribución legal de la función de custodia del documento⁸³, puesto que tal función no comprende en todos los casos la de

⁸³En sentido contrario, entre otros, BONÉ PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, op. cit., p. 134, para quien la relación entre funcionario y documento puede ser la de despacho, redacción, confección, certificación, utilización, custodia o manipulación. También el TS ha mantenido un concepción más amplia, Vid. STS 3 noviembre 1993 (RJ 8398), que se refiere a los documentos que el funcionario “expide, custodia o maneja”. Cuestión distinta a esta será que el funcionario que tiene atribuida dicha función sí ha de considerarse sujeto activo de los ilícitos previstos en los arts. 413 y 414 CP, relativos a la infidelidad en la custodia de documentos, y que establecen penas privativas de libertad de uno a cuatro años el primero de ellos -cumulativa con una pena de multa de siete a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años- y de seis meses a un año alternativa con una pena de multa de seis a veinticuatro meses en el segundo -acumulada a una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años-. Penas sustancialmente superiores, en el primero de los casos, a las que el art. 392 CP prevé para la falsedad en documento público, oficial y mercantil cometida por particular, aunque se aplique la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público. Puede afirmarse, al entablar la relación de estos delitos con la falsedad documental de aquellos funcionarios que vienen obligados a custodiar determinados documentos, que la función de perpetuación entendida como totalidad -relativa a la destrucción del documento- se encontrará en ocasiones más protegida -cuando el precepto aplicable sea el art. 413 CP- que la protección parcial que de esa misma función

confeccionar el documento custodiado. De ahí la diferencia entre el ejercicio de la propia función y el prevalimiento del carácter público. Mientras la locución prevista en el art. 390 CP supone la necesidad de que el ilícito se cometa en el ámbito de las concretas competencias de documentación que el funcionario tiene normativamente encomendadas, el prevalimiento del carácter público no requiere de esa atribución previa de una determinada función, sino tan sólo del aprovechamiento de la misma condición de funcionario, tal como sostiene la doctrina⁸⁴ y en repetidas ocasiones ha mantenido la jurisprudencia⁸⁵. Esto es, el

supone la tipificación de la alteración documental prevista en el art. 392 en relación con el 390.1.1º CP.

⁸⁴En tal sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 806; en parecidos términos, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 147, para quien el abuso de oficio del art. 302 CP de 1973 se diferenciaba del prevalimiento del carácter público en que mientras el primero mira más directamente al acto, el segundo se refiere a la cualidad personal; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pp. 230-231, quien se refiere a la infracción bien de deberes específicos, bien de deberes genéricos, respectivamente, para hablar de abuso de oficio o prevalimiento de la condición de funcionario; BONÉ PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, op. cit., p. 133.

⁸⁵Cfr. SsTS 31 mayo 1969 (RJ 4123); 18 marzo 1983 (RJ 2153) que condena por falsedad del 303 CP de 1973 con la agravante de prevalerse del carácter público a un inspector del Cuerpo Superior de Policía que realiza determinadas falsedades en documentos emanados por un Ayuntamiento para esconder irregularidades en la gestión sobre la base de que "no abusó de la función auxiliar encomendada, sino que traspasó los deberes de su cometido invadiendo las atribuciones correspondientes a la función secretarial", de modo que siendo absolutamente incompetente no procede la aplicación del art. 302 CP de 1973; STS 9 junio 1987 (RJ 4698) para el supuesto en que un funcionario, que no tenía el cometido de redactar las actas de los exámenes de selectividad, efectuó sobre las mismas alteraciones numéricas, en que se lo condena por el art. 303 con la agravante 10.10 CP de 1973, partiendo de que "el procesado no estaba facultado por Ley ni otra disposición normativa para aquella función calificadora que competía en exclusiva al Tribunal, ni aun siquiera para levantar el acta de las pruebas o exámenes verificados, misión privativa del Secretario de aquél" teniendo sólo la función de transcribir las notas del acta provisional a la definitiva, por lo que no hubo abuso de oficio; 16 diciembre 1989 (RJ 9786) en el mismo sentido para el administrativo que elaboraba la propuesta que servía de base a la lista definitiva de beneficiarios del Servicio Especial de Autónomos, que se aprobaba y convertía en orden de pago, incluyendo en ella a personas que no estaban afiliadas en el régimen, que no abusó de su oficio porque "carecía de facultades funcionales para aprobar las devoluciones"; 14 febrero 1990 (RJ 1499) para el caso de un funcionario que alteraba fechas en extractos de cuenta expedidos por una entidad bancaria, que él ni ningún otro órgano administrativo a él cercano tenían el cometido de expedir y que sólo pasaban por sus manos, afirmando que "si el sujeto agente aun siendo funcionario y desfigurando la verdad en un documento, no abusa para ello de su función, porque ni el instrumento procede de él, ni pertenece a la esfera de atribuciones de su función, no puede sostenerse que abuse de la misma para falsearlo", lo que conlleva la aplicación del art. 303 con la agravante 10.10 CP de 1973, pues el funcionario se aprovechó de que los documentos pasaban por sus manos; 6 julio 1990 (RJ 6254) para el agente de tráfico que confeccionaba autorizaciones temporales para conducir vehículos de motor falsas, sin tener el cometido de expedirlas, aun cuando se prevale de su carácter público porque "aprovecha la cualidad de funcionario, pero no dentro de la actividad que le es inherente, a fin de gozar de una mayor facilidad para conseguir su delictuoso móvil" y en que además se dice que "el prevalerse del carácter público que tenga el culpable requiere que la condición de funcionario público, en sentido amplio, sea real y además se ponga al servicio del propósito criminal, aprovechándose así de las ventajas que el cargo le ofrezca para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo"; 17 julio 1990 (RJ 6727) en el caso del funcionario de un juzgado que confeccionó un auto por el que se dejaba sin efecto el procesamiento dictado contra una persona, quien "no actuó en el ejercicio de facultades que estuvieran, directa y especialmente, atribuidas a sus específicas atribuciones funcionariales,

Secretario judicial que modifique una resolución judicial, sin actuar en el ejercicio de sus funciones, sí aprovechará generalmente su condición de funcionario y las facilidades que la misma le brinda para acceder al documento que falsea. Por tal razón, si bien responderá por el ilícito previsto en el art. 392 CP, podrá aplicársele la agravante 7ª del art. 22 CP. Pero ni siquiera en todos los supuestos en que el sujeto activo de la falsedad sea un funcionario incompetente para emitir el tipo de documento específico puede hablarse de prevalimiento del carácter público - piénsese, v.gr., en el caso del Notario que redacta una sentencia judicial, que ni

por lo que no existió abuso o utilización indebida de sus específicas funciones (...). Sin embargo, el acusado utilizó su condición de funcionario y su actividad en la oficina judicial para confeccionar un documento amparado por la fe pública judicial (...)” por lo que se prevaleció del carácter público; 3 noviembre 1993 (RJ 8398) en el supuesto de una auxiliar de clínica que confecciona documentos de altas y bajas médicas falsos utilizando impresos y sellos que había sustraído aprovechando las facilidades que para ello le daba el ejercicio de su función “no abusó de su cargo, ya que los documentos no los expidió en el ejercicio - fuera jurídico, fuera del “facto”- del mismo, sino que se prevaleció de él para cometer con mayor facilidad algo que, al ser ejecutado fuera del ejercicio de su función, también podía haber realizado un particular”, por lo que sí concurre la agravante 10ª del art. 10 CP de 1973; 4 noviembre 1996 (RJ 8240) para la que el abuso del oficio “supone tanto como que la mutación de la verdad se realice dentro de la correspondiente actividad funcional y, por tanto, dentro de las tareas atribuidas a los mismos, sobrepasando los deberes de su cargo y vulnerando las funciones que le han sido atribuidas”. En contraposición, el TS ha considerado que el funcionario actuaba con abuso de su cargo y le ha aplicado la penalidad prevista en el art. 302 CP, entre otras, en SsTS 4 abril 1991 (RJ 2573) para el caso de un Notario que altera la fecha en una escritura de compraventa; 15 octubre 1993 (RJ 7529) para el Secretario de un Ayuntamiento que emitió una certificación en la que manifestó algo distinto de lo que contenía el documento original; 13 diciembre 1993 (9291) en supuesto semejante al anterior, aunque aquí condenando también como coautor al Alcalde; 24 enero 1995 (RJ 160) en que el Alcalde de una corporación local realiza una notificación oficial en la que simula la negativa a firmar su recepción por parte del destinatario; 4 noviembre 1996 (RJ 8240) en que se condena por falsedad del art. 302.4 CP de 1973 a la Secretaria de una Corporación local y al Alcalde que emiten una certificación y dan el visto bueno respectivamente de un acta que no se correspondía con el original, sino con dos actas existentes en el libro cuyos contenidos modifican en la certificación; 1 marzo 1997 (RJ 2325) para el médico funcionario que certifica la existencia de un estado agudo de bronquitis sin realizar comprobación alguna acerca de la veracidad de las manifestaciones de su paciente, en que la conducta se subsume en el art. 302.4 CP de 1973; 16 junio 1997 (RJ 4837) en un supuesto en que el Secretario de un Concejo emite una certificación para la constitución de un coto privado de caza en que se hace constar que todos los propietarios estaban de acuerdo cuando no era cierto, otorgando el visto bueno el Alcalde pedáneo; 31 marzo 1998 (RJ 2963) para el Secretario de Ayuntamiento que emite una certificación inveraz; 22 abril 1998 (RJ 3787) en un supuesto en que el Alcalde de un Ayuntamiento remite al Jurado Provincial de Expropiación un informe en el que hace constar afirmaciones inveraces.

En resumen, para el Tribunal Supremo no basta con que el sujeto activo sea funcionario para la aplicación del art. 302 CP de 1973, ni tampoco es suficiente que cuando comete la falsedad lo haga con el carácter de funcionario y prevaliéndose del ejercicio de la función pública que por su cargo desempeña. Es necesario además que por las normas reguladoras de la función pública o por disposición administrativa de la autoridad competente, le esté encomendado al funcionario el despacho, expedición, confección, certificación, etc..., del concreto documento. Si la falsedad no la comete en el ejercicio de la actividad concreta que tiene asignada, podrá, sin embargo, aplicarse la agravante 10.10ª CP de 1973 al tipo cometido -el previsto en el art. 303 CP de 1973- cuando la comisión de la falsedad se vea favorecida por el desempeño del cargo. Cfr. SsTS 15 febrero 1990 (RJ 1934); 4 abril 1994 (RJ 2867); 25 abril 1994 (RJ 3437); 18 noviembre 1994 (RJ 9021); 25 abril 1995 (RJ 2874); 5 junio 1995 (RJ 4519); 3 febrero 1997 (RJ 689); 26 mayo 1997 (RJ 4134).

siquiera ha de tener en su poder papel de oficio por su condición de Notario, y que en nada se diferencia del particular que realiza idéntica acción falsaria-.

Como consecuencia de lo referido hasta el momento, puede efectuarse una triple graduación punitiva en virtud del vínculo funcional que una al sujeto con el documento. En primer lugar, ha de calificarse la conducta conforme al art. 390 CP cuando sujeto activo de la maniobra falsaria sea un funcionario que tenga un ligamen jurídico con el documento consistente en la competencia para redactar uno del mismo tipo, pues actúa en ejercicio de sus funciones. En segundo lugar, procederá la aplicación del art. 392 CP, agravado por la circunstancia 7ª del art. 22 CP, en aquellos casos en que el funcionario, sin ser competente para la redacción del documento, esté unido al mismo por alguna relación jurídica distinta a la de su confección -el encargado de su custodia- o que por otras circunstancias tenga fácil acceso al documento en cuestión -así un oficial de justicia que falsifica una resolución judicial-. Por último, será de aplicación el art. 390 CP sin agravación cuando no exista vínculo alguno, ni jurídico ni material, entre el funcionario y el objeto material de la falsificación.

La necesidad de existencia de una determinada relación funcional o jurídica entre el autor y el objeto material del delito para la complitud del tipo previsto en el art. 390 CP constituye un dato a tener en cuenta en orden a fijar la relación que media entre este tipo y el comprendido en el art. 392 CP. Que la falsedad documental de funcionario en ejercicio de sus funciones constituye un delito especial es una cuestión que nadie pone en duda⁸⁶; las discrepancias se plantean, sin embargo, en relación con su consideración de delito especial propio o impropio. Mientras la mayoría de la doctrina considera que dicho delito es especial impropio⁸⁷, existe cierto sector que postula su naturaleza especial propia. Se argumenta en apoyo de esta segunda opción que la condición de funcionario no constituye en este delito sólo una causa de agravación, sino la misma razón de ser del ilícito,

⁸⁶Existen incluso autores que se refieren sólo a su condición de delito especial sin pronunciarse acerca de su consideración de propio o impropio. cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 641; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1751; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, op. cit., p. 121; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. II (2). Delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 777; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 324; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 78; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 261-262.

⁸⁷CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 303; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 315; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 233; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3667; LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1066. También en estudios generales acerca de la participación en delitos especiales: cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Ed. Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1966, p. 252; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho penal español*, Ed. Cymis, Barcelona, 1974, p. 52; BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Ed. Civitas/ Prensas Universitarias de Zaragoza, Madrid, 1995, p. 360; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Ed. Akal, Madrid, 1996, p. 170. También la STS 23 febrero 1990 (RJ 2096) o la de 19 diciembre 1990 (RJ 9567) afirma "desde luego el delito contemplado por el art. 302 es especial, ya que el sujeto activo del hecho típico ha de tener la consideración de funcionario público, y especial impropio, pues el art. 303 prevé la misma conducta realizada por particular". Sin embargo, la STS 1 marzo 1995 (RJ 1903) se refiere a la postura que lo considera especial propio, sin que el Tribunal tome abiertamente partido por ella. En STS 3 febrero 1997 (RJ 689) el Tribunal alude a la naturaleza especial sin hacer más distingos. En STS 1 marzo 1997 (RJ 2325) se dice que es delito especial propio de funcionario.

aquello que codetermina la antijuricidad, otorgándole un distinto contenido de injusto que al delito común⁸⁸.

Ciertamente la consideración del ilícito previsto en el art. 390 como delito especial propio o impropio tiene su importancia, dado que una u otra posición supondrá un determinado punto de partida para resolver las cuestiones relativas a la participación del no funcionario en el delito propio de funcionario o viceversa. No obstante, la complejidad del concepto de accesoriedad determina que, ni siquiera fijando la naturaleza especial propia o impropia del ilícito, la solución a las cuestiones planteadas en relación con la participación sea pacífica. Las distintas interpretaciones que los autores y la misma jurisprudencia efectúan del principio de unidad del título de imputación en la participación y el distinto alcance al mismo otorgado según cada concepción condicionan también la calificación pertinente. Ni siquiera la determinación de la naturaleza del ilícito es tarea sencilla, dado que tampoco es uniforme la doctrina en la distinción entre delito especial propio o impropio, por lo que la inclusión en una u otra categoría dependerá del concepto de que se parta.

Acerca de esta última cuestión, no obstante, pueden distinguirse dos grandes tendencias. La primera, mayoritaria, diferencia el delito especial propio del impropio atendiendo a que en el primero de ellos la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del ilícito. De tal manera, si esa calidad falta, el hecho sería atípico cuando el delito sea especial propio, mientras en el impropio dicha calidad tiene tan sólo virtualidad de atenuar o agravar la pena del autor por las razones que fueren -sea esto consecuencia de la existencia de un mayor o menor injusto o reprochabilidad-. En resumen, el delito será especial impropio o propio en función de que tenga correspondiente fáctico en un delito común o no respectivamente⁸⁹. La segunda de las tendencias, claramente minoritaria en la doctrina, es la sugerida por COBO/VIVES. Para estos autores el delito es especial propio o especial en sentido estricto cuando las particularidades del sujeto activo "pertenezcan al tipo de injusto de la infracción correspondiente", y especial impropio "cuando dicha condición del sujeto activo fundamente una punición distinta dentro del mismo tipo de injusto, pero sin afectar a su esencia"⁹⁰. Por consiguiente,

⁸⁸En tal sentido, BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 348, sobre la base de que autor de este delito sólo puede serlo un funcionario público, jamás un particular; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 339; cfr. de la misma autora, en relación con el nuevo Código penal, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 133.

⁸⁹De esta opinión, por todos, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho español*, op. cit., p. 32; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, pp. 252-253; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 206-207; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, op. cit., pp. 155-156, Ed. Civitas, Madrid, 1984; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, op. cit., pp. 304-305; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 1998, p. 290. En la doctrina alemana, como muestra, vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 240; JAKOBS, *Derecho penal. parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducc. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Ed Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 214, que distingue los delitos especiales en propios o impropios según que el deber especial fundamente o sólo agrave la penalidad; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, Verlag. C. H. Beck, München, 1992, pp. 211-212, quien, como es sobradamente conocido, denomina a los delitos especiales "delitos de deber" -*Pflichtdelikte*-, y los considera propios o impropios según que la cualidad del autor fundamente la imposición de la pena o sólo le otorgue mayor rigor o la agrave; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, op. cit., p. 41.

⁹⁰Cfr. COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, pp. 268-269; dichos autores mantienen su opinión también en la 4ª edición de su manual, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 326-327, en que admiten que pueda

caracterizan el delito de especial propio cuando el elemento en que se fundamenta dicha especialidad pertenece al injusto y de impropio cuando dicho elemento pertenece a la culpabilidad⁹¹.

Siguiendo la concepción minoritaria preconizada por COBO/VIVES habría de concluirse, como ya en otro lugar se ha hecho⁹², que el delito previsto en el art. 390 pertenece a la categoría de los especiales propios. Por contra, según la concepción mayoritaria, en tanto en cuanto las modalidades comisivas de la falsedad documental previstas en los núms. 1º, 2º y 3º del art. 390.1 tienen su correlato en el art. 392 CP, tendrán la estructura de un delito especial impropio, cualidad que no podrá predicarse de la incluida en el núm. 4º del mismo precepto, que habrá de calificarse de propio atendiendo a la ausencia de remisión al mismo tanto del art. 392 como del 395 CP⁹³. Quizá sea preferible, atendiendo a su mayor predicamento, adoptar esta segunda terminología, matizando la posición en otro momento adoptada, sin que ello suponga un cambio en la concepción del injusto propio del delito como un *aliud* en relación con el del previsto en el art. 392 CP. En puridad, poco importa la terminología utilizada si para resolver los problemas de participación del *extraneus* en delitos cometidos por *intraneus* se tiene en cuenta que la mayoría de modalidades comisivas contempladas en el art. 390 CP tienen su referente en un delito común.

C) El responsable de una confesión religiosa como sujeto activo de la falsedad documental

Junto al supuesto en que el autor del ilícito lo sea un funcionario o autoridad en el ejercicio de sus funciones, el núm. 2 del art. 390 CP pune, con la misma pena agravada del primer número del precepto, al “responsable de cualquier confesión religiosa” que efectúe cualquiera de las cuatro conductas falsarias. La actividad falsaria no ha de operarse sobre cualquier documento, sino solamente en relación con “actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil”.

La razón histórica del mantenimiento de este supuesto agravado -que encuentra su justificación en la tradicional llevanza de registros en las distintas parroquias⁹⁴ y, por consiguiente, en la función de documentadores desarrollada en

haber una figura correlativa común con el correspondiente delito especial sin que éste haya de dejar de ser considerado especial en sentido estricto.

⁹¹BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, op. cit., pp. 266-269, quien critica la posición de estos autores por colocar en el ámbito de la culpabilidad un elemento que la mayoría de la doctrina ubica en el tipo de injusto.

⁹²Atendiendo a que el injusto propio de la figura delictiva contenida en el art. 390 CP es superior a la del 392, habida cuenta de que en el primero, además de alterarse una de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, se está atentando contra el correcto funcionamiento de la Administración, considero que el art. 390 CP contenía un delito especial propio. Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, *Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código penal de 1995*, op. cit., p. 65.

⁹³En tal sentido se pronuncia, siguiendo a la doctrina mayoritaria, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 307-309.

⁹⁴De esta opinión, BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento público. Las conductas falsarias del art. 302 del Código penal*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 63. A este respecto conviene tener en cuenta que en el art. 1.6 del Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre asuntos jurídicos establecido entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, se establece que “El Estado español protege la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos pertenecientes a la Conferencia Episcopal Española, a las Curias episcopales, a las Curias de los Superiores Mayores de las Órdenes

otras épocas históricas por los párrocos o capellanes- explica las escasas variaciones que ha sufrido la dicción del precepto en relación al objeto material, y su subsistencia en parte del Derecho proyectado anterior a la aprobación del Código penal de 1995⁹⁵. Sin embargo, sí se opera una modificación en el art. 390 CP en relación con el 302 CP de 1973 al describir al sujeto activo. El nuevo Código penal deja de designarlo con la expresión “ministro eclesiástico”, pasando a llamarlo “responsable de cualquier confesión religiosa”.

El cambio producido, que para algunos salva la probable inconstitucionalidad del art. 302, pfo. 2º, CP de 1973⁹⁶, se ha visto forzado por la identificación entre la locución ministro eclesiástico con aquél que lo era de la religión católica⁹⁷. El sostenimiento de esta interpretación resultaba inconciliable con la configuración del Estado español como estado laico, con el reconocimiento de la libertad ideológica, religiosa y de culto como derechos fundamentales en nuestra Constitución, así como con lo previsto en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa⁹⁸ y en la normativa que de ella ha derivado⁹⁹. No obstante, que la nueva fórmula sea comprensiva del responsable de cualquier culto no se deduce tanto del uso de la palabra “responsable” cuanto del adjetivo “cualquier” aplicado a confesión, dado que en los acuerdos de cooperación entre el Estado y distintas

y Congregaciones religiosas, a las Parroquias y a otras Instituciones y Entidades eclesiásticas”.

⁹⁵El PrCP de 1980, contenía un párrafo segundo en su art. 419 con tenor exacto al del art. 302 CP de 1973; la PANCP de 1973 incluía en su art. 352.2 un ilícito semejante, aun cuando se refería al “eclesiástico” para describir al sujeto activo. No así el PrCP de 1992, también novedoso en esta cuestión, pues en sus arts. 376, 377 y 378, no se contiene referencia expresa alguna a las falsedades que los responsables de confesiones religiosas cometiesen en relación con los documentos que emitan. En este último cuerpo legal las conductas ahora previstas en el art. 390.2 CP habrían de reconducirse necesariamente a la falsedad en documento privado o en certificado cometida por particular, siempre y cuando el sujeto no entre dentro del concepto penal de funcionario.

⁹⁶En este sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 92.

⁹⁷Se muestran favorables a dicha parificación, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t. II (Parte especial)*, op. cit., p. 262; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 532; CALLE RODRÍGUEZ, *Teoría general sobre la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre la falsedad documental con especial referencia al documento mercantil*, op. cit., p. 722.

⁹⁸El art. 1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, parafraseando lo establecido en el art. 16 CE, prescribe “1. El Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley Orgánica. 2. Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad el desempeño de cargos funciones públicas”.

⁹⁹Además de los cuatro acuerdos de 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede -sobre asuntos jurídicos, sobre enseñanza y asuntos culturales, sobre la asistencia religiosa a las fuerzas armadas y servicio militar de clérigos y religiosos y sobre asuntos económicos-, ya existentes al promulgarse la mencionada Ley, en cumplimiento de lo establecido en el art. 7 de la misma, el Estado español procedió a celebrar acuerdos de cooperación con Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas que han alcanzado notorio arraigo en España. En concreto, dichos acuerdos son: el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) aprobado por Ley 24/1992, de 10 de noviembre; el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCI), aprobado por Ley 25/1992, de 10 de noviembre, y el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

confesiones religiosas no se usa la denominación “responsable”, ni siquiera se usa una terminología uniforme¹⁰⁰.

La modificación propiciada por la Constitución y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa en el tratamiento de las relaciones Iglesia-Estado debía pues plasmarse, entre otros ilícitos, en el tratamiento que el Código penal otorga a las falsedades cometidas por responsables de confesiones religiosas. La locución “cualquier responsable” ahora se refiere también a los de la religión musulmana, judía e islámica, además de a los de la católica. Aunque, contrariamente a lo que cabía esperar, la aconfesionalidad del Estado no ha conducido a un tratamiento de los sacerdotes o equiparados en los distintos cultos al mismo nivel que los particulares en el ámbito de la falsedad, sino a la ampliación de los posibles sujetos activos de la modalidad cualificada.

No se trata en este precepto de considerar a dichos responsables funcionarios, ni siquiera en el estricto ámbito penal, pues no gozan de la condición de tales. No cumplen los requisitos formales ni materiales incluidos en el art. 24 CP, ya que de ser así podría acudir al párrafo primero del art. 390¹⁰¹. Nos hallamos, pues, ante una equiparación entre ellos y los funcionarios tan sólo a efectos penológicos¹⁰².

Sin embargo, las diferencias entre los órdenes civil y eclesiástico no siempre han sido tan claras como tras la entrada en vigor de la Constitución. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo había llegado incluso a otorgar la consideración de funcionarios a los ministros de la religión católica¹⁰³, interpretación totalmente inadmisibles en la actualidad. Aunque tal disgregación del poder civil y el eclesiástico casa mal con la permanencia de este precepto, pues si bien es cierto que determinados documentos emanados por responsables de confesiones religiosas tienen acceso directo a determinados registros públicos, también esto puede afirmarse respecto de otros particulares -como los secretarios de sociedades

¹⁰⁰En el Acuerdo celebrado entre el Estado y la FEREDE, aprobado por Ley 24/1992, se utiliza la denominación “ministros de culto”; la misma que se incluye en el Acuerdo entre el Estado y la FCI, aprobado por Ley 25/1992. Sin embargo, en el acuerdo entre el Estado y la Comisión Islámica de España se designa a los responsables con el nombre de “Imanes” o “dirigentes religiosos islámicos”.

¹⁰¹En ocasiones, los profesionales de la religión pueden ostentar al mismo tiempo la condición de funcionarios, así los pertenecientes al cuerpo de Capellanes castrenses o los profesores de religión en centros de educación estatales. A los primeros se refiere el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asistencia religiosa a las fuerzas armadas y servicio militar de clérigos y religiosos, así como en la Orden de 25 de agosto de 1942, por la que se aprueba el Reglamento provisional del Cuerpo Eclesiástico del Ejército, el Decreto de 26 de julio de 1978, sobre competencias y adscripciones del Vicario General Castrense en el Ministerio de Defensa y la Orden de 22 de noviembre de 1978 sobre estructura y funciones. A los segundos se dedica el acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, en concreto los arts. II y III. Sobre la consideración a efectos penales de funcionarios de estos responsables de confesión religiosa vid. también RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 1128.

¹⁰²También de esta opinión, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 94-95.

¹⁰³Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 11ª edición revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 1988, p. 1128, crítico con esta asimilación; cita las SsTS 12 diciembre 1985, referida a los arzobispos; 16 diciembre 1886, 4 junio 1985 y 19 marzo 1899, en relación con los obispos; 14 enero 1920, 21 enero 1944, para los párrocos; 6 julio 1899, referida a los provisos y 9 marzo 1908 en relación con el rector de un Seminario Conciliar. Igualmente disconformes con la ampliación desmesurada del concepto de funcionario público que tal equiparación supondría, con cita asimismo de doctrina jurisprudencial, se muestran QUERALT, *El concepto penal de funcionario público*, op. cit., p. 480; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por Funcionario Público*, op. cit., p. 77, nota 163.

que efectúan actas y certificaciones- cuya sanción penal no se equipara a la del funcionario en caso de cometer falsedad. En realidad, no existe razón alguna que justifique este tratamiento punitivo más gravoso para los responsables de confesiones religiosas en relación con otros sujetos privados que ejercen las veces de documentadores, puesto que ni son funcionarios públicos ni, consecuentemente, los documentos por ellos emitidos pueden ser considerados públicos u oficiales¹⁰⁴. Quizá lo más conveniente hubiese sido, por tanto, la supresión de la equiparación¹⁰⁵. Ello sin perjuicio de que, si como parece, el legislador hubiese querido mantener la relevancia penal de la falsedad ideológica por ellos cometida, lo hubiese hecho creando un artículo *ad hoc* o incluyendo expresamente a estos sujetos activos entre aquellos profesionales que pueden librar certificados falsos en el art. 397 CP.

No sólo es necesario ser responsable de una de las confesiones religiosas con las que el Estado ha contraído acuerdos para que pueda cometerse el ilícito, sino que la acción falsaria ha de recaer necesariamente sobre un determinado tipo de documentos que el precepto describe y que son “actos y documentos que pueden producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil”.

Debe entenderse por “orden civil”, de conformidad con CÓRDOBA RODA¹⁰⁶, el integrado por las normas de Derecho civil, constituyendo el estado civil de las personas un sector específico de ese orden. Tampoco la dicción del precepto en lo relativo al objeto material sobre el que ha de recaer la falsedad documental es acertada, por demasiado amplia. Dada la falta de cualificación del sujeto activo para ser equiparado en penalidad al funcionario, la subsistencia del precepto sólo puede justificarse por el reconocimiento de efectos jurídicos de documentos emitidos por los responsables de confesiones religiosas en el Ordenamiento civil. Dicha eficacia sólo puede predicarse de dos tipos concretos de escritos, que son las certificaciones de matrimonio expedidas por ministros de aquellas confesiones que tienen firmado un acuerdo de cooperación con el Estado y la figura del testamento ante párroco al que determinados Derechos civiles forales reconocen expresamente validez¹⁰⁷.

Solamente la certificación o acta de matrimonio religioso expedida por responsables de la iglesia católica¹⁰⁸, o la certificación de capacidad matrimonial

¹⁰⁴Excepción hecha de las partidas o certificaciones de nacimiento, de matrimonio y de defunción dadas con arreglo a los libros de los párrocos, que tienen la consideración de documento público según el art. 596.6º LEC. Sobre la crítica del mantenimiento de tal consideración vid. supra epígrafe dedicado al estudio del concepto de documento público y oficial.

¹⁰⁵En este sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 100; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 234, para quien no es justificable la equiparación ni por el objeto ni por la cualificación del sujeto.

¹⁰⁶Vid. CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 810.

¹⁰⁷En el mismo sentido FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 95-99.

¹⁰⁸El art. VI.1 del Acuerdo entre el Estado Español y la Sana Sede sobre asuntos jurídicos establece el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de Derecho canónico, para lo que será necesaria la inscripción del mismo en el Registro Civil, que se efectuará con la presentación de la correspondiente certificación eclesialística. En el Protocolo final del acuerdo se contiene el procedimiento para efectuar dicha inscripción, que consiste en que, una vez celebrado el matrimonio, el sacerdote ante el que se celebre hará entrega a los esposos de la misma. En caso de que el matrimonio no haya sido inscrito por los interesados, será el párroco quien, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil el Acta del matrimonio canónico para su inscripción.

diligenciada de las iglesias pertenecientes a la FEREDE¹⁰⁹, de las integradas en la FCI¹¹⁰ y de las incluídas en la Comisión Islámica de España¹¹¹ tienen acceso directo al Registro Civil¹¹², puesto que sólo a los matrimonios religiosos celebrados por los ritos propios de estas confesiones se les reconocen efectos civiles¹¹³.

El testamento ante párroco constituye una figura tradicional que algunos Derechos autonómicos han mantenido. El Derecho civil catalán es uno de los que aún mantiene el "*testament davant rector*"¹¹⁴. De conformidad con lo que establecen los arts. 117 a 119 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprueba "*el Codi de Successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya*", se admite la posibilidad de otorgar este tipo de testamento en aquellas localidades en las que no exista Notaría. Adopta la forma de testamento o codicilo abierto ante Notario, a presencia de dos testigos idóneos, y debe protocolizarse para tener validez, bien en vida del testador presentado por el párroco o su sucesor para su protocolización, bien muerto el testador presentado por cualquier persona, sin que pueda expedirse copia del mismo antes de su protocolización.

Sólo en los documentos a que aquí se ha hecho referencia cabe aplicar el supuesto agravado de la falsedad documental, no en aquellos otros que puedan emitir representantes de cualquier confesión religiosa, generalmente referidos al estado civil de las personas. En consecuencia, las certificaciones de nacimiento o

¹⁰⁹El art. 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España reconoce también efectos civiles al matrimonio celebrado por ministros del culto de iglesias pertenecientes a tal federación cuando se haya inscrito en el Registro civil. En este precepto, además de introducir normas relativas al expediente previo al matrimonio y a la forma que ha de revestir la ceremonia, establece en el núm. 5 que "Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá, en la certificación de capacidad matrimonial, diligencia expresiva de la celebración del matrimonio que contendrá los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos. Uno de los ejemplares de la certificación así diligenciada se remitirá, acto seguido, al encargado del Registro civil competente para su inscripción, y el otro, se conservará como acta de la celebración en el archivo del oficiante", pudiendo inscribirse en cualquier momento a partir de entonces. Ha de tenerse en cuenta que la mencionada certificación de capacidad matrimonial la extiende, por duplicado, el encargado del Registro Civil, según el art. 7.2 del acuerdo, y es sobre ambos duplicados sobre los que el ministro diligencia acerca de la celebración del matrimonio, siendo que éste ha de celebrarse en un periodo máximo de seis meses después de extendida la certificación por el encargado del Registro.

¹¹⁰El art. 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado según la propia normativa formal israelita en los mismos términos y con el mismo procedimiento descrito en la cita precedente.

¹¹¹El art. 7 del Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación con la Comisión Islámica de España reconoce efectos civiles al matrimonio según la forma religiosa establecida en la Ley islámica del mismo modo que en las dos formas anteriores.

¹¹²El art. 256 Reglamento del Registro civil dice: "A salvo de lo dispuesto en el artículo 63 del Código civil y en los artículos 239, 252 y 255 de este Reglamento, se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española, los matrimonios que consten por cualquiera de los documentos siguientes: (...) 2.º Certificación expedida por la Iglesia o confesión, cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la Ley española. (...)".

¹¹³A este respecto el art. 63, pfo. 1º, establece "La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la Legislación del Registro Civil".

¹¹⁴También en la Compilación de Derecho civil de Aragón y en la Compilación de Derecho foral de Navarra se prevé esta figura. Vid., sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 98-99.

de bautismo habrán de tener el mismo tratamiento, en cuanto a su posible falsificación, que cualquier otro documento privado.

Para concluir con el análisis de este precepto, tan sólo destacar algunos de los inconvenientes que su tipificación expresa puede comportar. En primer lugar, y a diferencia de lo que ocurre con la falsedad del funcionario, no se exige ningún vínculo específico entre el autor del documento y este mismo¹¹⁵. El sinsentido en el mantenimiento del precepto es mayor teniendo en cuenta que el abanico de sujetos activos puede ser más amplio que el previsto en el primer párrafo del precepto. Dicha ampliación en relación con una infracción penal en que la agravación punitiva está justificada por el mayor contenido de injusto que comporta no puede mantenerse en la tipología que ahora se estudia, dado que con la actividad falsaria desarrollada en uno de estos documentos eclesiásticos no se afecta al buen funcionamiento en la Administración pública, sino solamente a las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, como en el caso en que el autor de la falsedad sea cualquier particular. Por ello, aun cuando el precepto no lo diga, siguiendo la línea interpretativa mantenida en el epígrafe precedente, será necesario para ser sujeto activo de este delito tener competencia para extender uno de estos documentos. Si bien puede no ser competente en el caso concreto, sí ha de poder confeccionarlo en abstracto; bien por tener capacidad para oficiar un determinado tipo de matrimonio religioso, o por tenerla para documentar el testamento que el causante decida¹¹⁶.

De lo ahora dicho se deriva el segundo de los grandes inconvenientes: ¿conforme a qué precepto habrá de calificarse la conducta del religioso absolutamente incompetente para realizar los mencionados escritos o la del particular que sobre ellos efectúe alguna de las conductas que en el art. 390 CP se prevén?. Independientemente de la posibilidad de que tal acción pueda constituir tentativa de falsedad en documento público¹¹⁷, en tanto en cuanto aquí no se ha admitido la discutible doctrina jurisprudencial del documento público u oficial por incorporación -lo que podría conducir a la aplicación del art. 392 CP-, la única posibilidad de incriminación de tales conductas la constituye el delito de falsedad en documento privado. Aunque no debe olvidarse que el art. 395 CP exige la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, cual es el “ánimo de perjudicar a otro”, cuya ausencia provocaría la irrelevancia penal de la conducta al menos como falsedad documental. De ahí que una misma acción falsaria, que en igual medida afecta al bien jurídico protegido en la falsedad documental, puede oscilar entre ser falsedad equiparada a la de funcionario público, con pena de prisión que puede llegar a los seis años, y la impunidad en función del sujeto que la cometa.

En conclusión, la dificultad de integración de este precepto en el sistema de la falsedad documental previsto en nuestro Código penal, así como la ausencia de razón jurídica que justifique la agravación punitiva que supone, abogan por su supresión. No conviene, ni por causas jurídicas ni político-criminales, la supervivencia de un precepto que prevé un supuesto específico de falsedad sobre “documentos confesionales”, a añadir a las ya existentes falsedades sobre

¹¹⁵CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 810, criticaba que el art. 302, pfo. 2º, CP de 1973, no incluyese asimismo la locución “abusando de su oficio”, para evitar que eclesiásticos que no tuviesen relación con el documento en cuestión pudiesen considerarse autores del mismo.

¹¹⁶Parece también defender una interpretación restrictiva del precepto similar a esta ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 232, cuando dice que “(...)han de concurrir en las falsedades producidas por los Ministros eclesiásticos idénticos requisitos a los recabados para los funcionarios públicos”.

¹¹⁷Esta posibilidad se plantea porque constituyen documentos dirigidos generalmente a fundamentar una inscripción registral o al levantamiento de un acta de protocolización, que sí constituyen documentos públicos.

documento público-oficial, mercantil y privado, que plantea problemas de autoría e incluso de participación como los que éste supone.

1.1.2- *La falsedad documental cometida por particular: sujeto activo del art. 392. El doble concepto penal de falsedad.*

El artículo 392 CP constituye la traducción al particular de las conductas falsarias que sobre un documento público, oficial o mercantil puede efectuar un funcionario público. No constituyen objeto material del delito, sin embargo, los documentos con efecto en el estado de las personas o en el orden civil que realicen los responsables de cualquier confesión religiosa, dado que tales objetos materiales -según la opinión aquí sostenida- no tienen la naturaleza de públicos, oficiales o mercantiles.

Se tome como tipo básico la falsedad cometida por funcionario, al ser la que define las conductas incriminadas, o la del particular -pues ya se afirmó que la decisión dependía del tipo del que se partiese como punto de partida¹¹⁸-, lo cierto es que el art. 390 CP positiviza un delito especial cuyo homólogo común viene recogido en el art. 392 CP¹¹⁹. Ello, por supuesto, salvando la circunstancia de que se considerase que autor de este delito, a *sensu contrario*, sólo puede serlo el “no funcionario en ejercicio de sus funciones”, lo que conduciría necesariamente a la consideración de especial del delito previsto en el art. 392 en relación con el del 390 CP. Se instauraría así una suerte de especialidad recíproca entre ambos ilícitos¹²⁰, una relación formal de exclusión, que tendría traducción inmediata en el tratamiento de las cuestiones de autoría y participación.

En orden a determinar el sujeto activo de la figura delictiva que aquí se analiza, resulta decisiva la interpretación otorgada a la locución “en ejercicio de sus funciones” contenida en el art. 390 CP¹²¹. Si para que el funcionario actúe en el ejercicio de sus funciones se requiere la existencia de un vínculo funcional jurídicamente determinado entre éste y el documento en virtud del cual sea competente en abstracto para emitir o confeccionar un documento del tipo de que se trate, puede afirmarse que sujeto activo del ilícito previsto en el art. 392 CP

¹¹⁸De semejante opinión, JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 488, quien resuelve que da igual tomar como referencia uno u otro tipo, ya que el problema se resuelve con aumentar o disminuir la pena según de donde se parta.

¹¹⁹Se refiere al delito previsto en el art. 302 CP de 1973 atribuyéndole la naturaleza de común GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 339.

¹²⁰Una operación interpretativa semejante esta la efectúa GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., p. 278, en la relación existente entre los tipos de homicidio y parricidio, cuando critica la tesis dominante que resuelve la cuestión de la participación de un *extraneus* en el delito de parricidio rompiendo el título de imputación, sobre la base de que “del extraño que interviene en un parricidio se dice que lo hace en un homicidio, a pesar de que los presupuestos típicos (muerte de un extraño por un extraño) de ese delito no existen”. Para PEÑARANDA, *Concurso de Leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de unidad en el título de imputación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 39 y ss, lo que aquí se ha denominado relación de especialidad recíproca, se denomina “relación mútua de exclusión” en la relación de especialidad, frente a la relación de inclusión que él mantiene en dicha obra, *passim*, como idea rectora de la que partir para solventar los problemas de participación en el concurso de leyes. También como relación lógica de inclusión concibe la relación de especialidad GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *materia* y *concurso de leyes penales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995, p. 321, quien asimismo critica, en pp. 106 y ss., la concepción de la especialidad mantenida por Gimbernát como relación de exclusión formal y las consecuencias que tal entendimiento conlleva en el tratamiento de los casos de error.

¹²¹En este sentido, BENÉYTEZ MERINO, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal comentado*, op. cit., p. 559, en relación con el “abusando de su oficio” del art. 302 CP de 1973.

podrá serlo no solamente el particular, sino también el funcionario que no obre en ejercicio de sus funciones, con eventual aplicación de la agravante de prevalimiento del cargo público¹²², cuando su condición de funcionario determine mayor facilidad en la comisión. Ahora bien, tal como ya se apuntó, la agravante séptima del art. 22 CP no será de aplicación automática siempre que el sujeto activo sea un funcionario o autoridad¹²³, sino sólo en aquellos supuestos en que, por las circunstancias en que se comete el hecho, pueda afirmarse que ha tenido relevancia la condición de funcionario del autor¹²⁴. Ha de constatarse, por tanto, el efectivo aprovechamiento de la condición en el supuesto concreto para hablar de prevalimiento.

Nótese que con la concreción del sujeto activo en el delito previsto en el art. 392 CP no se pretende configurar éste en relación con el contenido en el art. 390 CP como compartimentos estanco, sino sólo delimitar el precepto en que preferentemente ha de subsumirse la conducta dependiendo de las características del autor. Esto no es óbice para el entendimiento de que el tipo del art. 392 CP sea más amplio, por lo menos en relación con las tres primeras modalidades comisivas, que el del art. 390 CP. Dicha aseveración se demuestra teniendo en cuenta que autor de la falsedad del art. 392 CP puede serlo también un funcionario o autoridad¹²⁵, incluso actuando en ejercicio de sus funciones, sobre todo si se

¹²²Ya VIADA, *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 412, se mostró partidario de esta opción. Cfr. más recientemente, por todos, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 347; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t. II (Parte especial)*, op. cit., pp. 261-262; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 531; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 984; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 884; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 130; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 114-115; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1059; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 636; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 348; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 241; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 529; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial. II (2). Delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 777; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3705.

¹²³De otra opinión, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 147, según quien "(...)la falsedad perpetrada por funcionario no competente desvirtúa la tipicidad del art. 302 para engendrar la del 303, en la que no sólo es posible, sino obligada la apreciación de la agravante de prevalimiento" (sin cursiva en el original).

¹²⁴Gran parte de la doctrina asume implícitamente esta posición al referirse a la "eventual" aplicación de la agravante de prevalimiento del carácter público. Expresamente, sostienen que no en todos los casos en que el autor sea un funcionario cuya conducta se subsume en el art. 392 CP ha de verse afectado por la aplicación de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 246; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 116-117, quien llama la atención sobre la necesidad de un examen de cada caso para decidir la aplicación de la agravante, criticando la generalidad con la que en ocasiones el Tribunal Supremo la ha aplicado, y concluyendo que "Será necesario estar a cada caso concreto. El sujeto cuyo oficio sea de índole pública, pero cuya actuación falsaría venga determinada por un móvil particular, al margen absolutamente de cualquier posible utilización de esa función, no cabe predicar que se "prevalga", con lo que su conducta será la de un simple particular subsumida en el art. 392 CP". No parece, sin embargo, que el móvil sea lo determinante para aplicar la agravante, sino más bien las condiciones objetivas en que la conducta se lleva a cabo.

¹²⁵Así GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 339, utiliza el argumento de que también el funcionario puede ser autor del injusto tipificado en el art. 302

considera que la falsedad en documento mercantil no está contenida en el art. 390 CP¹²⁶.

Junto a la cuestión de la determinación del sujeto activo en este delito, otro de los problemas que se habían planteado, máxime a la vista de la anterior regulación de la falsedad, era la posibilidad de que el particular pudiese cometer todas y cada una de las modalidades comisivas incluidas en el art. 302 CP de 1973. Con la nueva tipificación de las modalidades comisivas prevista en el art. 390 CP gran parte de las dudas suscitadas con anterioridad se han despejado¹²⁷ al huirse de la casuística en la redacción del precepto. No se incluyen ya supuestos tan concretos como la expedición de copias fehacientes o la intercalación de escrituras públicas en protocolos, registros o libros oficiales. Sin embargo, existen otras modalidades comisivas, aún subsistentes en la nueva regulación de las falsedades documentales, cuya posible comisión por el particular se había puesto en duda.

Ante cualquiera de los argumentos que, vigente la nueva regulación, puedan aún seguirse manteniendo, ha de tenerse en cuenta que el único supuesto en que el legislador ha renunciado a la posible autoría por particular es el previsto en el art. 390.1.4º CP -el faltar a la verdad a la narración de los hechos-, en todos los demás el art. 392 remite a las modalidades que el art. 390 CP incluye.

Además de las dudas de acoplamiento de la falsedad cometida por particular a las modalidades comisivas previstas arriba planteadas, que ya no suponen problemas en la actual previsión de las falsedades, se ha discutido que el

CP de 1973 para fundamentar su opinión de que “la condición de funcionario no es causa especial de agravación del injusto tipificado en el art. 302”.

¹²⁶Un sector de la doctrina considera que el funcionario público sólo puede cometer el tipo previsto en el art. 390 CP o 302 CP de 1973 cuando el objeto sobre el que recaiga la acción falsaria sea un documento público u oficial. Dicha cuestión se plantea porque, frente a la concreción del objeto material de la falsedad en el art. 392 CP- que se refiere a documentos públicos, oficiales y mercantiles- el art. 392 no contiene ninguna referencia al tipo de documento sobre el que la conducta falsaria se opera, a salvo de la rúbrica del capítulo, que incluye a los documentos públicos, oficiales, mercantiles y los despachos transmitidos por los servicios de telecomunicación. Por nuestra parte, parece difícil concebir falsedades cometidas por funcionarios públicos sobre documentos mercantiles -que no sean públicos u oficiales- en el ejercicio de sus funciones, habida cuenta de la vinculación jurídica que ello exige, sobre todo en consideración a la amplia definición de documento público contenida en el art. 596.3 LEC. En parecido sentido, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 309, para quien los documentos mercantiles no pueden incluirse en el art. 390 CP, pues “si un funcionario en el ejercicio de sus funciones comete falsedad en documentos mercantiles, pero será el supuesto en que éstos no puedan ser calificados asimismo de públicos u oficiales (...)”.

¹²⁷A la vista de la tipificación casuística que establecía el art. 302 CP de 1973, un sector de la doctrina discutía la posibilidad de que la falsedad descrita en el núm. 7 -dar copia fehaciente de un documento supuesto o manifestado en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero- o en el núm. 8 -intercalar cualquier escritura en un protocolo, registro o libro oficial- del art. 302 CP de 1973 pudieran ser cometidas por particular. En este sentido, GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 910; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 349 y 350, en que no admite que el particular pudiera cometer por sí solo la falsedad contenida en el núm. 7 del art. 302, salvo que se tratase de falsedad en documento mercantil, en que el particular podría cometer cualquier de las formas previstas en el precepto; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 803, en relación con los núms. 4 y 7 del art. 302. Tampoco en las falsedades sobre documento privado, a las que se refieren los arts. 395 CP o 306 CP de 1973, eran admisibles los supuestos comisivos previstos en los núms. 7 y 8 del art. 302. Vid. sobre esta cuestión VIADA, *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, op. cit., p. 425; PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, op. cit., p. 307; QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op.cit., p. 48; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 285-286.

particular pueda simular un documento público, oficial o mercantil total o parcialmente de manera que induzca a error sobre su autenticidad. El argumento fundamental para sostener tal imposibilidad, de carácter gramatical, descansa en la dicción del art. 303 CP de 1973 -igual a la del art. 392 CP en este extremo- cuando, junto a la clase de documentos sobre los que la falsedad puede recaer, incluye la preposición “en”. Es decir, si la simulación de documento supone la creación de un documento *ex novo*, difícilmente podrá incluirse tal conducta cuando el precepto habla de que la falsedad se produzca “en” documento público, oficial y mercantil, o lo que es lo mismo, sobre un documento de una de estas clases ya existente¹²⁸, además de que el particular jamás podría crear un documento público u oficial¹²⁹. Ninguna duda cabe de que el no funcionario no puede otorgar documentos públicos u oficiales válidos, puesto que no se ha admitido aquí la interpretación de este tipo de documentos por destino como defiende la jurisprudencia. Sin embargo, lo que sí puede hacer el particular, y lo que en realidad criminaliza el tipo, es la creación de la apariencia de un documento público u oficial, independientemente de que ese documento sea inválido por carecer de los requisitos esenciales -legitimación del sujeto activo- para su otorgamiento. Lo fundamental será, pues, su aptitud para inducir a error sobre su autenticidad, que en este caso supondrá también su idoneidad para llevar a engaño acerca de su propia naturaleza de documento emitido por funcionario competente. Tampoco el uso de la preposición “en” puede vedar esta posibilidad, puesto que en el precepto dicha partícula tiene sólo la misión de indicar el tipo de documento sobre el que puede recaer la falsedad o que puede resultar de dicha falsedad al objeto de diferenciarlo de la falsedad en documento privado. La simulación total supone la creación *ex novo* de un documento cuyo autor real no se corresponde con el aparente, cosa que ocurre tanto si el particular redacta un auto de sobreseimiento imputando su confección a un determinado Juez o Magistrado, como si libra un cheque con cargo a una cuenta corriente de la que no es titular, sustituyendo a quien estaba legitimado para hacerlo¹³⁰. La afectación primordial a la función de garantía que el documento

¹²⁸En tal sentido, CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 889 y 890; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 248, quien advierte que en estos casos puede irse a otros delitos, como la estafa, y aun cuando la conducta quede impune no puede suplirse el descuido del legislador por el aplicador de la ley.

¹²⁹Cfr. ORTS, *ibidem*.

¹³⁰Tampoco la jurisprudencia ha tenido ninguna duda a la hora de calificar por el art. 302.9 CP de 1973 los supuestos de creación *ex novo* de documentos falsos, ya fueran públicos, oficiales o mercantiles. A título de ejemplo, vid. SsTS, 21 noviembre 1984 (RJ 5940) en un supuesto en que se crea un talón bancario falso; 22 marzo 1985 (RJ 2019) en un caso en que se crea una certificación apócrifa acreditativa de haber satisfecho cuotas de la Seguridad social; 12 noviembre 1986 (RJ 6941) en que se confecciona un permiso de conducir falso; 7 octubre 1987 (RJ 7251) en que se crean recetas falsas de la Seguridad Social; 30 abril 1988 (RJ 2920) para la creación de un certificado falso de antecedentes penales; 24 mayo 1989 (RJ 4252) en un supuesto en que se crea un certificado de características técnicas apócrifo de un vehículo para conseguir la matrícula del mismo; 6 febrero 1990 (RJ 1173) creación de un certificado apócrifo supuestamente emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social acerca del pago de unas cuotas adeudadas por un empresario; 18 octubre 1991 (RJ 7303) para la confección de un certificado de estudios falso, en que el Tribunal se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de comisión de esta conducta por particular sobre la base de que no es querido por la Ley el hecho de que una alteración en un determinado documento pueda provocar el nacimiento de un delito de falsedad mientras la confección del mismo documento enteramente falso sea un hecho penalmente atípico, de ahí que baste “la construcción de un documento aparencialmente público”; 29 junio 1992 (RJ 5557), en que el Tribunal vuelve a pronunciarse expresamente sobre la posible comisión por particular; 26 noviembre 1993 (RJ 8824) en la falsificación de un permiso de conducir; 2 diciembre 1994 (RJ 10095) para la falsificación de impresos justificantes de haber efectuado ingresos con el sello legítimo de la sección de recepción de

desempeña en el tráfico no es menor en el primero que en el segundo de los casos¹³¹.

También respecto a las modalidades previstas en actual núm. 3 del art. 390.1 -el suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuir a las que lo han hecho declaraciones o manifestaciones distintas a las realizadas-, se ha puesto en entredicho la posibilidad de comisión por el particular¹³². Ciertamente, como ya se dijo¹³³, el particular sólo podrá cometer esta modalidad comisiva como autor inmediato respecto de aquellos documentos en los que pueda actuar como receptor de declaraciones que terceros hacen y que debe escriturar, en que hace las veces de fedatario privado¹³⁴. Dicha situación sólo se produce en ciertos supuestos de confección de documentos mercantiles, así en el levantamiento de actas de reuniones en el seno de sociedades mercantiles por parte del secretario¹³⁵. Sólo en los casos en que el particular desarrolle una función documentadora semejante a la de aquellos funcionarios que tienen como cometido documentar, con fuerza probatoria privilegiada, las declaraciones que los comparecientes realizan en su presencia, puede hablarse de la comisión de esta

documentos de la correspondiente delegación de Hacienda; 19 enero 1995 (RJ 570) falsedad de permiso de conducir; 17 mayo 1996 (RJ 3835) para la creación de contratos de trabajo apócrifos, certificados de estudios de academias inexistentes e impresos de cotización a la Seguridad Social TC-1 y TC-2 falsos con la finalidad de conseguir permisos de trabajo y residencia; 14 febrero 1997 (RJ 1284) falsificación de la ficha del examen teórico para la obtención del permiso de conducir; 7 noviembre 1997 (RJ 7844) confección de facturas por servicios no prestados; 30 enero 1998 (RJ 3757) confección de contratos de trabajo falsos; 14 abril 1998 (RJ 3776) documentos de identidad y pasaportes falsos.

¹³¹La mayoría de la doctrina no ha mostrado, por lo menos expresamente, la improcedencia de esta previsión legal. Incluso hay autores que se han manifestado abiertamente partidarios de que el particular pueda cometer simulación. Vid. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 348.

¹³²De tal opinión, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 348-349, para quien las conductas previstas en el art. 302.2 y 3 CP de 1973 no podría cometerlas el particular en documento público u oficial, aunque sí en el mercantil, si bien admite aquellos casos podrían incluirse en el núm. 4 del mismo artículo. En parecido sentido ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1754, en relación con que resulta dudoso que el particular pueda ser sujeto activo de la falsedad prevista en el art. 390.1.3º CP en documento público.

¹³³Vid. supra cap. II, apartado 2.1.3.A).

¹³⁴Por ello no puede utilizarse esta modalidad para incriminar conductas que, ante la irrelevancia penal de otras falsedades ideológicas cometidas por particular en el nuevo Código penal, habrían de tener acomodo en la modalidad prevista en el núm. 4 del art. 390.1 CP, peligro subsistente teniendo en cuenta la amplia interpretación que la jurisprudencia ha efectuado del art. 390.1.3º CP. En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, *Facturas y documentos mercantiles o societarios de contenido falso*, op. cit., 1997, p. 2; BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 1, quien alude al peligro de superposición de esta modalidad con la del núm. 4 del art. 390; VILLACAMPA ESTIARTE, *Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código penal de 1995*, op. cit., p. 60.

¹³⁵Solamente para estos supuestos justifica parte de la doctrina el mantenimiento de esta falsedad ideológica del particular. Vid. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1737; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 134, para quien la única razón del mantenimiento de esta modalidad es de naturaleza político-criminal "basada sólo en la necesidad que representa el no dejar impunes estas conductas cuando la fehaciencia de la declaración documental depende de la intervención de personas particulares que en tales ocasiones también pueden desempeñar labores de fedatarios"; GÓMEZ BENÍTEZ, *Facturas y documentos mercantiles o societarios de contenido falso*, p. cit., p. 2, quien, además de considerar lógica la pervivencia de esta modalidad, manifiesta que, en caso de que la conducta pudiese además incluirse en la falsedad societaria del art. 290.1 CP, debería aplicarse esta última en virtud del principio de especialidad contenido en el art. 8.1ª CP.

específica falsedad. Por tratarse de una modalidad falsaria de carácter ideológico, y que altera fundamentalmente la función probatoria del documento -aun cuando afecta en cierto modo a la autenticidad de las declaraciones en él contenidas- su comisión es necesariamente coetánea a la confección del documento. De ahí que, en tanto que un particular nunca puede estar legitimado para confeccionar documentos públicos u oficiales, no cabrá que realice esta modalidad delictiva respecto de ellos como autor inmediato. Otra cosa será que utilice al funcionario competente como instrumento, convirtiéndose entonces en autor mediato¹³⁶. Cuando como autor inmediato realice algún tipo de maniobra falsaria sobre un documento que contenga declaraciones que otros manifiestan ante un documentador funcionario -sobre documento público, por tanto-, bien porque modifique el documento ya existente bien porque confeccione uno atribuyendo su autorización al respectivo funcionario, la conducta será subsumible en la alteración o en la simulación de documento, pero nunca en la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.3º CP.

Íntimamente relacionada con la posible comisión de la modalidad prevista en el art. 390.1.3º CP, en tanto en cuanto se trata de una falsedad ideológica, se encuentra la admisión de la comisión por particular de la acción descrita en el art. 390.1.4º CP, del faltar a la verdad en la narración de los hechos. En relación con ella el Código penal de 1995 supone una modificación sustancial comparada con la regulación que los textos punitivos anteriores contenían sobre esta cuestión, puesto que tanto el art. 392 como el 395 CP, en la remisión que, para determinar su conducta típica, establecen a las modalidades comisivas del art. 390, excluyen el número 4 del art. 390.1 CP. La remisión ha dejado de ser *in totum*. En puridad, el paso a esta remisión parcial de los preceptos que regulan las falsedades de particulares en documentos públicos, oficiales y mercantiles y la falsedad en documento privado supone la instauración implícita, por parte del legislador, del principio general de irrelevancia penal de la falsedad ideológica del particular. Ello no supone, sin embargo, que estos sujetos no puedan cometer falsedades ideológicas en determinadas ocasiones y en relación con ciertos tipos de documentos, sino que se ha llegado al convencimiento de que tales conductas sólo son inculcables en bloque y con carácter general, cuando quien las cometa sea un funcionario competente para emitir documentos con fe pública o fuerza probatoria privilegiada y sólo respecto de aquellos extremos de los que pueda predicarse dicha fuerza probatoria.

Ciertamente, la falsedad ideológica del particular no se ha desterrado completamente en el nuevo Código penal, así pueden verse figuras falsarias que afectan primordialmente a la función probatoria que el documento desempeña en la anteriormente citada modalidad del art. 390.1.3º CP, o en la falsedad en certificado emitido por facultativo del art. 397. Incluso fuera del capítulo dedicado a la regulación de las falsedades documentales, el legislador prevé determinadas falsedades ideológicas¹³⁷, así las falsedades societarias del art. 290 CP¹³⁸, las

¹³⁶Sobre esta cuestión vid. infra tratamiento autoría mediata del *extraneus* en la falsedad.

¹³⁷En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, *Facturas y documentos mercantiles o societarios de contenido falso*, op. cit., p. 2, para quien "(...) el nuevo Código penal ha seguido la tendencia político-criminal de evitar en lo fundamental la punición de los particulares que documentan meras declaraciones mendaces, salvo las contenidas en el art. 390.3, sin renunciar, no obstante, a la persecución de estas falsedades cuando afectan a otros bienes jurídicos, como prevén los arts. 250.3, 290 y 310 c) y d) del Código penal"; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *El Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3709.

¹³⁸Resulta interesante en orden a la interpretación de este tipo penal y de las falsedades que contiene la tramitación parlamentaria del PrCP de 1994 tanto en el Congreso como en el Senado. Parece deducirse de ella que en este tipo caben falsedades

materiales e ideológicas, al concebirlo como figura especial en relación con la falsedad documental. En concreto, las enmiendas núm. 770 en el Congreso y núm. 18 en el Senado del Grupo parlamentario IU-IC al art. 292 del Proyecto proponían la supresión en el precepto de la locución “para causar un perjuicio económico a la misma” sobre la base de que, constituyendo este un tipo especial en relación con las falsedades documentales genéricas, con ello se estaba privilegiando a los administradores de hecho o de derecho de sociedades que falseasen las cuentas anuales. Tales enmiendas no fueron aceptadas en ninguna de las Cámaras, aduciéndose para ello que la falsedad societaria no era un tipo que pudiera reconducirse a la falsedad genérica, y que no suponía un privilegio del autor de tales falsedades en relación con los posibles autores de la falsedad genérica. cfr. Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Pleno, 29 de junio de 1995, núm. 160, pp. 8516, 8519, 8524 y 8525. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. Comisiones, 10 octubre 1995, núm. 226, pp. 44. Pleno, 25 octubre 1995, núm. 93, pp. 4814, 4819 y 4820.

Opinión favorable a cierto solapamiento de las conductas previstas en el art. 392 y 290 CP, al incluirse también aquí falsedades materiales defienden, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., p. 55; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 156-156, abiertamente partidaria del solapamiento entre ambos preceptos, con aplicación siempre preferente del art. 290 CP por mor del principio de especialidad; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 1310-1311, aunque matizando mucho dicha conclusión, atendiendo a que la falsedad contenida en el art. 290 será generalmente constitutiva de faltar a la verdad en la narración de los hechos y, por tanto, atípica como falsedad documental genérica, si bien admite la aplicación del art. 290 con preferencia al 392, en virtud del principio de especialidad, cuando las conductas falsarias realizadas sean también incluíbles en este último precepto, pero sin descartar la vuelta a la vida del precepto desplazado. Sin embargo, BERNARDO DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, op. cit., p. 1419, parece incluir aquí solamente las falsedades ideológicas, que, por tanto, no serían típicas conforme al 392 CP; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pp. 461-462, para quien claramente la conducta descrita en el art. 290 CP no alcanzaría relevancia como falsedad documental genérica al poder sólo incluirse en el faltar a la verdad en la narración de los hechos; GÓMEZ BENÍTEZ, *Facturas y documentos mercantiles o societarios de contenido falso*, op. cit., p. 2, quien considera que el art. 290 sólo prevé falsedades ideológicas, admitiendo como supuestos de colisión de la falsedad documental genérica con la societaria únicamente los supuestos falsarios previstos en modalidad comisiva tercera del art. 390.1, en cuyo caso sostiene que debe aplicarse la falsedad societaria en virtud del art. 8.1, pudiendo aplicarse la falsedad documental cuando falte alguno de los elementos típicos del art. 290.

En estudios dedicados al delito societario, la opinión prácticamente unánime en la doctrina es que el art. 290 CP incluye cualquier tipo de falsedad documental y constituye, en consecuencia, un delito especial en relación con los previstos en los arts. 390 y ss. CP. Cfr. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, op. cit., pp. 385 y ss., en que acude a las modalidades comisivas del art. 390 CP para explicar la conducta típica del art. 290, y pp. 359 y ss., en que afirma que el delito societario es especial respecto del previsto en el art. 392 CP, si bien critica la benignidad de la sanción del primero; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, op. cit., pp. 59 y ss., para quien la conducta del art. 290 CP consiste en “falsear cualquier documento social”; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, op. cit., pp. 105 y ss., en que afirma que la conducta prevista en el art. 290 CP incluye cualquiera de las modalidades comisivas previstas en el art. 390 CP y ni siquiera se plantea la relación concursal con la falsedad; TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos societarios*, en DEL ROSAL BLASCO (edición a cargo de), *Estudios sobre el nuevo Código penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 275; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, op. cit., op. cit., p. 27; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, Ed. Edijus, Madrid, 1996, p. 269; FERRÉ OLIVÉ, *Las falsedades en la información social: artículo 290 del Código Penal*, en AP, 1998, nº 44, pp. 880, 881, 883 y 884; ESCUDERO/GARCÍA/FRIGOLA/JUAN/MARTELL/GANZENMÜLLER/JUFRESA, *Delitos*

falsedades tributarias contables del art. 310 c) y d) CP¹³⁹, o la modalidad agravada de estafa mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio del art. 250.3 CP¹⁴⁰.

societarios, de la receptación y contra la Hacienda Pública, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 46 y ss. y 83 y ss. . En distinto sentido HERMOSILLA (Bufete abogados), *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Ed. MacGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 45, 46 y 53, para quienes no existe relación de especialidad entre ambos delitos, al proteger el delito societario sólo la “veracidad” de los datos o informaciones relativos a sociedades; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, op. cit., pp. 93 y ss., para quien el “falsear” del art. 290 CP está integrado por cualquiera de las modalidades comisivas previstas en el art. 390 CP, sin embargo, al sostener que no cabe que el particular cometa la modalidad falsaria del art. 390.1.3º CP considera, en nota 209, que entre la falsedad documental y el delito societario no se plantean problemas concursales, pues son figuras que tienen ámbitos de aplicación completamente divergentes.

En el mismo sentido, la Consulta 15/1997 de la Fiscalía General del Estado, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del Código Penal, afirma que la descripción de la conducta típica en el mencionado precepto, utilizando el verbo “falsear”, incluye cualquiera de las cuatro modalidades comisivas reflejadas en el art. 390 CP, concluyendo que cuando la falsedad se cometa faltando a la verdad en la narración de los hechos no se producirá problema concursal alguno entre los arts. 290 y 392 CP, mientras que cuando la falsedad sea constitutiva de alguno de los restantes tres números del art. 390 CP el concurso de normas producido deberá resolverse, en virtud del principio de especialidad, aplicando el art. 290 CP.

Por nuestra parte, ningún inconveniente hay en aceptar que el art. 290 CP incluye también falsedades materiales además de ideológicas, aun cuando sea más común la comisión de las segundas. Puede afirmarse un cierto solapamiento de la falsedad societaria con la genérica, que generalmente no será en documento mercantil -art. 392 CP-, sino en documento privado, a la vista del concepto estricto de documento mercantil por el que se ha optado en este trabajo. Por tal razón, el art. 290 CP no supone un privilegio en relación con la falsedad documental respectiva, pues prevé pena superior a la contenida en el art. 395 CP sin exigir la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto e incluyendo además falsedades ideológicas no contempladas en este precepto. Solamente en aquellos casos en que quien falsee los documentos a que se refiere el art. 290 CP no sea un administrador de los de hecho o de derecho de la sociedad cabe ir a la falsedad documental genérica del art. 395 CP si se cumplen todos los requisitos típicos. No cabrá otra posibilidad que acudir al art. 290 CP, sin embargo, en aquellos casos en que se cometan falsedades en documentos que tienen la consideración de mercantiles -como las actas de juntas de accionistas-. Ello no impide que quepa la posible vuelta a la vida de la falsedad si no se cumplen los requisitos del delito societario.

¹³⁹Menos problemas se plantean en este supuesto que en el de la falsedad societaria sobre la relación de esta figura con la falsedad genérica, puesto que no existe duda de la atipicidad de tales conductas en la actual regulación de las falsedades documentales tras la destipificación de las ideológicas cometidas por particular, por lo que ambos preceptos se dirigen a regular acciones falsarias diferenciadas que no entran en colisión. En este sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., 639, aun cuando partiendo de que en estos casos el delito medio -falsedad- queda absorbido por el delito fin; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 158-159; GÓMEZ BENÍTEZ, *Facturas y documentos mercantiles o societarios de contenido falso*, op. cit., p. 3. Sin embargo, en relación con el anterior Código penal, MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 142 y ss., consideraba que las falsedades instrumentales para cometer el delito contra la Hacienda pública tenían autonomía respecto del delito fin, utilizando un argumento a contrario en virtud del cual si el art. 349.3, pfo. 2º, CP de 1973 levanta la pena explícitamente a las falsedades instrumentales “ello es debido a que la norma está presuponiendo que la punibilidad de tales falsedades ya había surgido”, concluyendo que podían entrar en concurso real con la respectiva defraudación tributaria.

¹⁴⁰Otra vez en relación con este precepto vuleve a plantearse el mismo problema relativo a la falsedad societaria, esto es, si incluye solamente falsedades ideológicas,

Ahora bien, la ausencia de remisión de los arts. 392 y 395 CP a la modalidad falsaria prevista en el art. 390.1.4 y su limitación al funcionario que obra en ejercicio de sus funciones determina el surgimiento en el nuevo Código penal de un doble concepto de falsedad documental, como ya se apuntó, en función del sujeto activo de la misma. En la nueva configuración del delito subyace la idea del legislador de que aquellas conductas falsarias que afectan exclusivamente a la función probatoria del documento sólo pueden cometerse por quienes tienen normativamente reconocida la tarea de confeccionar documentos públicos u oficiales, y sólo respecto aquellos extremos en que el documento goza de una fuerza probatoria privilegiada. De tal modo, el Código penal no tutela ya la función probatoria que cualquier documento desempeña, sino sólo aquel sector de la misma que se refiere al valor probatorio reforzado -con la excepción hecha de la

excluyéndose, por tanto, cualquier solapamiento con la falsedad documental genérica o si, por el contrario, incluye también falsedades materiales que, en caso de producirse, deberían conducir a la aplicación del concurso de normas penales con la finalidad de determinar el precepto aplicable. Consideran que este supuesto de estafa es comprensivo de cualquier tipo de falsedad VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 1142-1151, en que concluye que el tipo agravado de estafa sirve también para calificar los casos en que el título valor contenga algún tipo de falsedad típica conforme a las falsedades documentales; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 168, para quien “en estos supuestos ya no será posible admitir la existencia de un concurso de delitos, dado que ya legalmente se establece la absorción del delito de falsedad documental -cuando tiene por objeto material ese tipo de documentos mercantiles-, por parte del delito de estafa, en el que la mayor penalidad prevista para la estafa contiene el desvalor característico de la antijuricidad material propio del delito de falsedad documental”; CONDE PUMPIDO, *Estafas*, op. cit., pp. 151-152. No obstante, la acción falsaria que puede operarse sobre un título valor puede afectar solamente a la función probatoria que es al mismo inherente -y ser, por tanto, irrelevante en cuanto que falsedad documental ideológica conforme al delito de falsedad documental-, como puede ocurrir con supuestos de cheques librados sin fondos, o letras de cambio de favor, o la cabalgata de letras. En otros supuestos la acción falsaria producida puede afectar a la función de perpetuación y/o de garantía y es por ello también típica en cuanto que falsedad documental, así cuando se falsifica la firma del acepto en una letra de cambio, o la del librador, o se libra un cheque con cargo a una cuenta corriente de la que no se es titular falsificando la firma del legitimado para librarlo. En estos últimos casos, en que la conducta es ya relevante en cuanto que falsedad y es asimismo constitutiva de un delito de estafa, lo deseable sería que el legislador hubiese establecido una penalidad superior a la de la estafa mediante título-valor ideológicamente falso, pues no se nos escapa, como ya ha puesto de manifiesto VALLE MUÑIZ, que el concurso ideal o medial entre el tipo básico de estafa -al que habría de acudir necesariamente de entender que el tipo del 250.3 CP no incluye las falsedades materiales- con el delito de falsedad del 392 CP supondría el privilegio del autor, en tanto que la pena resultante sería inferior que la que prevé el art. 250.3 CP. No cabría tampoco acudir a un concurso ideal o medial de falsedad del art. 392 CP con estafa agravada del art. 250.3, primero porque ello podría suponer una vulneración del *non bis in idem*, y segundo porque la aplicación de este segundo precepto sólo podría justificarse si se considera que incluye tanto falsedades ideológicas como materiales. De todo ello se deduce que, para no privilegiar a quien comete una falsedad típica en un título-valor que constituye elemento del engaño de una posterior estafa en relación con quien utiliza un título-valor que no contiene falsedad típica habrá de aplicarse el art. 250.3 en ambos casos. Nótese, sin embargo, que la falta de previsión del legislador en el establecimiento de tal estafa cualificada lleva a calificar de la misma forma dos conductas con distinto contenido de injusto, por lo que lo preferible hubiera sido no incluir la agravación, reconduciendo al tipo básico los supuestos de estafa mediante título-valor con falsedad no típica y al concurso de delitos aquellos en los que la falsedad cometida pudiera reconducirse al art. 392. Otra posibilidad hubiese sido incluir una estafa agravada que, recogiendo sólo falsedades ideológicas en títulos-valores, hubiese establecido una penalidad intermedia entre la prevista en el tipo básico de estafa y la resultante del concurso entre estafa básica y falsedad documental.

modalidad prevista en el art. 390.1.3º CP-. Así, el faltar a la verdad en la narración de los hechos se convierte, ahora sin duda, en un delito especial propio que sólo determinados funcionarios que se encuentran vinculados jurídicamente con específicas formas documentales pueden cometer. Justamente de ahí el carácter bifronte del delito de falsedad documental en el nuevo Código penal, que en el supuesto en que el sujeto activo sea el funcionario documentador incrimina el atentado contra cualquiera de las tres funciones que el documento desempeña, mientras que cuando el sujeto sea el particular -incluido también el funcionario absolutamente incompetente- sólo protege preferentemente la función de garantía y parcialmente la de perpetuación en el seno de la falsedad documental genérica. Con ello pues, el Código penal de 1995 se aproxima a la regulación de las falsedades documentales del Código penal alemán, que configura los atentados contra la función de garantía y de perpetuación del documento como delitos comunes, mientras caracteriza la lesión de la función probatoria del mismo como un delito especial de funcionario.

La destipificación de la falsedad ideológica en el nuevo Código penal, que ha sido vista con buenos ojos por un sector de la doctrina¹⁴¹, trae cuenta de un largo debate doctrinal acerca de la admisibilidad, ya en vigencia del anterior Código penal, de la autoría del particular de la modalidad comisiva del faltar a la verdad en la narración de los hechos. A este respecto la doctrina mayoritaria rechazaba por lo general tal posibilidad arguyendo que al particular no le alcanzaba el deber jurídico de decir la verdad al que estaban sujetos determinado tipo de funcionarios¹⁴². No obstante, también se había admitido minoritariamente la posible comisión por particular de tal acción incluso recayendo sobre documentos privados¹⁴³. La

¹⁴¹Vid. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1742; BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, op. cit., p. 3; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 110 a 113, para la que las declaraciones falsas de particular ante funcionario podrán, sin embargo, constituir delito de estafa o delito contra la Hacienda pública; en el mismo sentido que esta última, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 638.

¹⁴²Vid., por todos, ECHANO BASALDÚA, *¿Falsedad ideológica de particular en escritura pública?*, op. cit., pp. 265 y ss; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1742; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 241. También la doctrina italiana establece claras limitaciones al deber de decir la verdad por el particular, cfr. MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 368-369, quien sólo admite la existencia de dicho deber allí donde a las declaraciones del privado recogidas en un documento público les alcanza la eficacia probatoria del documento; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 235; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 290, para quien el deber de veracidad del particular ha de estar sancionado en la ley; SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 62; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 108-109, para quien el problema consiste justamente en que no existe deber de decir la verdad del particular; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 843; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 589, según quien el hecho de que disposiciones taxativas de la ley penal o civil impongan el deber de veracidad supone que no puede hablarse de obligaciones genéricas de decir la verdad; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 443, para quienes al particular sólo lo alcanza el deber de decir la verdad cuando una norma jurídica recoja específicos efectos de determinados hechos.

¹⁴³Admitían la falsedad ideológica del particular en documentos públicos QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 667, aun cuando entendía que tal posibilidad había de interpretarse restrictivamente; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 349. Admitían la falsedad ideológica en documentos privados, CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 187, para quien el particular que recogía distorsionadamente en un documento privado las declaraciones que otro le dictaba, o que emitía una copia privada falsa, podía cometer el ilícito; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de*

ausencia, pues, de este deber jurídico de decir la verdad, a salvo de que el mismo se presuponga en específicos supuestos como el falso testimonio, determinó que la mayoría de autores se decantaran por la admisibilidad sólo en aquellas ocasiones en que el particular fuese autor mediato de la falsedad cometida por el funcionario¹⁴⁴. Restringían con ello la interpretación del precepto en vigencia del anterior Código penal, que formalmente admitía la autoría directa del particular.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, ha mantenido tradicionalmente una interpretación amplia del precepto, admitiendo la comisión de la modalidad prevista en el art. 302.4 CP de 1973 incluso en documentos privados. No obstante, en los últimos años ha tendido, por lo menos formalmente, a una limitación en la interpretación de esta modalidad, llegando a admitir este tipo de falsedades sólo en los supuestos en que el particular actuase como autor mediato utilizando al funcionario como mero instrumento¹⁴⁵.

No cabe duda de que, partiendo de la amplia interpretación jurisprudencial del precepto cuando el sujeto activo era un particular, el mantenimiento de esta forma de falsedad tal como la regulaba el anterior Código penal suponía el peligro de una aplicación desmesurada. Sin embargo, la forma de concebir esta forma de falsedad, circunscrita por la doctrina a aquellos supuestos en que el particular declara ante un funcionario, ha llevado a equívocos en su tratamiento y quizá a una premurosa supresión. En primer lugar, la conexión de esta modalidad falsaria al deber de veracidad en lugar de a la función probatoria que el documento desempeña en el tráfico jurídico ha conducido a tildarla de falso testimonio extrajudicial que no debía tener una penalidad mayor que el falso testimonio propio, habida cuenta de que éste se comete siempre ante la autoridad judicial¹⁴⁶.

falsedades..., op. cit., p. 1063; QUINTERO OLIVARES, *Sobre el delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 50, para quien la posible falsedad ideológica de documento privado no se excluía de *lege data* -según la regulación del anterior Código penal-, pues, como dice “si la norma penal pretende evitar que se creen falsas pruebas o, dicho de otra manera, que escritos mendaces puedan funcionar como prueba y se admite que en las relaciones jurídicas los documentos privados pueden cumplir esa función, ocurrirá que lo esencial será que la prueba sea falsa y tal prueba falsa pueda lograrse tanto con falsedad material como con falsedad ideológica, y ambas son formas posibles del delito”. También en la doctrina italiana ha habido quien, como SABATINI, *Considerazioni sulla falsità ideologica in atti*, op. cit., p. 888, admiten dicha posibilidad.

¹⁴⁴En tal sentido, CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 887; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, op. cit., p. 553; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 247.

¹⁴⁵Sobre la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre este concreta modalidad delictiva vid. supra cap. II, apartado 2.1.3.B). Vid asimismo el amplio análisis doctrinal efectuado por ECHANO BASALDÚA, *¿Falsedad ideológica de particular en escritura pública?*, op. cit., pp. 253 y ss, en que concluye que ninguna de las orientaciones seguidas por la jurisprudencia es suficientemente convincente.

¹⁴⁶En tal sentido, QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 667, quien propugnaba la interpretación restrictiva de la modalidad prevista en el art. 302. 4 CP de 1973 cuando el sujeto activo fuese un particular arguyendo que, en otro caso “se llegaría al absurdo de que la infracción de falso testimonio resultaría de menor entidad siendo judicial que no perpetrándose ante una autoridad administrativa de inferior rango jurisdiccional”; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3677, para quienes con esta modalidad “se está trasladando al tercero no emisor del documento el deber de veracidad que incumbe a quien lo emite y es responsable de su carácter fidedigno y se le da el tratamiento de falsedad a lo que, de producirse ante un Juez y reflejarse en un documento judicial, sólo sería constitutivo de falso testimonio castigado con menor pena”; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 484 y 518. En realidad, tal idea parte de la doctrina italiana, cfr., además de los autores citados en la siguiente nota, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 617; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 110; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 17. Esta concepción

Se ha llegado incluso a afirmar que dichos supuestos deberían reconducirse a los delitos contra la Administración de Justicia¹⁴⁷. En realidad, sólo un entendimiento que aquí no se comparte de la falsedad documental protectora de un supuesto deber de veracidad podría fundamentar este tratamiento del presente supuesto, oscureciendo así la auténtica esencia del ilícito que representa, y que no es más que el atentado a la función probatoria del documento; aunque venga afectada por el particular que instrumentaliza al funcionario¹⁴⁸. En segundo lugar, la confusión generada entre la naturaleza de esta falsedad documental y falso testimonio ha llevado a circunscribir los supuestos de autoría mediata a aquellos en los que el particular declara ante un funcionario hechos inveraces, cuando, en realidad, estos serán los menos comunes. La ley no suele otorgar fuerza probatoria privilegiada al contenido de declaraciones que el particular hace ante un funcionario que no tiene la obligación de contrastar su correspondencia con la realidad. Se olvidan con esta visión tradicionalista los supuestos en que cabe fácilmente imaginar falsedades ideológicas mediatas, aquellos en que el particular presenta determinados documentos falsos que provocan un acto de documentación del funcionario que incurre en error, siendo que el documento que éste emite sí tiene reconocida fuerza

puede verse también en STS 12 junio 1997 (RJ 4679), según la cual es necesario para hablar de falsedad ideológica que falte a la verdad en la narración de los hechos quien es emisor del documento. Si se pretende extender esa modalidad falsaria a los terceros que comparecen ante funcionario para narrar hechos o hacer manifestaciones jurídicas de voluntad, lo que se hace es no sólo trasladar a ese tercero el deber de veracidad, que sólo incumbe a quien lo emite, “sino también atribuir la falsedad documental a lo que únicamente sería un falso testimonio caso de producirse éste ante un Juez y en determinadas circunstancias”; del mismo tenor, SsTS 13 junio 1997 (RJ 4895); 31 mayo 1997 (RJ 5154); 9 julio 1997 (RJ 5489); 27 abril 1998 (RJ 3788) para la que no existe un deber genérico de veracidad exigible a los particulares bajo la amenaza de sanción penal, pues sólo se les impone con dicho rigor en supuestos específicos y delimitados, para la protección de determinados intereses superiores (declaraciones testificales ante los Tribunales de Justicia, arts. 458 y concordantes CP, declaraciones ante las comisiones parlamentarias de investigación, art. 205.3 CP), o bien también con carácter específico en determinados documentos mercantiles.

¹⁴⁷CARNELUTTI, *Teria del falso*, op. cit., passim., considera que el supuesto previsto en el art. 483 CP italiano, que constituye un supuesto de falsedad ideológica de particular ante funcionario en autoría mediata, es constitutivo de falso testimonio extrajudicial, no una falsedad documental, de manera que al falso testimonio procesal se contraponen el administrativo y el comercial, considerando errónea su colocación en el Código penal italiano entre las falsedades documentales; SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 51 y ss, quien también pone de manifiesto su incorrecta ubicación entre las falsedades documentales.

¹⁴⁸Adoptan en la doctrina italiana una postura que atiende a la lesión de la función probatoria del documento más que a la vulneración del deber de veracidad, acercándose, por tanto, a la concepción de la falsa documentación mediata positivizada en el § 271 StGB, NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 91, para quien el problema en estos casos no es de deber de veracidad, sino que ha de examinarse cuándo una norma jurídica reconozca una peculiar eficacia jurídica a determinados hechos sólo porque vienen declarados por un particular ante un funcionario; GUERRINI, *Aspetti problematici della falsità ideologica descritta all'art. 483 c.p.*, op. cit., p. 691, según quien no hay obligación jurídica de decir la verdad, pues con ello se daría la razón a la tesis del falso testimonio extraprocesal, lo que ha de examinarse en estos casos es la función probatoria del documento, aquello que el mismo está destinado a probar, pues sólo en relación con aquellos hechos esenciales que forman objeto del contenido probatorio del documento puede cometerse esta falsedad; VINCIGUERRA, *Mendaci attestazioni del privato al notaio in un atto di compravendita immobiliare. Art. 483 c. p.?*, op. cit., pp. 449-453, para quien la falsedad ideológica del particular en tales casos no depende de la existencia de un previo deber de veracidad, sino de que las declaraciones del particular se refieran a hechos jurídicamente relevantes teniendo en cuenta la función probatoria del documento.

probatoria privilegiada sobre extremos en que no se corresponde con la realidad¹⁴⁹. Más adelante se tratará la posible subsunción de estas conductas en la actual regulación de la falsedad documental¹⁵⁰.

1.1.3- Problemas relativos a la autoría y la participación en la falsedad documental

A) Consideraciones generales: distintos grados de intervención en el delito

En el delito de falsedad documental, al igual que en cualquier otro tipo de ilícito penal, el Derecho español obliga a distinguir contribuciones de distinta entidad al hecho cometido que permiten diferenciar entre autores y partícipes. En tanto los autores realizan un hecho propio, aquellos que contribuyen con su conducta a que el hecho ajeno se cumpla son los denominados partícipes. Con independencia de que nuestro Código penal incluya dentro de la definición legal de autor conductas que no son estrictamente de autoría -como la llamada cooperación necesaria¹⁵¹- difícilmente delimitables de la complicidad¹⁵² y de la misma coautoría¹⁵³, lo que en ningún modo debe perderse de vista es que unas y otras constituyen formas diversas de contribución al hecho. En consecuencia, deben recibir diferente tratamiento, pues a las formas de participación resultan aplicables las reglas de la participación -en especial la accesoriedad- mientras a las formas de autoría principal, sea uni o pluripersonal, no les alcanzan tales principios.

Por lo que al estricto ámbito de la falsedad documental respecta, y atendiendo al tratamiento jurisprudencial de esta cuestión, puede decirse que nuestro Tribunal Supremo no ha sido excesivamente cuidadoso a la hora de

¹⁴⁹Dicha posibilidad se apuntaba ya en vigencia del CP de 1973, ECHANO BASALDÚA, *¿Falsedad ideológica de particular en escritura pública?*, op. cit., pp. 267-268, cuando, después de rechazar que las declaraciones de los particulares documentadas en escritura pública tuviesen eficacia probatoria, se planteaba la calificación de la conducta consistente en escriturar en un Registro público dichas escrituras que contuviesen declaraciones inveraces -pero atípicas como falsedades consumadas- y que una vez incorporadas al Registro pudiesen crear una situación vinculante para terceros. Concluía el autor que la calificación en estos casos debería ser de tentativa de falsedad, pues dichas declaraciones no alcanzaban fuerza probatoria reforzada hasta el momento en que eran incorporadas a un Registro, momento en que la falsedad se hallaría consumada.

¹⁵⁰Vid. infra tratamiento de la autoría mediata del *extraneus* en la falsedad.

¹⁵¹El art. 28 CP establece "(1) Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. (2) 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". El art. 29 CP, fuera del concepto legal de autor, determina "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

¹⁵²Una exposición detallada de los criterios manejados en la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, además de la instauración de un nuevo criterio de distinción, la llamada teoría de los bienes escasos, puede verse en GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pp. 113 a 212.

¹⁵³Para quienes parten del dominio del hecho para determinar el concepto de autor, caracterizando a los coautores por su dominio funcional del hecho, las categorías de coautor y cooperador necesario llegan a confundirse. De ahí que en España se haya defendido la supresión de la cooperación necesaria. En tal sentido, CEREZO MIR, *Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal*, en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 41-44. Del mismo autor y en el mismo sentido, vid. CEREZO MIR, *Autoría y participación en el borrador de anteproyecto de Código penal, parte general, de octubre de 1990*, en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, op. cit., pp. 189 a 191.

calificar de autoría inmediata, inducción o cooperación necesaria una determinada conducta. En absoluto es extraño encontrar resoluciones jurisprudenciales en las que se afirme que, puesto que la falsedad no es un delito de propia mano, resulta indiferente si el procesado ha cometido materialmente la falsedad -y ha de considerársele autor conforme al art. 14.1 CP de 1973-, ha inducido a otro a cometer el hecho -y debe subsumirse su conducta en el art. 14.2 CP de 1973 puesto en relación con el tipo respectivo- o bien ha de reputarse cooperador necesario conforme al art. 14.3 CP de 1973¹⁵⁴. Sin embargo, el alto Tribunal, al efectuar estas calificaciones alternativas, a menudo no tiene en cuenta que las últimas dos formas de intervención en el delito constituyen supuestos de participación, por lo que para ellas rige el principio de accesoriedad¹⁵⁵. Debería, pues, tenerse en consideración la calificación de la conducta del autor principal para determinar, primero, si la participación en ese hecho es punible y, segundo, a qué precepto de la Parte Especial ha de acudir para determinar la penalidad correspondiente al partícipe.

Para establecer con cierta seguridad la condición de autoría o participación de una determinada actividad delictiva, ha de partirse de un concepto de autor. Conviene para ello dejar de lado las concepciones subjetivas de la autoría, que delimitan al autor del delito como aquél que obra con “animus auctoris”, extendiendo el concepto y acercándose así a las concepciones unitarias de la misma¹⁵⁶, y la tesis jurisprudencial del acuerdo previo, que no constituye más que

¹⁵⁴Cfr., entre otras, SsTS 16 junio 1982 (RJ 3537); 27 septiembre 1983 (RJ 4587); 13 noviembre 1984 (RJ 5482); 4 diciembre 1984 (RJ 6150); 25 junio 1985 (RJ 3049); 12 abril 1986 (RJ 1964); 1 julio 1987 (RJ 5154); 31 diciembre 1987 (RJ 9915); 7 octubre 1988 (RJ 7717); 3 marzo 1989 (RJ 2479); 20 septiembre 1989 (RJ 6759); 16 noviembre 1989 (RJ 8656); 15 marzo 1990 (RJ 2489); 28 junio 1990 (RJ 5729); 17 julio 1990 (RJ 6727); 16 enero 1991 (RJ 121); 7 febrero 1991 (RJ 899); 23 febrero 1991 (RJ 1405); 20 mayo 1991 (RJ 3729); 29 junio 1992 (RJ 5550); 14 mayo 1992 (RJ 4037); 13 octubre 1992 (RJ 8316); 22 febrero 1993 (RJ 1396); 30 abril 1993 (RJ 3301); 29 mayo 1993 (RJ 4284); 14 junio 1993 (RJ 4998); 26 noviembre 1993 (RJ 8824); 14 septiembre 1994 (RJ 7215); 12 mayo 1997 (RJ 3804); 28 octubre 1997 (RJ 7843) (caso Filesa). La intercambiabilidad de estas categorías se ve claramente en aquellos casos en que se procesa a quien está en posesión de un documento de identidad o permiso de conducir falso al que está incorporada su fotografía: vid. SsTS 2 marzo 1985 (RJ 1571); 5 marzo 1985 (RJ 1576); 8 julio 1985 (RJ 3996); 27 enero 1986 (RJ 186); 18 julio 1987 (RJ 5559); 29 febrero 1988 (RJ 1362); 1 febrero 1989 (RJ 1327); 10 marzo 1989 (RJ 2601); 9 junio 1989 (RJ 5073); 5 abril 1990 (RJ 3170); 27 diciembre 1990 (RJ 10094); 4 febrero 1991 (RJ 741); 27 mayo 1991 (RJ 3872); 3 mayo 1994 (RJ 3646); 22 junio 1995 (RJ 4582); 29 enero 1996 (RJ 54); 26 septiembre 1996 (RJ 6930); 5 diciembre 1996 (RJ 8840); 22 enero 1997 (RJ 45); 27 abril 1998 (RJ 3814). En estas últimas resoluciones suele admitirse que la mera circunstancia de que el documento falso porte la fotografía de una persona es ya indicio suficiente de su inducción o cooperación necesaria, al haber facilitado su fotografía para la falsificación.

¹⁵⁵Se adopta mayoritariamente en nuestro país el principio de accesoriedad media o limitada, que supone que, para que la participación sea punible es necesario que el hecho principal sea típico y antijurídico, de lo que se deduce la irrelevancia penal de la participación en hecho justificado. Sobre esta cuestión vid., por todos, PEÑARANDA, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 237 y ss; QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 617 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 390 a 396.

¹⁵⁶La doctrina mayoritaria en España critica dicha concepción con base en que, a pesar de su aparente sencillez, no está claro el significado que ha de darse al “animus auctoris”. La dificultad de prueba, la polivalencia de los argumentos -que son incapaces de otorgar seguridad jurídica-, su incompatibilidad con el Derecho positivo español, y el recurso, en ocasiones a criterios objetivos para determinar al autor llevan a su abandono. Una exposición amplia de las distintas teorías subjetivas -tanto la del dolo como la del interés- puede encontrarse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1991, pp. 289 a 332. Sobre las críticas a estas teorías vid. en especial,

una concreta manifestación de esta tendencia¹⁵⁷. La doctrina mayoritaria en España opta por un concepto objetivo-restrictivo de autor. Mas allá de la adscripción a una concepción objetiva que permita distinguir entre autor y partícipe, la uniformidad de pareceres se escinde entre aquellos que, manteniendo una concepción cercana a la de las teorías objetivo-formales, consideran que el autor de cada una de las infracciones penales es deducible directamente del respectivo tipo de la Parte Especial¹⁵⁸, y la de aquellos otros que acogen la teoría del dominio del hecho,

GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., p. 42 a 53. Ampliamente sobre el concepto unitario de autor en los modelos legales italiano y austríaco y sus consecuencias en la participación, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, op. cit., pp. 259 a 325. En relación con la regulación española, autores como GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 498, han admitido que la equiparación que el art. 14.2 y 14.3 CP de 1973 establecía en relación con los sujetos reconocidos como autores -según la teoría objetivo-formal- en el art. 14.1 CP constituía una reminiscencia del concepto unitario de autor.

¹⁵⁷Por lo que se refiere estrictamente al delito de falsedad documental, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acudido en los últimos años a criterios distintos a la tradicional tesis del acuerdo de voluntades, cfr. SsTS 12 julio 1983 (RJ 4155) en que se adopta la tesis del dominio del hecho; 30 abril 1990 (RJ 3396) en que alude al *pactum scaeleris* de los intervinientes en el hecho, pero exigiendo la realización de actos ejecutivos por cada uno de ellos de conformidad con el reparto de papeles por ellos fijado; 16 marzo 1993 (RJ 2312) alusiva al previo reparto de papeles de quienes posteriormente toman parte directa en la falsedad; 14 junio 1993 (RJ 4998), que utiliza el criterio del dominio funcional del hecho; 2 febrero 1996 (RJ 827) referida asimismo al dominio del hecho; 20 mayo 1996 (RJ 3838) que reconoce la concepción extensiva de la autoría mantenida en muchas resoluciones jurisprudenciales, advirtiendo que “la circunstancia de que en algunas sentencias se haya aludido al interés directo del único beneficiario de la falsedad, no constituye un principio decisivo de la autoría, dado que en el delito del art. 303 CP rigen los principios generales de la autoría que, como es sabido, en el derecho vigente no son compatibles con la llamada teoría subjetiva de la participación”. Ello no ostante, pueden observarse, incluso en la jurisprudencia reciente, sentencias que aluden como criterio para la determinación de la autoría al acuerdo de voluntades anterior al hecho con independencia de la intervención material que después se haya tenido en la ejecución. Vid. SsTS 14 marzo 1984 (RJ 1820); 8 marzo 1985 (RJ 1601); 10 mayo 1988 (RJ 3531); 7 octubre 1988 (RJ 7717); 3 marzo 1989 (RJ 2479); 28 abril 1989 (RJ 3556) en que resulta muy clarificador este pasaje de la sentencia “(...) si no hay ningún tipo de actividad coadyuvadora por parte del partícipe, no se puede decir que estemos ante partícipe de falsedad, salvo que haya un acuerdo previo de voluntades, entonces son partícipes, cualquiera que haya sido la función llevada a cabo”; 11 julio 1991 (RJ 6780); 18 marzo 1993 (RJ 2418). La doctrina es unánime al criticar dicha concepción de la autoría, cfr., entre otros, GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pp. 56 y ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, op. cit., pp. 388 y ss; COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 665-666; GONZÁLEZ RUS, *Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, *Problemas de autoría*, pp. 68 a 70.

¹⁵⁸A diferencia de la teoría objetivo-formal tradicionalmente considerada, que entiende que el concepto de autor se incluye en el art. 14.1 CP de 1973, los autores que defienden que el concepto de autor es directamente deducible del tipo de delito de que se trate, consideran que dicho precepto no define la autoría, sino una forma de participación en el hecho principal que consiste en la realización de hechos típicos, y que ha recibido la denominación de coautoría material, en contraposición con la coautoría principal, cfr. QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho penal español*, op. cit., pp. 79 y ss.

Sostienen que la autoría principal es directamente deducible del tipo sin necesidad de acudir a la regla del art. 14.1 CP de 1973, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pp. 219-221, para quien el autor principal es aquel cuya conducta es subsumible sin más en el tipo de la parte especial, sin ser necesario dar el rodeo del art. 14.1 CP de 1973; RODRÍGUEZ MOURULLO, *El autor mediato en derecho penal español*,

adoptando con ello un criterio objetivo-material para deslindar la autoría de la participación. Entre estos últimos puede aún diferenciarse entre los que parten directamente del concepto de autor sostenido por los finalistas¹⁵⁹ y los que, si bien con algunas limitaciones, adoptan el concepto de dominio del hecho sostenido por ROXIN¹⁶⁰.

en ADPCP, 1969, pp. 461-462; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA y otros, *Comentarios al Código penal*, t. I (arts. 1-22), Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 802; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, op. cit., pp. 73-78; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, op. cit., p. 809; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, op. cit., pp. 708 y ss, aunque su concepción de la autoría se encuentra a caballo entre la concepción objetivo-formal y la del dominio del hecho, pues critica las concepciones de aquellos que identifican la autoría con la realización del algún acto ejecutivo, exponiendo en p. 513, que para ser autor no basta con la realización de cualquier acción típica, sino que cuando el tipo describa más de una acción ha de realizarse la “acción típica nuclear”, esto es, “aquella en que descansa el centro de gravedad del injusto del hecho”. Conjuga esta concepción con los criterios de necesidad y merecimiento de pena y concluye, en p. 532, que “la conducta de autoría será aquella que más directamente se enfrente a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica”, que realiza la norma típica nuclear, que es la de quien “domina o determina de un modo objetivo positivo (de manera inmediata, a través de otros o en conjunto con otros) el curso del acontecimiento delictivo”; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría y participación*, en *La Ley*, 1996-2, p. 1285; mantiene un concepto de autoría semejante al de este último autor, LÓPEZ PELEGRÍN, *La complicidad en el delito*, Ed. Tirant lo Blach, Valencia, 1997, pp. 394 y ss.; GONZÁLEZ RUS, *Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría*, op. cit., pp. 97-98, en el mismo sentido que el anterior. En contraposición, existen aun autores en nuestro país que incluyen la autoría única inmediata en el art. 14.1 CP de 1973; cfr. COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, op. cit., pp. 557-558; DEL ROSAL BLASCO, *La inducción y la complicidad como formas de participación criminales punibles en el Código penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XI, 1994, *Problemas de autoría*, p. 219.

¹⁵⁹ Así CEREZO MIR, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española*, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 167 y ss, en que adopta el concepto finalista de autor preconizado por Welzel, si bien muestra su disconformidad con la concepción del autor alemán en que no ha de bastar para ser coautor con la realización de un acto preparatorio, ya que entonces habrá de dejarse en manos de otra persona la realización del delito, exigiendo que el autor realice en parte o totalmente la acción típica. Como consecuencia de su adopción de esta concepción CEREZO MIR, *Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal*, op. cit., p. 37, critica la distinción efectuada por ROXIN entre dominio de la acción y dominio de la voluntad, pues entiende que la voluntad es lo único decisivo para afirmar que se tiene el dominio del hecho.

¹⁶⁰ Para ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin/New York, pp. 127 y ss, partiendo de un concepto abierto del dominio del hecho en lo que denomina delito de dominio -*Herrschaftsdelikte*-, escinde el mismo en dominio de la acción y dominio de la voluntad, para caracterizar al autor inmediato y mediato en los delitos dolosos respectivamente. Concibe en los primeros que es autor “quien, sin ser forzado, y no dependiendo de otro más que de una forma socialmente usual, realiza de forma autónoma todos los elementos del tipo”; contrariamente, la autoría mediata se funda no en propia realización de la acción típica, sino en el poder de la voluntad del hombre de atrás sobre el instrumento. De forma distinta se configura el dominio del hecho en los supuestos de coautoría, p. 275 y ss, pues en ellos habla del dominio funcional del hecho, esto es, de la aportación al plan común de cada uno de ellos, que consiste en que sólo pueden actuar en conjunto y en que cada uno de ellos, en tanto no cumpla su parte del plan, puede destruirlo al tener el hecho en sus manos.

Siguen la concepción de autoría de ROXIN en los delitos dolosos de resultado, GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, en ADPCP, 1984, fasc. I, pp. 103 y ss; LUZON PEÑA, *La “determinación objetiva del hecho”*. *Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, en ADPCP, 1989, fasc. III, pp. 889 y ss, quien matiza que el concepto de dominio del hecho no es puramente subjetivo,

Sobre este particular puede decirse que es cierto que la teoría del dominio del hecho es una concepción que permite explicar con mayor comodidad que la teoría objetivo-formal la estructura de la autoría mediata - que ha sido incorporada expresamente como forma de autoría principal en el art. 28 CP¹⁶¹- y que sintetiza más gráficamente el vínculo material existente entre el autor y el hecho que la

sino objetivo-subjetivo, lo que se denomina “determinación objetiva del hecho”, que consiste en el control del acontecer típico o del curso causal, que permite hablar del dominio del hecho en el delito imprudente y permite admitir también formas de participación en la imprudencia; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., op. cit., pp. 48 y ss; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, op. cit., p. 38, para quien la regulación del nuevo Código penal, que no contiene una disposición equivalente a la del art. 14.1 CP de 1973, refuerza la admisión de dicha teoría; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1996, pp. 62 y ss; DE LA MATA BARRANCO, *La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados*, en ASÚA BATARRITA (edición a cargo de), *Delitos contra la administración Pública*, p. 98; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 366, si bien parte de la teoría del dominio del hecho, considera que el control material del hecho es un criterio que ha de conjugarse con el de la imputación, de lo que extrae el criterio de la pertenencia, que supone que serán autores quienes, reuniendo las condiciones requeridas por el tipo, aparezcan como protagonistas del mismo. La concepción de este autor, por la relación que supone entre autoría e imputación, recuerda a la elaborada por JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pp. 740 y ss., que partiendo del dominio del hecho conjugado con las posibilidades de división del trabajo, deduce varios principios: el dominio del hecho formal -vinculado al tipo y que aparece cuando se realiza la acción ejecutiva-, el dominio del hecho material como dominio de la decisión -en el que el dominio del hecho está presente a través de la decisión sobre si se realiza el hecho-, y el dominio del hecho material como dominio de la configuración, que supone el dominio del hecho a través de la configuración del hecho. Para él la autoría se define como “dominio al menos en uno de los ámbitos de la configuración”, sin que sea relevante el dominio del hecho “per se”, sino en tanto que fundamentalmente una plena responsabilidad por el hecho. La imputación también está presente en la teoría de JAKOBS en la participación, pues, en puridad, la inclusión dentro de la imputación del comportamiento de la institución de la prohibición de regreso supone la conexión directa de la teoría de la participación con la imputación objetiva del comportamiento, al conducir a la negación de la imputación objetiva de la conducta del autor al partícipe; en tal sentido, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, traducc. de PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, Ed. Civitas y UAM Ediciones, Madrid, 1997, pp. 60-61. Sobre la repercusión de la tesis de Jakobs en la autoría mediata cuando el instrumento obra con error, que sólo puede construirse en el caso de que en el hombre de atrás concurra competencia y sea por ello a él imputable el comportamiento del instrumento, vid. JAKOBS, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, traducc. Cancio Meliá, en *Cuadernos de conferencias y artículos núm. 15*, Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996, en especial pp. 16 y ss.

¹⁶¹Con la inclusión expresa de la autoría mediata junto a la inmediata y la coautoría, el legislador ha tomado posición en el sentido de incluir esta forma entre las de autoría principal, despejando así las dudas que se habían suscitado sobre su naturaleza. Sobre la necesidad, manifestada por un importante sector doctrinal, de que el Código reconociese expresamente la autoría mediata, vid., entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, op. cit., pp. 803-804, quien admitía ya en vigencia del anterior Código penal la autoría mediata; RODRÍGUEZ MOURULLO, *El autor mediato en Derecho penal español*, op. cit., p. 464; GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pp. 222 y ss, quien sólo admitía la autoría mediata en los delitos comunes o especiales de resultado, no en los delitos de medios determinados, en que la autoría mediata no podía incluirse directamente en el tipo, habiendo de acudir al art. 14.2 o 14.3 CP; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho penal español*, op. cit., pp. 91 y ss.

teoría objetivo-formal. Sin embargo, la mencionada tesis puede suponer una ampliación del concepto de autor contraria a nuestro Derecho positivo, que continúa distinguiendo entre autor y cooperador necesario¹⁶². De ahí que lo preferible sea la adopción de una concepción que, sin olvidar la necesidad de que el autor controle de alguna forma el acontecer delictivo, siquiera sea objetivamente, base el concepto de autor en la propia descripción que cada uno de los tipos que la Parte Especial incorpora. En consecuencia, cuando se trate de autor único, el sujeto habrá de realizar la conducta típica, mientras que cuando la acción sea llevada a cabo por varios sujetos será necesario que cada uno de ellos realice, cuanto menos, parte del tipo para ser considerado coautor. Frente a ello, en la autoría mediata la realización del tipo vendrá determinada por la instrumentalización de un tercero¹⁶³. Toda contribución al hecho que no consista en la realización de una parte del tipo delictivo deberá reconducirse pues a la participación, sin que pueda hablarse tampoco de autoría cuando de la realización de acciones típicas sin existencia de dominio del hecho se trate. Apoyo legal para continuar exigiendo en la autoría la producción, al menos parcial, de la conducta típica, lo constituye que el art. 28 CP, a pesar de no haber incluido una figura de participación equivalente a lo que se denominó coautoría material -prevista en el art. 14.1 CP de 1973-, continúa regulando separadamente la cooperación necesaria de las formas de autoría principal que enumera en su párrafo primero¹⁶⁴.

No resultará difícil la individualización del autor en la falsedad documental cuando éste sea único, pues sólo podrá serlo quien efectúa alguna de las modalidades comisivas que el art. 390 CP describe, esto es, quien materialmente efectúa la falsedad. No constituirán conductas propias calificables de autoría, pues,

¹⁶²Una crítica en este sentido a la adopción del mencionado concepto de autor teniendo en cuenta el Derecho positivo español puede encontrarse en LÓPEZ PELEGRÍN, *La complicidad en el delito*, op. cit., pp. 392 y ss. Según la teoría del dominio del hecho los supuestos como los del vigilante o el del jefe de la banda pueden considerarse de coautoría desde el momento en que también quien está, por ejemplo, fuera del espacio físico en el que se está cometiendo un robo con intimidación, tiene el dominio funcional del hecho y puede interrumpir la acción. Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., pp. 298 y ss, siempre y cuando la organización orquestada por el jefe de la banda se lleve a cabo también en la fase de ejecución del delito. Que quien realiza acciones no típicas pueda ser también autor principal del delito determina que aquellos que sostienen un concepto de autor basado en el dominio del hecho consideran que existen casos de cooperación necesaria que podrían ser considerados de coautoría; en este sentido, CEREZO MIR, *Autoría y participación en el borrador de Anteproyecto de Código penal, parte general, de octubre de 1990*, op. cit., pp. 190-191; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 498-498; GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, op. cit., pp. 129-130, en que afirma que el cooperador necesario es un autor y no un partícipe.

¹⁶³Hablamos de "realización" del tipo y no de "ejecución" del mismo justamente porque el empleo de este último vocablo es lo que había dado lugar a que se objetara a la teoría objetivo-formal que era incapaz de explicar los supuestos de coautoría y autoría mediata. El uso del verbo "realizar" hace más fácil fundamentar la inclusión en la autoría de estas dos formas de la misma, al no implicar necesariamente la ejecución directa o corporal de la acción típica. En tal sentido, cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, op. cit., p. 811.

¹⁶⁴En puridad, con la desaparición de la coautoría material puede interpretarse que se han solucionado en gran parte las dificultades en la distinción de la coautoría ejecutiva, por un lado, y la coautoría material y la cooperación, por otro. Con la actual regulación aquellas personas que realizan acciones ejecutivas pero no típicas -los llamados coautores materiales- bien podrán considerarse cooperadores necesarios. En tal sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría y participación*, op. cit., p. 1286, entiende que, a pesar de ser desafortunada la supresión del precepto, no es esencialmente grave, pues para quienes consideran que el art. 14.1 CP de 1973 -que incluía a quienes tomaban parte directa en el hecho- se tipificaba una forma de participación, cabe aún el recurso a la cooperación necesaria.

aquellas que consistan en la entrega de fotografías para la falsificación de un permiso de conducir o de un documento de identidad. Tampoco la entrega de impresos precisos para la confección de un documento apócrifo, aun cuando lleven un sello oficial, ni la entrega de papeles o tintas específicas para poder llevar a cabo la acción falsaria.

Lo hasta aquí dicho vale por cuanto se refiere a la falsedad como delito común. Ahora bien, cuando de la falsedad propia de funcionarios se trate, habrá que tomar partido acerca de si el concepto de autoría arriba apuntado ha de sostenerse también en el delito tipificado en el art. 390 CP o ha de modificarse. Dicha consideración se hace porque la teoría roxiniana no parte, en los delitos que Roxin denomina “de deber” -*Pflichtdelikte*-, de la teoría del dominio del hecho, sino que construye para ellos un concepto de autoría distinto, que basa el concepto de comportamiento central en la infracción del deber¹⁶⁵. La teoría de los delitos de deber, independientemente de las consecuencias que para la autoría conlleva, ha sido duramente criticada por parte de la doctrina española. Se esgrimen argumentos tales como que supone el reconocimiento implícito de ilícitos penales que no lesionan ningún bien jurídico, constituyendo así la manifestación de una forma de Estado autoritaria inconciliable con la configuración del mismo que nuestra Constitución recoge¹⁶⁶. En relación con las consecuencias que de esta teoría se siguen en la autoría y participación de aquellos delitos que consisten en la infracción de un deber, se ha criticado que es contraria al principio de legalidad la consideración de autor de un determinado sujeto por el mero hecho de ser aquél a quien el deber extrapenal incumbe, sin atender a su intervención material en la

¹⁶⁵Vid ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., pp. 335 y ss, en especial, pp. 352 y ss, en que expone que cuando el tipo se configura en función de que el autor sea un funcionario, señala ya con ello una condición de la autoría, de manera que sólo el *intraneus* puede ser autor del delito. Constituye la lesión voluntaria de ese deber lo que fundamenta la autoría en tales casos. El deber en que la autoría se fundamenta, según la concepción de este autor, no es aquel que impone toda norma penal con la prohibición implícita de cometer el delito, puesto que ese deber se vulneraría al cometer cualquier delito, sino que se trata de la lesión de un deber que tiene su fuente en una norma extrapenal. Semejante a la división de Roxin entre delitos de dominio y delitos de deber es la operada por Jakobs entre “delitos en virtud de una competencia de organización” y “delitos en virtud de una competencia institucional”, respecto de los que el autor deduce semejantes consecuencias para la autoría y participación que Roxin en relación con los delitos de deber, Cfr. PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, op. cit., p. 35; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pp. 791 y 792, en que denomina a los delitos de infracción de deber de Roxin “delitos con deber que elude la accesoriadad”.

¹⁶⁶En tal sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., pp. 224 y ss y pp. 239 y ss., en que rechaza que los delitos propios de funcionario se dirijan a la protección de deberes subjetivos tales como la infidelidad, la deslealtad o el ataque a la dignidad del Estado por constituir manifestaciones de un Estado autoritario. Según este autor no toda infracción del deber subjetivo -que altera la relación entre el funcionario y el estado- ha de suponer la infracción del “deber que afecta al orden general”, objeto de protección de la norma. Para él, según la concepción de Administración de la que parte “El “deber” que auténticamente es relevante para el Derecho penal en punto al bien jurídico de los tipos de “delitos de funcionarios” referidos a la Administración pública es el “deber” de ésta y, por tanto, de las personas físicas que la componen (funcionarios) de servir a los que administran. Mas esto ya no es un deber en sentido técnico, sino que se dibuja como el contenido esencial de la antijuricidad de los tipos de referencia”. No es admisible pues que deberes derivados del cargo, y desligados de la posible vulneración de bienes jurídicos, adquieran el rango de nueva categoría junto a los bienes jurídicos, configurándose con ello un modelo de Administración “no como servidora social, sino señora de la sociedad”.

comisión del delito¹⁶⁷. Esto es, según la tesis sostenida por Roxin, el funcionario que tiene cualquier tipo de intervención en un delito propio de funcionario puede considerarse autor del delito aun cuando materialmente no haya más que realizado una actividad coadyuvante de quien ostentaba el dominio del hecho. No parece admisible que pueda fundamentarse la condición de autor sobre la mera existencia de la infracción del deber, abstracción hecha de la efectiva intervención en la ejecución del hecho. Tampoco que haya de mantenerse para la falsedad documental propia del funcionario un concepto de autor distinto que para la del particular, habida cuenta de la extensión del concepto de autor en el primero que ello supondría. Ninguna duda hay acerca de que el autor del art. 390 CP ha de serlo necesariamente un funcionario que obre en ejercicio de sus funciones. Pero también en el delito propio de funcionario el sujeto activo ha de realizar total o parcialmente la conducta típica, teniendo el dominio del hecho característico de la forma de autoría de que se trate. Cuando el particular sea quien ejecuta la acción, el funcionario que coadyuva a la realización del hecho con una actividad no típica será partícipe, y su participación habrá de considerarse punible cuando la conducta del particular autor sea típica -suponga la ejecución de alguna de las modalidades comisivas del art. 390 a las que el art. 392 CP remite- además de antijurídica.

Más problemas que la autoría única en el delito especial tipificado en el art. 390 CP puede plantear aquella situación en la que coautores materiales de un mismo ilícito lo sean funcionario y particular, no aquellos en que ambos sean funcionarios que obran en ejercicio de sus funciones o sujetos activos sólo incluíbles en el art. 392 CP. En este sentido, se ha afirmado que si la falsedad prevista en el art. 390 CP se considera delito especial propio el particular jamás podrá ser considerado autor -o coautor- debiendo calificarse de participación su intervención, mientras que si se considera delito especial impropio la conducta del particular podrá reconducirse al art. 392 CP¹⁶⁸. En puridad, y según la concepción de la autoría aquí sostenida, autor del delito de falsedad del art. 390 CP, en cualquiera de sus modalidades, sólo puede serlo el funcionario público. La condición del autor viene fijada en este delito por una circunstancia referida al sujeto que sólo ostenta quien tiene la condición de funcionario. Otra cosa será que la conducta del particular se considere constitutiva de coautoría, en cuyo caso podrá acudirse al art. 392 CP, si como particular puede ser autor de la conducta típica¹⁶⁹, o habrá de calificarse como forma de participación cuando tal modalidad comisiva no esté prevista para el particular, evitando así su impunidad¹⁷⁰. Ello salvo

¹⁶⁷En tal sentido, GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., p. 289; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho Penal español*, op. cit., pp. 101-103; RODRÍGUEZ MOURULLO, *El autor mediato en Derecho penal español*, op. cit., p. 473, quien, además de criticar la contradicción que supone esta concepción con el principio de legalidad, critica también que con ella, en tanto en relación con los *extranei* no se distingue entre autores y partícipes, acaba propugnándose un concepto extensivo de autor; OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., p. 229.

¹⁶⁸En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 337 y 338 en relación con los arts. 302 y 303 CP de 1973; sostiene la misma opinión en vigencia del nuevo Código penal, cfr. GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 131 y 132.

¹⁶⁹Así las SsTS de 13 febrero 1991 (RJ 1020) que rompe el título de imputación, aplicando el art. 302 CP de 1973 a la funcionaria coautora que abusa del cargo y el art. 303 del mismo cuerpo legal al particular coautor; 17 diciembre 1991 (RJ 9534) que aplica el art. 302 CP de 1973 al funcionario y el art. 303 al particular director de una autoescuela que en régimen de coautoría falsificaban permisos de conducir.

¹⁷⁰Consideran que en caso de coautoría de *intraeus* y *extraneus* en delito especial impropio el *extraneus* responderá como autor del delito común, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, op. cit., p. 839, para quien si el coautor *extraneus* lo es de un delito especial podrá ser considerado autor del delito común por mor del art. 14.1 CP

que se entienda que en los delitos especiales -propios o impropios- no cabe más autoría que la del *intraneus*¹⁷¹. Puede argüirse frente a esta última postura que resulta incomprensible la razón por la que un *extraneus* y un *intraneus* no pueden realizar, en régimen de coautoría, respectivamente dos tipos distintos, y que no parece suficientemente fundamentado que una acción que sea materialmente constitutiva de autoría principal haya de verse degradada a la condición de participación por el hecho de que la ejecute un *extraneus*. Desde este prisma, la reconducción a la participación podrá aun justificarse con menor apoyo a la vista del nuevo Código penal, atendida la desaparición de una figura de participación equivalente a la del art. 14.1 CP de 1973. En realidad, el *extraneus* coautor puede realizar acciones ejecutivas no típicas en relación con el delito especial, pero en todo caso típicas tomando en consideración el delito común. Ahora bien, si se parte de la concepción de la falsedad documental regulada en el art. 390 CP como delito pluriofensivo, la conducta del *extraneus* coautor junto a un *intraneus*, además de lesionar preferentemente una de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, puede infringir principios rectores del correcto funcionamiento de la Administración, contenido de injusto este último que no se aprehendería calificando la conducta del *extraneus* de autoría del art. 392 CP, mientras su calificación como partícipe del delito previsto en el art. 390 CP se corresponde mejor con el injusto que su conducta entraña. Ello no significa, sin embargo, que no fuera preferible el establecimiento de una penalidad intermedia, pues el particular no puede lesionar con tanta fuerza como el funcionario el buen funcionamiento de la Administración Pública.

La condición de delito especial de la falsedad documental prevista en el art. 390 CP plantea aún también una serie de especificidades en este delito por cuanto se refiere a la tercera de las formas de autoría principal, la autoría mediata. Lo mismo ocurre en la participación, en que habrá de atenderse a las distintas posiciones vertidas por la doctrina y la jurisprudencia a los efectos de determinar conforme a qué precepto ha de calificarse la conducta del particular que participa en el delito del *intraneus* o del funcionario que participa en el delito común. Ambas cuestiones, por las particularidades que cada una de ellas supone, se abordan separadamente.

de 1973, mientras que si lo es de un delito especial propio “habrá que analizar si la actividad del extraño es susceptible de ser considerada como acto de participación -especialmente cooperación necesaria y complicidad- del delito especial”; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 156, en el mismo sentido que el anterior; DE LA MATA BARRANCO, *La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales...*, op. cit., p. 100, para las falsedades documentales mantiene esta opinión, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 321.

¹⁷¹Distinta es la solución para aquellos autores, que, como QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho Penal español*, op. cit., pp. 79 y ss, parecen no admitir la coautoría principal del *extraneus* en el delito especial, reconduciendo los casos de autoría material a la figura prevista en el art. 14.1 CP de 1973, habiendo de determinarse la pena del partícipe *extraneus* según las reglas de la accesoriedad. Parecida opinión sostiene GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., p. 292, para quien el extraño que participa -sea como coautor, inductor, cooperador necesario o cómplice, en un delito especial (propio o impropio)- ha de responder en base al delito especial; OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., p. 419; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, op. cit., p. 719, para quien el art. 14.1 CP de 1973 recogería todas las formas de intervención que, no siendo de autoría, se presten mediante la realización de una acción ejecutiva, así “la realización por un no cualificado, en delitos que exigen especiales elementos de autoría, de una acción que, en cuanto tal es coautoría, conjuntamente con otro u otros sujetos sí cualificados”. Dicha opción coincide con la adoptada desde el prisma de los delitos de deber, pues según ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., p. 355, tampoco cabe la coautoría del *extraneus*, que habrá de ser considerado cómplice.

B) Tratamiento de la autoría mediata

Ninguna duda existe en la doctrina actual acerca de la consideración de la autoría mediata como una forma de autoría principal, distinta de la inducción -que sí es forma de participación-, en que el hombre de atrás utiliza al autor inmediato como instrumento y puede ser considerado autor del delito en sentido estricto. Así como la inducción supone hacer nacer en otro la determinación de realizar una concreta acción delictiva, actuando el inducido dolosamente, aunque con voluntad que no es libre en sus mecanismos, la autoría mediata implica la utilización de una persona como “instrumento”. Requiere, pues, el uso de un autor inmediato que obra sin dolo¹⁷², generalmente por haber padecido error.

Ningún problema plantea, a nuestro entender, la configuración típica del delito de falsedad documental en orden a la admisión en este delito de la autoría mediata¹⁷³. Puesto que no nos hallamos ante un delito de propia mano¹⁷⁴, como ha

¹⁷²En tal sentido, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho Penal español*, op. cit., pp. 95-96, quien admite que, en estos últimos casos, la conducta del hombre de atrás es directamente subsumible en el tipo incluso en vigencia del CP de 1973. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 614 y ss., sostiene una postura minoritaria en virtud de la cual sólo puede hablarse estrictamente de autoría mediata en los casos del instrumento que obra con error, pero no en aquellos en que el instrumento sea menor de edad penal u obre bajo una presión psicológica (por miedo), pues cuando el autor inmediato obra conscientemente, con dolo, aun cuando el proceso motivacional del sujeto haya sido anormal en su desarrollo, debería irse a la inducción; en sentido parcialmente concordante, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., op. cit., pp. 483 y ss., sostienen que es difícil afirmar que el uso de un inimputable dé lugar a la autoría mediata, pues en tales casos el hombre de atrás no siempre tiene el dominio del hecho. Más amplia es la concepción de la autoría mediata que sostienen autores como GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., p. 222, quien considera que se extiende a casos en que se utiliza como instrumento a quien obra con error, al que obra obligado -sobre el que se ha ejercido miedo insuperable-, o al inimputable; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., pp. 138 y ss., para quien constituyen supuestos de autoría mediata aquellos en que se domina mediante la coacción, mediante el error, e incluso en supuestos en que el instrumento es a la vez víctima -en los llamados casos de inducción al suicidio-, no así en los supuestos de instrumentalización a través de aparatos organizados de poder, que reconduce a la complicidad o cooperación necesaria, pero también la admite en determinados los casos de instrumento doloso no intencional, aun cuando no lo haga en el caso del instrumento doloso no cualificado, que reconduce al actuar por nombre de otro.

¹⁷³Un problema al que puede conducir la adopción de un concepto objetivo-formal de autor es al rechazo de la autoría mediata en los delitos de resultado de medios comisivos determinados, en este sentido, GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pp. 222 y ss., quien pone como ejemplo el delito de lesiones en su regulación anterior a la reforma del mismo operada en 1989, por considerar que en estos casos es imposible subsumir la conducta del autor mediato directamente en el tipo, pues no ha sido el autor mediato quien directamente ha “golpeado”, sino que lo ha hecho el sujeto engañado, habiendo de reconducirse la conducta del autor mediato bien a la participación, como inducción o cooperación necesaria. Semejante solución adopta el autor en las falsedades documentales, que son un delito especial de medios determinados, en pp. 240 y ss., defiende también que para estos delitos que el autor mediato *intraneus* sólo podrá ser considerado inductor o cómplice, puesto que otra posibilidad la veta el principio de legalidad, si bien admitiendo la aplicación de la agravante de prevalimiento al partícipe *intraneus*; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho penal español*, op. cit., pp. 106 y ss., crítica con razón dicho posicionamiento, pues no cabe la inducción o la cooperación necesaria en un supuesto en que el autor directo obra sin dolo -en el caso propuesto por GIMBERNAT por causa de error-, la participación a un hecho atípico es impune, admitiendo la autoría mediata en tales casos -salvo que se los

declarado la jurisprudencia¹⁷⁵, cabe esta posibilidad. Podrá, por tanto, ser autor mediato de la falsedad documental del art. 392 CP el funcionario público que utilice a un particular o a un funcionario instrumento para ejecutar algún tipo de actividad falsaria en un documento que la normativa aplicable le conceda la potestad de emitir. Del mismo modo, el particular que utilice como instrumento a un funcionario o a otro particular podrá ser autor mediato de la falsedad documental prevista en el art. 392 CP siempre y cuando la conducta activa realizada por el instrumento sea de aquellas comisibles por particular.

Los problemas de autoría mediata en la falsedad documental vienen determinados por aquellos casos en que el funcionario efectúa la falsedad utilizando a un particular o a un funcionario absolutamente incompetente que obran con dolo, pero que nunca podrían haber sido sujetos activos de la falsedad prevista en el art. 390 CP. También en aquellos otros en que el autor mediato sea un particular que utiliza como instrumento a un funcionario que realiza una modalidad

considere delitos de propia mano- y a salvo también de declaración legal en contra. Igualmente crítico con la tesis de GIMBERNAT, desde el prisma de la teoría del dominio del hecho, se muestra HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., pp. 278 a 280. Justamente para evitar la imposible concepción de la autoría mediata desde la definición objetivo-formal de autor RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, op. cit., p. 811, establece que no ha de confundirse “realización” del hecho con “ejecución física (directo-corporal)” del mismo, de ahí que utilice el verbo “realizar” para caracterizar al autor en p. 802. Considera que también el verbo “ejecutar” -no identificado con ejecución física- incluye a la autoría mediata, GONZÁLEZ RUS, *Autoría única inmedita, autoría mediata y coautoría*, op. cit., pp. 107 y 108.

¹⁷⁴Reciben la denominación de delitos de propia mano aquellos que, por la especial naturaleza de su injusto, exigen una ejecución personal e intransferible por parte del autor. Acerca de la admisibilidad de la autoría mediata en esta clase de delitos vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., pp. 282 y ss, advirtiendo que la mayoría de ilícitos considerados tradicionalmente de propia mano admiten la autoría mediata según la teoría del dominio del hecho. Ampliamente sobre este concepto y sobre su fundamentación, MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 101 y ss., quien, además de postular su desaparición de *lege ferenda*, llega a solventar de *lege data* los problemas que tradicionalmente habían planteado en la autoría y la participación. Partiendo de un concepto material de autor -asume la teoría del dominio del hecho- considera que cabe autoría mediata del *intraneus*. Concluye que constituyen delitos especiales a los que cabe aplicar los postulados propios de los delitos de infracción de deber.

¹⁷⁵Cfr. SsTS 4 noviembre 1988 (RJ 8970); 27 mayo 1991 (RJ 3872); 7 julio 1991 (RJ 4545); 16 septiembre 1991 (RJ 6390); 15 junio 1994 (RJ 4960); 20 mayo 1996 (RJ 3838). Si bien el Tribunal Supremo ha recurrido a la negación de la naturaleza de delito de propia mano para fundamentar la indiferencia acerca de la intervención ejecutiva en la falsedad de quien es considerado partícipe -nótese que tal extremo carece de importancia, dado que no se discute en este tipo de delitos la admisión de la participación-, en ocasiones ha admitido expresamente la autoría mediata en el delito de falsedad documental. En este sentido, cfr. SsTS 12 julio 1982 (RJ 4519) en un supuesto en que el autor mediato se valió de una menor de edad para confeccionar recetas falsas; 1 julio 1983 (RJ 4138) en que admite la autoría mediata del delito de uso de documento falso “cuando quien constándole la falsedad de un documento lo entrega a otra persona para que ésta lo use en su provecho, sin poner en su conocimiento dicha falsedad o haciéndole creer que es verdadero”; 27 abril 1993 (3226) en que admite como autoría mediata, incluíble en el art. 14.2 CP de 1973, el supuesto de una auxiliar de la Administración de Justicia que hace mecanografiar a un inferior un auto de procesamiento falso, aun cuando no se interroga acerca de la ausencia de dolo de dicho inferior; 29 mayo 1993 (RJ 4289) en que admite la autoría mediata de falsedad de quien posee letras de cambio falsas y las presenta al cobro (sic); 19 enero de 1995 (RJ 570) en que se advierte que la jurisprudencia no excluye ni la coautoría ni la autoría mediata en el delito de falsedad documental por no ser un delito de propia mano.

comisiva cuya comisión reserva el actual Código penal al funcionario, la prevista en el art. 390.1.4 CP.

En relación con los casos en que el autor mediato es el *intraneus* -funcionario- que utiliza como instrumento a un *extraneus* doloso, difícilmente puede construirse la autoría mediata. Puesto que el supuesto instrumento actúa con pleno conocimiento de la acción que realiza, ya no puede decirse que actúe “instrumentalizado” por el hombre de atrás. De ahí que la calificación de la conducta, cuando la modalidad comisiva sea de aquellas que puede cometer el *extraneus* según el art. 392 CP, conllevará la consideración de autor del *extraneus* conforme a este precepto, siendo el funcionario partícipe, generalmente inductor, o también cooperador necesario del ilícito cometido por el particular. Distinta será la solución cuando la acción falsaria consista en el faltar a la verdad en la narración de los hechos¹⁷⁶, que no puede cometer el particular según se establece en el art. 392 CP. Entonces no puede construirse la autoría directa del particular conforme al art. 392 CP, pero tampoco la autoría mediata del funcionario, al no ser el *extraneus* un mero instrumento, de lo que se deriva que la conducta de ambos quedará impune. Sólo puede construirse en estos casos la autoría mediata -incluso en aquellos en los que el particular puede ser autor de la falsedad conforme al art. 392 CP- de admitirse la posibilidad de autoría mediata con instrumento doloso no cualificado -*qualifikationslosen dolosen Werkzeug*-. Dicha teoría, que supone que la autoría mediata puede admitirse también en aquellos casos en que el instrumento obra conscientemente, se refuerza con la consideración de los delitos de funcionario como delitos de deber, al propugnar que lo esencial para determinar la autoría en tales ilícitos lo constituye la infracción del deber extrapenal¹⁷⁷. Sin embargo, como sostiene la mayoría de la doctrina española¹⁷⁸, ninguna de estas

¹⁷⁶Resulta, sin embargo, difícilmente imaginable que el particular pueda cometer esta modalidad comisiva sin simular con ello un documento público, puesto que generalmente habrá de hacerse pasar por el funcionario para producir la apariencia de estar confeccionando un documento que de aquél proviene, por lo que deberá imitar su firma.

¹⁷⁷En tal sentido ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., pp. 360 y ss, quien en los delitos de deber se separa de las consideraciones acerca de la autoría mediata de los delitos de dominio. Afirma que sólo puede ser autor mediato quien infringe el deber extrapenal, sin que sea necesario determinar el sujeto que tiene el dominio del hecho para determinar al autor mediato. Basta pues con que el obligado al cumplimiento del deber utilice la acción de una persona que se encuentre fuera del ámbito de las obligaciones del deber. De esta premisa el autor infiere que siempre el funcionario que utiliza al *extraneus* habrá de ser considerado autor mediato, siendo el *extraneus* partícipe aun cuando tenga el dominio del hecho. Ello incluso cuando el delito cometido sea de los denominados especiales impropios, pues también en ellos el funcionario es el único sujeto que puede lesionar el deber extrapenal.

¹⁷⁸En tal sentido, GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pp. 291-292; RODRÍGUEZ MOURULLO, *El autor mediato en Derecho penal español*, op. cit., pp. 469 y ss., quien rechaza dicha construcción tanto en los supuestos de instrumento doloso que obra sin intención como en aquellos en que es un no cualificado, proponiendo la calificación de estos casos como de inducción cuando la conducta del autor principal sea típica, sin que quede otra salida que la impunidad cuando ello no sea así; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, op. cit., pp. 808-810, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, op. cit. passim, en especial, pp. 618, 647, 730. En parecido sentido, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho Penal español*, op. cit., pp. 97 y ss; GONZÁLEZ RUS, *Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría*, op. cit., pp. 109 y ss; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, op. cit., p. 801; COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 678; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, op. cit., pp. 186 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., p. 399; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., pp. 309 y ss., según quien ni los partidarios del dominio psicológico-normativo -que producen una modificación del concepto de dominio del hecho- ni la tesis de Roxin logran

construcciones puede admitirse, al desnaturalizar la figura de la autoría mediata. Mediante la tesis de Roxin se consideran autorías mediatas conductas que materialmente son de participación, puesto que el dominio del hecho está en manos del instrumento. En puridad, sólo la postura de Roxin, que fundamenta esta construcción sobre la base de la infracción del deber extrapenal, es coherente en la calificación de la conducta, aunque admitir sus argumentos supone tanto como admitir la equiparación a la autoría de cualquier conducta de participación que el obligado al cumplimiento del deber efectúe¹⁷⁹. De no admitirse la teoría de los delitos de infracción de deber, sólo la responsabilidad por omisión del funcionario permitiría considerar penalmente relevante su conducta. Sin embargo, como en otro momento se expondrá¹⁸⁰, cabe admitir únicamente la “participación en comisión por omisión” del funcionario en la falsedad, que no será penalmente relevante cuando coadyuve a la comisión de un hecho atípico a menos que exista habilitación legal que permita romper el límite negativo de la accesoriedad.

En aquellos casos inversos al anteriormente tratado en los que el *extraneus* utiliza a un *intraneus* como instrumento, la autoría mediata del particular nunca podrá considerarse autoría del art. 390 CP. En tanto la autoría mediata constituye una forma de autoría principal, para ser autor mediato de una determinada figura delictiva se ha de poder ser autor inmediato de la misma¹⁸¹. Esto es, partiendo de la consideración de que el autor viene definido en cada uno de los tipos de la Parte Especial, no podrá ser autor principal -entiéndase la autoría en cualquiera de sus formas- del delito previsto en el art. 390 el particular, ya que sujeto activo del mismo ha de ser necesariamente un funcionario que obre en ejercicio de sus funciones. Ello no es óbice, sin embargo, para que el *extraneus* se convierta en autor del ilícito

fundamentar la autoría mediata en el supuesto del instrumento doloso no cualificado, lo que lo conduce a adoptar la tesis de Gracia Martín según la cual tales casos han de resolverse a través de la cláusula del actuar en lugar de otro. Admiten, sin embargo, las tesis de Roxin a este respecto, GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, op. cit., p. 118; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte especial*, 4ª edición, op. cit., p. 374, para quien “(...) el hecho constituye realización del riesgo típicamente relevante que supone la conducta del funcionario (imputación objetiva del resultado): ello constituye una base objetiva suficiente para imputar a éste el delito como autor si otro sujeto, el mediador, no puede serlo”; implícitamente, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., op. cit., p. 483, al afirmar que cabe autoría mediata cuando el instrumento no actúa típicamente porque le falta una especial cualificación, poniendo el ejemplo del funcionario que se sirve de un tercero como persona interpuesta para recibir dinero, que podría ser considerado autor mediato del delito de cohecho.

¹⁷⁹Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El autor mediato en Derecho penal español*, op. cit., p. 473, en que critica el concepto extensivo de autor al que conduce la tesis de Roxin en los delitos especiales.

¹⁸⁰vid. infra cap. III, apartado 2.2.2.

¹⁸¹En tal sentido, entre otros, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal español*, op. cit., pp. 110 y ss, quien concluye que en los delitos especiales propios la solución al vacío punitivo que tal cuestión genera sólo puede resolverse mediante la introducción en la parte general o especial de normas específicas que prevean en tales casos la punición del particular; GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., p. 229; OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., p. 411; GONZÁLEZ RUS, *Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría*, op. cit., p. 116; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte especial*, 4ª edición, op. cit., p. 379; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 156-157; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, op. cit., p. 192; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, op. cit., pp. 307-308, quien coincide con la doctrina mayoritaria, pero utilizando distinto razonamiento, pues considera que en estos casos más que hablarse de autoría mediata debería hablarse de autoría a secas, pues “ni aunque el *extraneus* realizara directa y personalmente la conducta objetiva del tipo podría atribuírsele la calificación de autor directo”, de modo que no es necesario interrogarse sobre el dominio del hecho de quien no posee la cualidad que el tipo requiere para ser autor.

previsto en el art. 392 CP; aun cuando el problema que inmediatamente se plantea es determinar qué sucede en aquellos casos en que el particular utiliza como instrumento a un funcionario para cometer una falsedad documental de la que él nunca podría ser autor directo.

Ya en otro momento se ha indicado que existen distintos supuestos en que el particular puede inducir a engaño a un funcionario haciéndole documentar un hecho no veraz sobre el que el documento confeccionado tenga fuerza probatoria reforzada. Estos supuestos no se limitan, como propugnaban aquellos que concebían este tipo de falsedad como falso testimonio extrajudicial, a los casos en que la declaración se efectúa, oralmente o por escrito, ante un funcionario. Son imaginables situaciones en las que se instrumentalice al *intraneus* presentando, por ejemplo, documentos falsos que provocarán una actividad documentadora por parte del funcionario que tenga como resultado un documento con función probatoria alterada. Piénsese en supuestos como el del otorgante de una escritura pública que presente a un Notario un documento de identidad falso, consiguiendo así que en el documento público conste como interviniente una persona con identidad distinta de quien realmente ha intervenido¹⁸². Asimismo, aquellos en que se presente a un encargado del Registro Civil un parte médico de nacimiento o defunción falso a los efectos de que se inscriba un nacimiento o defunción que no ha acaecido o que lo ha hecho en hora distinta a la indicada, o en que el sexo del nacido no se corresponde con el real, o incluso en que la filiación del nacido no sea la verdadera¹⁸³. Cabe pensar también en el supuesto en que se presente

¹⁸²Podría plantearse en este supuesto, al igual que en todas aquellas otras falsedades documentales en que se utilice un nombre perteneciente a otra persona la hipotética concurrencia de la falsedad documental con el delito de usurpación de Estado civil. Aun cuando parte de la doctrina española -por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 220-221- y algunas sentencias del Tribunal Supremo -cfr. SsTS 25 octubre 1992 (RJ 5686), 14 junio 1983 (RJ 3416), 28 abril 1989 (RJ 3559), 17 octubre 1991 (RJ 7288)- admiten la posible concurrencia de delitos -que no de normas- entre la falsedad documental y esta falsedad personal, un sector de la doctrina italiana considera que las falsas declaraciones del particular ante funcionario acerca de su identidad no deben incluirse entre las falsedades documentales, sino en el art. 495 CP italiano, lo que resulta lógico atendiendo a que aquel precepto incrimina expresamente la falsa declaración del particular ante el funcionario sobre su identidad, o sobre cualidades personales propias o de otro. Vid. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 617; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 292; RAMACCI, *Falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 120-121; RANIERI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 669; SABATINI, *Considerazioni sulla falsità ideologica in atti*, op. cit., pp. 886-887; VINCIGUERRA, *Mendaci attestazioni del privato al notaio in un atto di compravendita immobiliare. Art. 483 c.p.?*, op. cit., p. 456, quien admite la existencia de concurso de normas entre el respectivo delito de falsedad documental y el art. 495 CP italiano, aplicando este último por su mayor penalidad.

¹⁸³A este respecto, el art. 41 Ley del Registro Civil establece que también sobre la filiación del nacido, además de sobre el hecho, fecha, hora, lugar de nacimiento o sexo hace fe la inscripción. Dicha inscripción puede practicarse por declaración de quien tenga conocimiento del nacimiento, sin perjuicio de que el facultativo que haya asistido el nacimiento dé parte al encargado del Registro civil, conforme establecen los arts. 42 a 44 de la Ley. En relación con la relevancia penal que pueda tener el falso reconocimiento de hijo natural, aun cuando no inscrito en el Registro Civil, puede verse MUSCATIELLO, *Il successivo falso riconoscimento di figlio naturale. Fra esigenze di politica criminale e principio di tipicità*, op. cit., pp. 691 y ss, quien considera que tal conducta no es típica ni conforme a la falsedad documental ni conforme a las falsedades personales en el Código penal italiano por cuanto no hace prueba de la veracidad de la paternidad. Cuestión distinta, y que en nada empece la fuerza probatoria de la inscripción en relación con la filiación, la constituye que el art. 29 del Reglamento declare, en relación con la certificación en extracto de nacimiento ordinaria, que "no da fe de la filiación", extendiéndose la fe pública de la misma sólo al hecho, fecha y lugar del nacimiento o sexo del inscrito. La conducta descrita,

documentación falsa ante la Jefatura policial que fuera para conseguir la expedición de un Documento Nacional de Identidad a favor de persona distinta.

Ciertamente, cuando el error se provoque al funcionario con la presentación de documentos apócrifos podrá hablarse de una falsedad previa -generalmente típica y encuadrable en las modalidades comisivas previstas en los núms. 1 y 2 del art. 390.1 CP- cometida por el particular. Sin embargo, dicha falsedad será sólo medio para cometer una segunda falsedad en autoría mediata, finalidad de la primera acción falsaria, que debería encontrar también acomodo jurídico entre los delitos de falsedad. En algunos supuestos de falsedad ideológica mediata del particular su conducta podrá subsumirse en el art. 390.1.3º CP. Si bien el suponer en un acto la intervención de personas que no han intervenido o atribuirles declaraciones que no han efectuado se limita, en caso de autoría directa del particular, a aquellos supuestos en que éste actúa una función documentadora semejante a la de algunos tipos de funcionario -en determinado tipo de documentos mercantiles-, puede tener virtualidad más allá de estos casos su mantenimiento para solucionar el vacío punitivo que puede suponer la ausencia de incriminación de la falsedad ideológica del particular en el actual Código penal. Así, para quienes consideran que la firma falsa estampada en una escritura notarial no es simulación parcial -como aquí se dijo-, sino subsumible en el núm. 3º del art. 390.1 CP, tiene sentido mantener la remisión a él efectuada en el art. 392 CP, aunque sólo sea para construir la autoría mediata de la falsedad en tales casos. La situación cambia en aquellos otros en que la conducta no puede calificarse conforme a este precepto¹⁸⁴, y ni siquiera pueda tampoco hablarse de simulación parcial de documento, pues en ellos la autoría mediata del particular quedará impune por ausencia de previsión legislativa¹⁸⁵.

cuando de engaño sobre el mismo alumbramiento o sobre la filiación se trate será, a su vez, subsumible en el delito de suposición de parto, previsto en el art. 220.1 CP, lo que puede plantear la duda de si nos encontramos ante un concurso de delitos o de normas. Sin que pretenda resolverse en este momento dicha cuestión, merece tenerse en cuenta la nueva ubicación de este delito -fuera ya de los delitos contra el Estado civil- entre las infracciones contra las relaciones familiares, clarificadora en orden a la distinción de bienes jurídicos protegidos en ambos ilícitos.

En relación con la falsa inscripción de defunción, también la Ley del Registro civil, en su art. 81, establece que la inscripción hace fe de la muerte, y de la fecha, hora y lugar en que acontece. La inscripción de la muerte se produce también con base en la declaración de los interesados, ello sin perjuicio de que sea necesaria la certificación médica -aun con examen del cadáver por parte del encargado del Registro o de los extremos de la certificación por el médico adscrito al mismo- o de otros documentos cuando se trate de muerte violenta, de conformidad con los arts. 82 a 86 de la mencionada Ley. Dicha conducta en ningún caso puede incriminarse como alguna de las previstas contra el respeto a los difuntos en el art. 526 CP, por lo que no se plantean problemas en el discernimiento del concurso de normas o de delitos en caso de que se produzcan ambas.

¹⁸⁴Conviene aquí recordar la interpretación restrictiva que de esta modalidad se efectuó al estudiar las acciones típicas, circunscribiéndola sólo a aquellos supuestos en que el particular hace declaraciones ante un funcionario público que tiene el cometido de documentarlas.

¹⁸⁵Para solventar tales supuestos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, op. cit., pp. 720 y ss., quien, considerando que el término "forzar" incluido en el art. 14.2 CP de 1973 no podía interpretarse como *vis absoluta* -puesto que entonces constituiría un supuesto de autoría directa- ni *compulsiva* -pues entonces se trataría de autoría mediata directamente subsumible en el tipo de la parte especial-, ni tampoco de inducción, concluía que dicho precepto castigaba todos aquellos casos en que un sujeto realiza conductas materiales de autoría por empleo de fuerza pero en que determinadas exigencias -como aquellas que tiene que ver con características especiales del sujeto- impiden castigar al *extraneus* como autor según las reglas generales. De tal manera podrían incluirse en esta forma híbrida de intervención -que Díaz y García no califica ni de autoría ni de participación- los supuestos en que el *extraneus* instrumentaliza al funcionario

En conclusión, la ausencia de remisión del art. 392 a la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.4 CP puede llevar en algunos supuestos a la irrelevancia penal de la conducta del particular que instrumentaliza a un funcionario para la comisión de una falsedad ideológica. Ni siquiera el reconocimiento explícito de la autoría mediata entre las formas de autoría principal en el párrafo primero del art. 28 CP puede superar el límite legal que representa la tipificación del faltar a la verdad en la narración de los hechos como modalidad comisiva únicamente prevista para los funcionarios¹⁸⁶. Con la denuncia de esta laguna legal no se pretende, ni mucho menos, dar por buena la anterior remisión *in totum* que el art. 303 CP de 1973 efectuaba a las actividades falsarias previstas en el art. 302 CP de 1973, incluida la del número 4, aun cuando durante la tramitación parlamentaria del PrCP de 1994 se hubiese defendido tal posibilidad justamente para evitar el actual vacío punitivo¹⁸⁷. La derogada técnica de tipificación de la falsedad ideológica del particular, aun conjugada con la simplificación de las conductas típicas que ha operado el nuevo Código penal, entrañaría el peligro de que se mantuviese una amplia interpretación de la modalidad típica que abocase en la subsunción en dicho precepto de conductas que no alterasen extremos del documento con fuerza probatoria reforzada. Sin embargo, ello no significa que no hubiera podido preverse, dentro del capítulo relativo a las falsedades documentales, un tipo específico que incriminase exclusivamente la autoría mediata del particular en este tipo de falsedades, al modo como lo hacen otros textos punitivos de nuestro entorno jurídico, así el Código penal italiano, en su art. 483¹⁸⁸, o el Código penal alemán, en

mediante el uso de *vis absoluta o compulsiva*. Sin embargo, el legislador de 1995, lejos de ampliar este supuesto a los casos en que la instrumentalización se produce por vía de error tal como proponía este autor, ha suprimido la expresión “quienes fuerzan a otros a ejecutar el hecho” junto a la inducción en el art. 28 CP, situación que lamenta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría y participación*, op. cit., pp. 1286 y 1287.

¹⁸⁶En este mismo sentido, en concreto para el delito de falsedad documental, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 211-212 y 320; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 306. De distinta opinión, ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., p. 484, para quien la supresión en el Código penal colombiano de tal modalidad delictiva puede llevar a incriminar la conducta del particular como autoría mediata, aunque olvida que los principios generales que rigen en materia de autoría impiden hacer responsable como autor mediato a quien no puede serlo inmediato.

¹⁸⁷En tal sentido, la enmienda núm. 421 del Grupo popular en el Congreso pretendía unificar en un sólo número las falsedades que ahora se prevén en los números 3º y 4º del art. 390.1. La misma enmienda -con el número 641 y 643- mantuvo en el Senado, aduciendo que “en el texto del proyecto se contemplaba la falsedad del particular en documento público, oficial o mercantil en los tres primeros números del apartado 1 del art. 382, a no ser que sea aceptada la enmienda 641 en los términos en que la hemos defendido. En el supuesto de no ser aceptada, la enmienda pretende que también se incluya en el número 1 del artículo 382, es decir, cuando el particular cometiere falsedad faltando a la verdad en la narración de los hechos, consiguiendo, por ejemplo, que un funcionario efectúe la declaración de hechos no ocurridos, como podía ser el caso de reconocimiento falso de paternidad u ocultación de estado civil en compraventas efectuadas en escritura pública”. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Comisiones, 10 octubre 1995, núm. 226, pp. 72, y 74. Pleno, 25 octubre 1995, núm. 93, p. 4885. Sobre esta cuestión, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 306, quien mantiene la misma opción que la aquí defendida; sin embargo, propone asimismo la desaparición de la remisión del art. 392 al 390.1.3 CP, y la paralela creación de un tipo de autoría mediata del particular.

¹⁸⁸Acerca del tenor del precepto y las características básicas del mismo vid. supra cap. II, apartado 1.3.1. La concepción italiana de este delito, a diferencia de la alemana, se basa en la vulneración por el particular del derecho a la verdad que la ley en determinados casos le impone, más que en la consideración del ilícito como un supuesto expresamente previsto de autoría mediata. Tal interpretación, además de por la construcción dogmática de

el § 271¹⁸⁹. La previsión expresa de esta posible incriminación no debería basarse, por tanto, en la existencia de un supuesto deber de veracidad del funcionario que en específicas ocasiones se traslada al particular, sino en que la función probatoria reforzada que determinados documentos experimentan respecto de determinados extremos que contienen puede verse “mediatamente” alterada por el particular. Se trataría, por tanto, de establecer un precepto *ad hoc* para dotar de relevancia penal a un típico supuesto de autoría mediata que no resulta incriminable partiendo de las reglas generales de la autoría y la participación¹⁹⁰. Su aplicación, pues, sólo tendría

la falsedad documental de la tradición jurídica italiana distinta de la germana, se debe a la dicción del precepto, que incluye la locución “hechos sobre los cuales el documento esté destinado a probar la verdad”. Un indicio que apunta en esta dirección lo constituye que MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., pp. 363 y ss, que sostiene una construcción del delito muy influida por la doctrina germana y que incluso se refiere al ilícito contenido en el art. 483 CP italiano con una denominación -falsa declaración mediata- que recuerda en gran parte a la que el StGB da al § 271, incorpora también la idea de la obligación de manifestar la verdad por el particular. Vid., asimismo, sobre las características del delito recogido en este precepto, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 842 y ss; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., pp. 617 y ss; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 91; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., pp. 233 y ss, quien también se refiere a la falsedad indirecta o mediata, aun cuando le da conjuntamente la denominación de falso testimonio impropio; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., pp. 289 y ss; SAPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 51 y ss; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., pp. 118 y ss; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 450 y ss.; CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., pp. 930 y ss.; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 589, en que puede verse claramente la relación entre la obligación jurídica de decir la verdad por parte del particular y la fuerza probatoria del documento; GUERRINI, *Aspetti problematici della falsità ideologica descritta all'art. 483 c.p.*, op. cit., pp. 682 y ss, mucho más cercano a la construcción germánica del ilícito y a la concepción aquí sostenida, viene a decir que han de analizarse las concretas normas que regulan el documento no a los efectos de establecer el deber jurídico de decir la verdad del particular, sino para ver si la norma reconoce a las declaraciones del particular una específica eficacia probatoria.

¹⁸⁹Sobre la conducta aquí prevista vid. supra estudio de la regulación de las falsedades documentales en el Código penal alemán.

¹⁹⁰En tal sentido plantea la doctrina alemana mayoritaria la previsión específica del § 271 StGB, ideado para llenar los vacíos de punición generados porque en aquel Código la falsedad ideológica se concibe como delito propio de funcionario, y que será de aplicación sólo en aquellos casos en que el particular use al funcionario como instrumento -aun cuando éste actúe imprudentemente según la mayoría de autores-, y no en aquellos otros en que el funcionario obra conscientemente, en que, consecuentemente, habrá de ser considerado autor de la infracción prevista en el § 348 -delito específico de funcionario-, siendo el particular partícipe en el delito especial, reduciéndosele la pena según dispone el § 28.I StGB. Cfr. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 291; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., p. 632; LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 748; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 220-221; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 416; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2043, nms. 1 y 2; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 271, nm. 55; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nms. 1 y 2; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 159, nm. 2; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1396, nm. 15; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 266, nm. 23; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., pp. 1161-1162, nm. 7; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., pp. 113-144; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 218-219, nms. 604 y 605; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., pp. 369 y 371; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 2; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 319; WESSELS,

sentido en los casos en que efectivamente se instrumentalizase al funcionario, acudiéndose a la calificación de autoría por vía de este ilícito o a la aplicación del delito especial de funcionario -con eventual participación del particular- según las reglas generales de la participación¹⁹¹. El extremo sobre el que el particular engañase al funcionario -o lo instrumentalizase por cualquiera de las otras posibles vías para convertirse en autor mediato- debería ser necesariamente de aquellos que en el respectivo documento gozan de una fuerza probatoria privilegiada. También en este supuesto, al igual que se defendió para la comisión de la modalidad prevista en el art. 390.1.4 CP, habría de irse a la normativa reguladora del documento en cuestión para inferir aquellos elementos sobre los que se extiende esta prueba reforzada.

C) Cuestiones relacionadas con la participación

Hasta el momento se ha abordado el tratamiento de cuestiones que tienen que ver con la problemática que en relación con las falsedades documentales puedan plantear las formas principales de autoría reconocidas en el art. 28 CP. Ciertamente, también para tratarlas se ha debido traer a colación y tener presente la naturaleza especial del delito de falsedad documental cometido por funcionario. Ahora bien, ni por la doctrina tradicional ni por la jurisprudencia vertidas exclusivamente sobre la falsedad documental se ha dado tanta importancia a dicha naturaleza especial con miras al tratamiento de las formas de autoría como con relación a las cuestiones planteadas por la participación en este delito. Por ello parece necesario en esta sede tratar a grandes rasgos las opiniones mantenidas en nuestro país acerca de las singularidades que los delitos especiales plantean frente a los comunes en cuestión de participación.

No debe olvidarse, como advertencia previa, que dentro del art. 390 CP se prevén cuatro modalidades delictivas, de las cuales sólo tres pueden ser cometidas por particular, según establece el art. 392 CP. Tal circunstancia determina pues que una de ellas no tiene referente en ningún delito común, por lo que se configura

Strafrecht. Besonderer Teil-1, op. cit., p. 189; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 316, nm. 736.

¹⁹¹ Problemática podría ser, como lo ha sido en Alemania, la solución de aquellos supuestos en que el particular yerra acerca de la buena o mala fe del funcionario, esto es, lo toma como instrumento cuando éste obra dolosamente en realidad, o considera que obra dolosamente cuando en realidad sufre error. La doctrina ha sostenido tradicionalmente en aquel país que en tales supuestos puede también construirse la falsedad mediata del particular, penándose conforme al § 271 StGB la conducta. Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 417; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 271, nm. 55; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1396, nm. 15; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1162, nm. 7; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., pp. 371-372. Sin embargo, distintos autores se separan de dicha generalización, SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 21, considera que cuando el particular toma erróneamente al funcionario como doloso, nos encontramos ante una instigación intentada impune del § 348 StGB, mientras que si considera erróneamente que obra sin dolo concurre tan sólo tentativa del § 271 StGB; en el mismo sentido BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 115; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nms. 41 y 42; también consideran impune la conducta del particular que yerra considerando doloso al funcionario ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 219, nm. 606, aunque para el error inverso mantienen la consumación, y no sólo la tentativa, del § 271 StGB. Distinta es la solución propuesta por MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 163, nm. 17, para quien cuando el particular cree erróneamente que el funcionario obra con dolo se consuma el ilícito previsto en el § 271 StGB, mientras que cuando erróneamente considera que obra sin dolo comete instigación del mismo delito.

como un delito especial propio, en contraposición con el resto de falsedades operadas mediante las otras modalidades comisivas.

Los supuestos de hecho que, tanto en la falsedad documental como en cualquier otro delito especial propio o impropio, han planteado dudas en su tratamiento doctrinal y jurisprudencial son aquellos en los que un *extraneus* -un no funcionario o un funcionario absolutamente incompetente- participa en el delito que comete un *intraneus* -un funcionario que actúa en ejercicio de sus funciones-. También en los inversos, aquellos en el que el *intraneus* participa en el delito cometido por el *extraneus*, se ha cuestionado si la distinta cualificación personal ha de conducir a la calificación de la conducta conforme a distintos preceptos jurídicos. Ninguna duda suscitan aquellos otros supuestos en que autor y partícipe tienen la misma cualificación, lo que supone que el partícipe podría también ser autor del ilícito en el que sólo toma parte. En ellos se admite la unidad del título de imputación en todo caso.

Cuando el partícipe no goza de las cualificaciones personales que el tipo del delito en que participa requiere para ser autor -en puridad, partícipe *extraneus* en delito especial-, la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país se ha mostrado divididas en cuanto a la calificación jurídica de la conducta. En concreto, se ha discutido si ha de romperse el título de imputación, determinando entonces la pena del partícipe según la del tipo común correspondiente -cuando lo haya-, o bien si ha de mantenerse la unidad del título, determinando así la pena del partícipe en referencia a la del delito especial. El abanico de soluciones propuestas por la doctrina en nuestro país, de las que la jurisprudencia se ha hecho eco, pueden clasificarse en tres grandes grupos que, en líneas generales, se suceden en el tiempo.

El primero de los posicionamientos doctrinales es aquel que defiende que en los supuestos de participación del *extraneus* en delito especial ha de considerarse que al particular, en tanto a él no le alcanza la causa personal de ser funcionario, le es de aplicación lo dispuesto en el art. 65.1 CP¹⁹² -anterior art. 60 en el CP de 1973-. Según esta tesis, la penalidad del particular se fijará en función de la pena prevista para el delito común, mientras la conducta del funcionario continuará subsumiéndose en el delito especial. Para la falsedad documental en su regulación anterior al actual Código penal, dicho posicionamiento suponía que siempre la conducta del partícipe *extraneus* había de calificarse conforme al art. 303 CP de 1973¹⁹³. Sin embargo, la solución sería difícil de mantener teniendo en cuenta la

¹⁹²Dicho artículo, que trata de la comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal genéricas a los partícipes establece "1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurren. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito".

¹⁹³En tal sentido, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t II (Parte especial)*, op. cit., pp. 261-262; CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (Exposición y comentario)*, op. cit., p. 196; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 340 y 349-350; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 488; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 532; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t II. Parte especial*, op. cit., p.141, defiende la unidad del título de imputación en supuestos en que el partícipe es *extraneus*, aun cuando rompe dicha unidad y aplica a cada uno de los intervinientes un tipo distinto, en base al art. 60 CP de 1973, en los casos en que particular y funcionario son coautores de la falsedad documental; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 983, si bien en anteriores ediciones de su manual se mostraban conformes con Rodríguez Muñoz, posteriormente cambian su opinión, inadmitiendo la posibilidad de coautoría también en los delitos especiales impropios y defendiendo en todo caso la unidad del título de imputación.

nueva regulación, que impide que el particular pueda cometer la modalidad prevista en el núm. 4 del art. 390.1 CP; en este supuesto habría de defenderse, pues, la unidad del título de imputación para evitar la impunidad del partícipe.

La doctrina vertida con posterioridad criticó la aplicación de las reglas sobre la comunicabilidad de las circunstancias -contenidas en el art. 60 CP de 1973 y 65 CP- a la participación en los delitos especiales, por entender que se estaba trayendo a colación un precepto dirigido a disciplinar la comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas -las previstas en los arts. 21, 22 y 23 CP- a supuestos para los que no estaba pensado, para pasar a ser proyectado a circunstancias genéricas contenidas en la descripción típica -lo que constituye los llamados delitos circunstanciados- y a auténticos elementos constitutivos de la infracción penal -en los delitos especiales-¹⁹⁴. Partiendo de que el partícipe contribuye a la realización del delito -"hecho" de otro¹⁹⁵-, de que el tipo cometido por él se forma por el juego de las cláusulas generales establecidas en el Libro I del Código penal en relación con el tipo del Libro II¹⁹⁶, de los problemas que podría generar la ruptura del título de imputación en la participación en los delitos especiales propios¹⁹⁷, así como de que las normas penales se dirigen a

En fechas muy recientes, CALLE RODRÍGUEZ, *Teoría general de la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre la falsedad documental con especial referencia al documento mercantil*, op. cit., p. 772, sostiene aún la ruptura del título de imputación con aplicación directa del art. 60 CP de 1973; sin embargo, CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 262, matiza su opinión, pues aunque acude al art. 65 CP para fundamentar la aplicación al particular del art. 392 CP, se refiere a reglón seguido a la unidad del título de imputación. La jurisprudencia, por lo que se refiere en exclusiva al delito de falsedad documental, sostuvo la aplicación del art. 60 CP de 1973 incluso en sentencias no muy alejadas en el tiempo, cfr., entre otras, SsTS 14 mayo 1986 (RJ 2466), 12 junio 1990 (RJ 5276), si bien aquí el Tribunal Supremo ya no acude al art. 60 directamente, sino que hace una aplicación analógica del mismo en favor del reo. Al margen de los delitos de falsedad documental, muy recientemente el Tribunal Supremo ha mantenido la ruptura del título de imputación en detenciones ilegales especiales de funcionario del art. 167 CP, cfr. STS 29 julio 1997 (RJ 5855) (caso Marey), afirmando que "a diferencia de alguna otra legislación, en la española no existe prohibición de romper el título de imputación. Aquellos infringieron un deber específico como funcionarios o autoridades, deber que a éste último no le alcanzaba, y ello justifica la aplicación de una norma más benévola".

¹⁹⁴En tal sentido, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho Penal español*, op. cit., pp. 54 y ss., en especial pp. 64 y ss., en que expone su opinión personal, que circunscribe la aplicación del art. 60 CP de 1973 a las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, al tratarse de una regla de aritmética penal, inaplicable también a los delitos circunstanciados; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, op. cit., p. 868; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pp. 266 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 503; COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 686, nota 66; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 395-396.

¹⁹⁵De esta opinión GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pp. 272 y ss., cuando reacciona frente al argumento aplicativo del art. 60 CP de 1973 relativo al mantenimiento de la justicia material, arguyendo que la justicia dice todo lo contrario; esto es, "que no es lo mismo contribuir al "hecho" parricidio, donde al desvalor que ya lleva en sí la acción de "matar" se añade el desprecio por el vínculo parental, que contribuir al "hecho" homicidio, donde sólo existe el desvalor de "matar". O, lo que es lo mismo, que la justicia no dice que es igual contribuir al hecho de "matar" que "matar a un pariente", sino que dice que esto último es más grave que lo primero.

¹⁹⁶Vid. QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, op. cit., p. 68.

¹⁹⁷Cfr. QUINTERO OLIVARES, o.u.c. op. cit., pp. 69 y 70, quien critica la desigualdad de trato que se daría a los partícipes en delitos especiales propios e improprios con aplicación del art. 60 CP de 1973. Mientras que en el caso de delitos especiales

“todos” los ciudadanos sin distinción en su cualificación personal¹⁹⁸, se llega al convencimiento de que debe mantenerse la unidad del título de imputación en los delitos especiales tanto propios como impropios¹⁹⁹. Dicha concepción, dominante en la doctrina de los últimos años, supone que también en aquellos estudios relacionados con la falsedad documental se sostenga la unidad del título de imputación basada en la accesoriedad de la participación²⁰⁰, y que incluso el

impropios habría de irse a la figura del delito común respectiva, los partícipes en delitos especiales propios, o bien habrían de ser castigados conforme al delito que comete el *intrañeus* -lo que sería contradictorio con la solución propugnada para el delito especial impropio- o bien deberían restar impunes.

¹⁹⁸En tal sentido, QUINTERO OLIVARES, o.u.c., op. cit., pp. 35 y ss, en que analiza la teoría de los delitos de deber, que considera que existen determinados deberes que obligan solamente a determinadas personas, que son las únicas obligadas pues al cumplimiento del precepto, contraponiendo a ella que el Derecho penal cuya fundamentación se basa en la protección de bienes jurídicos lo hace con independencia del sujeto que contra ellos atente. De tal manera, la norma superior que late en los denominados delitos de deber va dirigida a todos, pudiendo observarse menor intensidad en el injusto del partícipe, pero sin que ello sea motivo bastante para romper el título de imputación.

¹⁹⁹Cfr. QUINTERO OLIVARES, o.u.c., op. cit., pp. 70-71; GIMBERNAT, *Autor y Cómplice en Derecho penal*, op. cit., pp. 276 y ss, quien a pesar de defender una postura intermedia atemperando la penalidad resultante para el partícipe *extraneus* en delito especial -que ha de ser superior a la del sujeto que colabora en un delito común e inferior a la del *intrañeus* que lo hace en delito especial- parte del principio de unidad en el título de imputación. -vid. el cuadro de soluciones para la participación de *extraneus* en parricidio e infanticidio y para la participación de *intrañeus* en homicidio que propone en pp. 286 y 287-, lo que se evidencia cuando traslada su teoría a los delitos especiales de funcionario. En ellos las resultas de la aplicación de la regla de la unidad del título de imputación no pueden atemperarse con la circunstancia agravante de no estar vinculado por el deber propio del funcionario, puesto que el Código penal no la recoge, si bien admite que cuando el funcionario participa en un delito común podrá agravarse la pena acudiendo a la agravante de prevalimiento del carácter público; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 503 y ss., quien, sin embargo, admite que la teoría de la unidad en el título de imputación puede llevar a soluciones poco deseables en los casos de partícipe *intrañeus* en el delito especial impropio privilegiante, pues entonces respondería más gravemente si es partícipe que si es autor, aun cuando admite que el defecto no es tanto de la teoría de la accesoriedad en la participación cuanto la propia existencia de tales tipos privilegiados; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., 11ª edición, p. 833; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, op. cit., p. 192, si bien admite una rebaja de la pena para el partícipe *extraneus* semejante a la establecida en el § 28 .I StGB; DE LA MATA BARRANCO, *La participación del funcionario público en delitos comunes...*, op. cit., p. 111, si bien considera que el particular podrá ser tanto partícipe del delito especial como autor del delito común, admitiendo la coautoría en delitos especiales propios; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., op. cit., pp. 498 y ss.

²⁰⁰CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 901-902, aunque reconoce que tal posibilidad supone penar más al partícipe *extraneus* que considerarlo autor del delito contenido en el art. 303 CP de 1973; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 348; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 636; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1070; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 339; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 131-133; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. p. 323, si bien mantiene -coincidiendo en ello con la tesis mantenida por GIMBERNAT- que cuando el funcionario participe en el delito previsto en el art. 392 CP podrá aplicársele la agravante de prevalimiento; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial. II (2) Delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 778; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 515; MARTÍNEZ-PEREDA

Tribunal Supremo, tradicional defensor de la aplicación del art. 60 CP de 1973, haya modificado su jurisprudencia²⁰¹. Sin embargo, la secuencia temporal entre la defensa mayoritaria de la ruptura del título de imputación con base en el art. 60 CP de 1973 y el mantenimiento de la unidad del título no es absolutamente nítida. Existen autores que ya en época de aplicación generalizada del art. 60 CP de 1973 eran partidarios de la calificación del partícipe *extraneus* conforme al delito especial -propio o impropio-²⁰², mientras ha habido también posteriormente quien, sin recurrir al mencionado art. 60 CP de 1973, mantiene la posible ruptura del título de imputación en delitos especiales impropios. Sostienen la posible ruptura, aunque por razones distintas, COBO/VIVES, quienes se basan en su especial concepción de los delitos especiales propios e impropios para sostener tal posibilidad²⁰³,

RODRÍGUEZ, *La falsedad documental en el ámbito de la función pública*, op. cit., p. 121; LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1066.

²⁰¹Existen, en el ámbito de la falsedad documental, sentencias que en los últimos años han defendido la unidad del título de imputación cuando el *extraneus* participa en el delito cometido por el *intraeus* -la falsedad documental de funcionario del art. 302 CP de 1973. Cfr SsTS 19 diciembre 1990 (RJ 9567) en que se dice que la condición de funcionario es esencial al tipo, sin que pueda aplicarse el art. 60 CP de 1973, manteniendo la unidad del título de imputación; 3 noviembre 1993 (RJ 8398) en que una funcionaria que no abusa de sus funciones es cooperadora necesaria del delito de falsedad de otra funcionaria que sí abusa de sus funciones al cometer la falsedad, determinándose la pena de la primera también conforme al art. 302 CP de 1973; 24 junio 1994 (RJ 5985) en que el Tribunal Supremo defiende la unidad del título de imputación por considerar que en los delitos comisibles únicamente por sujeto activo cualificado -art. 302 CP de 1973 o art. 390 CP-, en primer lugar, la condición de funcionario público opera como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa. En segundo lugar, porque la teoría contraria infringiría la teoría de la unicidad, según la cual todos los partícipes intervienen en un sólo y único delito, sin que sea lícito penar a unos subsumiendo su conducta en una figura delictiva y a otros encuadrando su comportamiento en una hipótesis legal distinta. En tercer lugar, porque otra solución implicaría la ruptura de la unidad del título de imputación y la propia entidad inescindible del tipo penal. En puridad, según dicha resolución, la conducta del no cualificado pierde sustantividad en favor de la principal y preferente del cualificado, asumiendo el *extraneus* el plus de desvalor de la conducta del funcionario; 19 mayo 1996 (RJ 4548) exactamente en el mismo sentido que la anterior, añadiendo que "(...) al fundirse la voluntad del "extraneus" con la del "intraeus", bien consumando este último a través de la inducción, bien cooperando materialmente al hecho falsario con una aportación causal necesaria al mismo, de un lado, la conducta del no cualificado pierde sustantividad en favor de la principal y preferente del cualificado, pues ambas aparecen finalmente ejecutadas para el logro del resultado típico de la falsedad documental en documento oficial, y de otro, el "extraneus" asume el plus de desvalor de la conducta del funcionario sujeto activo propio al ser consciente de que induce o coopera a que aquel quebrante los deberes ínsitos a su función"; 9 octubre 1997 (RJ 7483).

²⁰²Ya VIADA, *Código penal reformado de 1980 concordado y comentado*, op. cit., p. 387, establecía que el particular partícipe había de ser sancionado conforme al mismo delito que el funcionario -la falsedad del art. 314 en el CP de 1870-, dado que "puestos de acuerdo el funcionario público y el particular para cometer una falsedad en documento público, identificanse de tal modo, que separados nada son al objeto del delito, y unidos lo son todo. Al realizar el delito participa también en los efectos del resultado del mismo, en virtud de la intervención que en él ha tenido el funcionario público"; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 150.

²⁰³Cfr. COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 685-686, para quienes, como se dijo, los delitos especiales impropios no suponían diferencias en el injusto en relación con el delito común, sino sólo en la reprochabilidad, de ahí que, según estos autores, "(...) en los delitos especiales propios la responsabilidad del partícipe no cualificado se articulará a partir de la figura de delito realizada por el autor principal, mientras que, en los impropios, el partícipe responderá conforme a la figura común correlativa, pues no puede articularse una participación en las características de la culpabilidad que fundamentan la reprochabilidad del autor". En parecido sentido VIVES,

mientras RODRÍGUEZ MOURULLO --quien utiliza la nomenclatura delito especial propio o impropio según lo hace la doctrina dominante-- parte del equívoco en el que, según su parecer, han incurrido quienes mantienen la unidad del título de imputación a ultranza, considerando que se participa en el delito. Manifiesta este autor frente a ellos que “no se participa en el delito *tout court*: se participa en el delito en sí, en el delito en cuanto hecho”²⁰⁴. Esto es, la expresión “delito” referida a la participación no ha de entenderse como hecho jurídicamente valorado, sino como tal hecho²⁰⁵, en el sentido material-físico u ontológico del término. De ahí que, sosteniendo que el hecho cometido por *extraneus* e *intraneus* es el mismo, sea entendible que a ese hecho pueda atribuírsele distinta valoración desde la perspectiva del sujeto del que la comisión del hecho se predica²⁰⁶, aun cuando tal cuestión haya de resolverse para cada uno de los delitos especiales impropios previstos en la parte especial del Código penal²⁰⁷.

La tercera de las grandes corrientes doctrinales vigentes en nuestro país, posterior en el tiempo, pero heredera de algunas de las ideas vertidas con anterioridad al mantenimiento mayoritario de la unidad del título de imputación, vuelve a defender la posible ruptura de la valoración jurídica de la conducta del autor principal y el partícipe. Dicha posibilidad se ha planteado desde dos distintas perspectivas, ambas puestas de manifiesto y profundamente desarrolladas en nuestro país por PEÑARANDA RAMOS. La primera de ellas, supone un distinto entendimiento del principio de accesoriedad²⁰⁸, que descubre su carácter bifronte y el juego que dicha doble vertiente supone para el tratamiento de la participación en los delitos especiales. Parte este autor de la accesoriedad como factor de limitación y no de fundamentación de la responsabilidad²⁰⁹. Para él la doble naturaleza que se

Comentarios al Código penal de 1995, vol. I, op. cit., p. 285, para quien la solución que aplicaba el TS relativa al art. 65 CP era la menos mala. En tanto se ha considerado que el delito de falsedad específico de funcionario supone un mayor contenido de injusto que el común, habría de considerarse, conforme a esta teoría, que nos hallamos ante un delito especial propio, por lo que habría de mantenerse la unidad del título de imputación.

²⁰⁴RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, op. cit., pp. 865-866.

²⁰⁵RODRÍGUEZ MOURULLO, *ibidem.*, para quien, en consecuencia, asumiendo la frase de PEDRAZZI “no es de unidad de *delito* de lo que hay que hablar, sino de unidad de *hecho*”.

²⁰⁶En contraposición con la doctrina que sostiene la unidad del título de imputación, para RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, op. cit., p. 867, “lo que sería realmente motivo de escándalo es que se hiciese responder a alguien como partícipe de un *hecho* que realmente no se ha cometido. La Ley no puede consentirlo, porque supondría quebrantar la estructura ontológica de la participación, que es intervención en *hecho ajeno*, y presupone, por tanto, la unidad del hecho cometido”. No supone la ruptura del título de imputación contradicción con la unidad de hecho que se desprende de la accesoriedad en la participación porque “(...) el autor no *comete* el delito en cuanto comportamiento ya valorado, sino únicamente el *hecho* que luego el juez valora conforme a la ley, como *delito*”.

²⁰⁷RODRÍGUEZ MOURULLO, o.u.c., p. 868, deja abierta la posibilidad de admitir la ruptura del título de imputación, manifestando que habrá que examinar cada una de las figuras delictivas de la parte especial para ver cuál es “la voluntad legal expresada en cada figura delictiva”. Sostiene que es desacertado derivar ya de la estructura de la participación y de sus principios fundadores, adelantándose a la interpretación del concreto tipo, una respuesta unitaria. Justamente por la inseguridad que tal planteamiento genera es por lo que BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, op. cit., p. 263, critica la tesis de Rodríguez Mourullo.

²⁰⁸Cfr., sobre las distintas concepciones de accesoriedad sostenidas hasta el momento, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, *passim*.

²⁰⁹Cfr. PEÑARANDA RAMOS, o.u.c., p. 336, poniendo de manifiesto, en p. 339, que “el principio de accesoriedad, surgido como sabemos, para garantizar de un modo más

ha reconocido al principio -siguiendo a la teoría de HERZBERG-, que distingue entre accesoriadad en su aspecto negativo -que impide sancionar a un sujeto como partícipe de un delito sin que el autor haya cumplido los requisitos típicos por atentar contra la garantía formal del principio de legalidad- y en su aspecto positivo -que posibilita el castigo del partícipe cuando el delito cometido por el autor cumple tales requisitos-²¹⁰ ha de mantenerse en todo caso separada, pues sólo el aspecto negativo constituye la auténtica esencia de la accesoriadad cuando de elementos altamente personales del tipo se trata²¹¹. En puridad, el tratamiento de la participación que propone se basa en que la quiebra de ambas acepciones de la accesoriadad ha de tener un distinto fundamento. Para limitar la accesoriadad en su acepción positiva -rompiendo así el título de imputación del partícipe *extraneus*- bastaría acudir a principios de carácter prevalente: la culpabilidad o el injusto personal, en los que se basa la regulación de la comunicabilidad de las circunstancias que el Código prevé en el art. 65²¹². Por contra, para hacerlo en su acepción esencial-negativa es necesaria una habilitación legal expresa so pena, caso de no observarse esta limitación, de vulnerar la máxima *nullum crimen sine lege*²¹³. La solución propuesta por PEÑARANDA ha sido ya acogida por algún autor en nuestra doctrina²¹⁴.

La segunda de las vías apuntada también por PEÑARANDA, que parte de la afirmación de RODRÍGUEZ MOURULLO sobre que no se participa en el delito "tout court", sino en el hecho en sí²¹⁵, hecho en sentido ontológico, conduce al

riguroso la determinación de los tipos ha terminado convirtiéndose, paradójicamente, en un criterio que parece oponerse a la vigencia del principio elemental de que cada uno debe responder por su propio hecho y su propia culpabilidad".

²¹⁰PEÑARANDA RAMOS, o.u.c., p. 338.

²¹¹Cfr. PEÑARANDA RAMOS, o.u.c., pp. 340 y 341, cuando de tales elementos - que el autor entiende que lo son todos los elementos objetiva o subjetivamente configurados de la culpabilidad así como la totalidad de elementos subjetivos con independencia de su ubicación sistemática- se trata considera Peñaranda que más que del principio de accesoriadad, debería hablarse de un "principio de no accesoriadad".

²¹²Por ello PEÑARANDA, o.u.c., p. 354, preferiría reservar dicho precepto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sin trasladarlo analógicamente a la solución de problemas de participación en delitos circunstanciados y especiales, puesto que el principio de accesoriadad rectamente entendido lleva a las mismas soluciones. Afirmando que "Al proyectarse los preceptos generales de la participación sobre hechos principales que cumplen por completo las descripciones típicas de las que aquellas características forman parte queda formalmente abierta la posibilidad de que un partícipe responda también por esta figura delictiva, si a él le alcanza el fundamento material de la cualificación o del privilegio. Ello sucede cuando *también* en él se cumple, de un modo correspondiente, la característica vinculada al propio autor. En tal caso se puede decir que en él "concorre" una circunstancia que agrava o atenúa la responsabilidad". En parecido sentido, pero yendo más allá que este autor, BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, op. cit., p. 359, quien sostiene la posibilidad de ruptura del título de imputación del partícipe *extraneus* en el delito especial impropio con base en el concepto personal de injusto que sostiene sin necesidad de acudir a la aplicación analógica del art. 60 CP de 1973, que circunscribe a las circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal.

²¹³PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, op. cit., p. 355.

²¹⁴En tal sentido MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p.397, nota 37, en que parece aceptar la tesis de PEÑARANDA de la ruptura del título para el particular que interviene en un delito especial impropio incluso en los delitos de funcionarios, si bien se muestra más acorde con la solución propuesta por GIMBERNAT - comunicabilidad- para el problema desaparecido en el nuevo Código penal del particular que interviene en un delito de parricidio.

²¹⁵PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., p. 31.

tratamiento de la participación en el delito especial como participación en un concurso de leyes²¹⁶. Este autor se basa en que la especialidad en sentido lógico-formal presupone una relación de inclusión del delito especial con respecto al común, y no de exclusión²¹⁷, así como en la existencia de una relación de interferencia entre aquellas normas penales concurrentes cuya relación no es de especialidad²¹⁸. Adopta asimismo una concepción personal del concurso de leyes que permite aplicar el precepto desplazado por la solución del concurso a determinados supuestos, en concreto a aquellos en que el partícipe incurre en error sobre las características del hecho principal²¹⁹. Esto último le permite defender que “cuando el hecho principal cumple los requisitos típicos de varias figuras delictivas que se presentan en un concurso de leyes, la participación puede ir referida al tipo de delito del que se prescinde a la hora de calificar el comportamiento del autor”²²⁰. De ahí que en determinados supuestos de participación del *extraneus* en delitos especiales impropios admita la calificación de la conducta de éste conforme a distinto precepto que el autor²²¹. La misma opción que la propuesta por PEÑARANDA en este segundo supuesto ha sido adoptada por BOLDOVA PASAMAR, por cuanto se refiere al tratamiento de la participación en relación con el concurso de delitos. Llega más lejos que PEÑARANDA, desde el momento en que considera que la solución del concurso de normas puede aplicarse a los delitos especiales de funcionarios²²². Parte asimismo de la concepción personal del injusto²²³, y sobre todo, de la consideración de que, a pesar de que los elementos personales cualificadores fundamentan el injusto específico de su correspondiente

²¹⁶PEÑARANDA RAMOS, o.u.c., p. 187, manifiesta la existencia de una estrecha relación entre la teoría de la participación y la teoría del concurso de leyes, puesto que cuando el hecho principal “cumple los requisitos típicos de varias figuras delictivas que se presentan en un concurso de leyes, la participación puede ir referida justamente al tipo de delito del que se prescinde a la hora de calificar el comportamiento del autor (“naturaleza personal del concurso de leyes”).

²¹⁷PEÑARANDA RAMOS; o.u.c., pp. 36 y ss.

²¹⁸PEÑARANDA RAMOS, o.u.c., pp. 47, pone como ejemplos de estos concursos de leyes -en los que la imagen ya no es de círculos concéntricos como ocurre en los supuestos de especialidad, sino de círculos secantes- la relación existente entre el parricidio y el asesinato o entre la falsedad documental y el uso de documento falso. Advirtiendo que, al igual que ocurría en la relación de especialidad, también en ésta la relación de interferencia podría convertirse en relación de exclusión incluyendo una característica que expresara de forma negativa los rasgos distintivos del otro.

²¹⁹PEÑARANDA RAMOS, o.u.c., pp. 162 y ss.

²²⁰PEÑARANDA RAMOS, o.u.c., p. 187.

²²¹PEÑARANDA RAMOS, o.u.c., pp. 189-191, en que admite la ruptura del título de imputación en aquellos casos en que las características específicas que el tipo requiere concurren en el autor principal, pero no en el partícipe, aunque sostiene la unidad en el supuesto contrario -cuando es en el partícipe en quien recurren estas características- pues en estos últimos casos el autor no realiza más que un delito, no dos que concurren en forma de concurso de leyes.

²²²En concreto, BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, op. cit., p. 360, admite que la solución propuesta puede aplicarse a los delitos especiales impropios de funcionario que el Código formula, y en concreto a las falsedades documentales de funcionario y el alzamiento de bienes del comerciante en el anterior Código Penal, por entender que no existen diferencias sustanciales entre el delito de parricidio y el resto de delitos especiales impropios sobre este punto.

²²³BOLDOVA PASAMAR, o.u.c., pp. 350- 351, considera posible justificar dogmáticamente un tratamiento estrictamente personal de los distintos intervinientes sosteniendo el carácter inesencial del elemento personal y relegando a fases sistemáticas posteriores a la tipicidad el tratamiento individualizado que permite el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ello partiendo del axioma de que el injusto es personal y de que el partícipe realiza un menor injusto al no concurrir en él una determinada característica personal.

figura delictiva, también sirven para modular la intensidad del injusto que el delito común entraña, por lo que tal característica típica puede seguirse considerando materialmente circunstancia²²⁴. Esto justificaría su no accesoriedad y la consiguiente aplicación al partícipe de la penalidad prevista en el tipo básico. Según este autor, en los supuestos de participación en delitos especiales impropios subyace un concurso de leyes que ha de ser resuelto en sentido “valorativo-personal”²²⁵. Dicho concurso, que no se produce en los supuestos en que el *intraneus* participa en el delito que comete el *extraneus*²²⁶, sí acontece cuando el *extraneus* participa en el delito especial del *intraneus* (el *extraneus* puede ser considerado partícipe del delito común o del delito especial), y ha de resolverse teniendo en cuenta que ha de prevalecer la calificación que “ajuste y acepte en mayor medida el contenido de injusto personal que se enjuicia”. Considera así más específica para el partícipe extraño la calificación por el delito común que por el delito cualificado²²⁷, consiguiéndose con ello la consecución del “término medio ideal”²²⁸.

Un intento del Tribunal Supremo, posiblemente influido por las últimas corrientes doctrinales, de modular la pena del partícipe *extraneus* en el delito cometido por el *intraneus*, concretamente en los delitos cometidos por funcionario, puede observarse en resoluciones emitidas por este órgano jurisdiccional a partir del año 1994. A diferencia, sin embargo, de lo que estas corrientes propugnan, no se basa el Tribunal Supremo en el carácter personal del tipo de injusto, sino que aplica al partícipe *extraneus* una circunstancia atenuante analógica, fundamentándose en el contenido del art. 60 CP de 1973 y en el principio de proporcionalidad -la de no ser funcionario- con apoyo en lo establecido en el art. 9.10 CP de 1973²²⁹, que ya ha sido tildada de impropia por algún autor²³⁰. Es

²²⁴BOLDOVA PASAMAR, o.u.c., pp. 339, de ahí deduce que “(...) aunque tales circunstancias se traten de elementos del tipo de lo injusto, *fundamentadores* de lo injusto específico y, por tanto, esenciales para el tipo, en virtud de su asimismo demostrado carácter *circunstancial*, estará autorizado que tenga lugar respecto a ellos un tratamiento no accesorio(...)”.

²²⁵Cfr. BOLDOVA PASAMAR, o.u.c., p. 346.

²²⁶En tal sentido, BOLDOVA PASAMAR, o.u.c., pp. 350-351, entiende que en estos casos sólo es reconocible participación en delito común, pero no en delito especial, ya que no se ha producido propiamente la autoría del delito especial -el autor es *extraneus*- con lo que la participación del *intraneus* habrá de entenderse referida al delito común.

²²⁷BOLDOVA PASAMAR, o.u.c., pp. 352-353, pues, si bien es cierto que en abstracto, y en concreto para el autor, la calificación a la que conducen las reglas generales de solución en el concurso de leyes penales es la calificación por el delito especial, “(...) en relación al partícipe, por un lado, el objeto del concurso es distinto: no son dos autorías, sino dos participaciones las que convergen; y, por otro, también difiere el sujeto al que dicho concurso afecta. Abstractamente es más especial la calificación de partícipe en parricidio que la de partícipe en homicidio, pero si en el caso concreto añadimos a esto que el partícipe no posee la cualidad personal definida en el tipo, resultará más específica desde el punto de vista del contenido de lo injusto del partícipe la calificación por homicidio”. Permite, sin embargo, el aumento de pena del partícipe por el juego de las reglas 4ª y 7ª del art. 61 si se considera que es mayor la gravedad del hecho por conocer la infracción del deber por parte del autor.

²²⁸BOLDOVA PASAMAR, o.u.c., pp. 354-355, busca, en la solución del concurso que propone, llegar a una calificación de la conducta del partícipe que permita la consecución del término medio ideal que GIMBERNAT proponía y que, según él, este autor sólo consigue en los casos de participación del *intraneus* en el delito común, en que aplica al partícipe la agravante de poarentesco, pero no en los opuestos.

²²⁹En concreto, la STS 24 junio 1994, que trata de la participación de un particular en un delito de prevaricación administrativa, establece que nunca el *extraneus* podrá considerarse autor del delito en base al art. 14.1 CP de 1973, por faltar en él la condición de funcionario, aunque advierte que la solución es distinta en los supuestos de inducción y cooperación necesaria de un extraño respecto de un autor en que sí concurren las

justamente el no partir del carácter personal del injusto, sino únicamente de la menor entidad del mismo cuando de un no funcionario se trata, lo que puede llevar al Tribunal a defender la misma solución en los supuestos de participación en delitos especiales impropios, como las falsedades documentales²³¹, manteniendo así la unidad del título de imputación.

Por lo tocante al delito de falsedad documental, según las doctrinas últimamente expuestas, cuyos fundamentos se comparten para las consecuencias en el delito de parricidio o infanticidio, el tratamiento de la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.4 CP, en cuanto delito especial propio, ha de separarse de aquellos otros supuestos comisivos en que el delito de falsedad ha de considerarse especial impropio. La participación del *extraneus* en el delito de funcionario que comete esta falsedad ideológica no plantea problemas para el mantenimiento de la unidad o ruptura del título de imputación, sino sobre la admisión de la participación del no cualificado en un delito del que sólo el cualificado puede ser autor. Si bien el *extraneus*, según se despende del tenor literal, no puede vulnerar por sí sólo ni la función probatoria reforzada del documento -por cuanto nunca podría emitir un

circunstancias establecidas en el tipo penal, pues “Si la participación del extraño consiste en inducir o en cooperar con actos necesarios, entonces no es imprescindible que quienes así actúen sean funcionarios públicos. Por ello, y es el caso que ahora se somete a nuestra consideración, aquel o aquellos que, conociendo la condición o carácter de autoridad o, en general, de funcionario público del sujeto llamado a decidir en un expediente administrativo, le inclinan decisivamente a dictar una resolución injusta, inducen a prevaricar y son autores, en consecuencia, por el número 2 del artículo 14 del Código Penal, del correspondiente delito, lo mismo que el que presta su indispensable colaboración a la realización del delito también lo comete por la vía del número 3 del mismo artículo, aunque en tales casos pueda y deba utilizarse, por vía indirecta, el contenido del artículo 60 del Código Penal, que se refiere a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como determinante, cuando haya lugar a ello, de una atenuante por la vía del artículo 9.10 del Código Penal, es decir, mediante la utilización de la analogía en beneficio del reo, con la finalidad de no olvidar nunca el principio de proporcionalidad, que es inseparable al principio de justicia del que forma parte, pues sólo así la pena que haya de imponerse responderá a la exigencia de individualización y es obvio que, en estos casos, el extraño, al no concurrir en él la condición de funcionario, no actúa con la potencialidad y fuerza de antijuricidad que caracteriza a quien sí posee esta condición, pues le falta el plus de tal carácter que en él no concurre y que es el determinante, por así decirlo, del nacimiento de la figura penal alrededor de la cual giran las correspondientes participaciones delictivas”. En el mismo sentido Cfr. SsTS 10 enero 1997 (RJ 819) que aplica la misma atenuante analógica al *extraneus* partícipe en un delito de malversación; 12 febrero 1997 (RJ 1362), en relación con la participación del *extraneus* en el delito de cohecho; 25 marzo 1997 (RJ 1951) para el supuesto de intervención de un particular en el delito de malversación de caudales públicos.

²³⁰De esta opinión, VIVES, *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. 1, op. cit., p. 285, para quien constituye un acierto que la resolución del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994 reconozca la posibilidad de que el partícipe *extraneus* pueda serlo de la prevaricación realizada por un funcionario, aunque le parece “formalmente inadmisibles” la aplicación de una atenuante analógica deducida del art. 60 CP de 1973; GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 135-136, quien arguye, en primer lugar, que la atenuante analógica sólo se refiere a las previstas en el art. 21 CP, entre las que no se encuentra no ser funcionario público. Ello provoca, a juicio de este autor, “una flagrante transgresión del principio de legalidad criminal”. En segundo lugar, afirma que el art. 65 CP no puede aplicarse a elementos esenciales del delito. Por último, se refiere a la prohibición de la analogía en Derecho penal incluso en beneficio del reo.

²³¹Tal posibilidad se infiere de las mismas palabras contenidas en la STS 10 enero de 1997 (RJ 819) referido a la participación en delito de malversación, cuando se afirma “(...) en los delitos de los funcionarios públicos, la cualificación del sujeto, no funciona como una circunstancia agravante, y por tanto, no existe razón alguna para excluir la participación y romper el título de imputación (...)”.

documento con dicha específica fuerza-, ni tampoco contradecir los principios de funcionamiento correcto de la Administración por sí mismo -dado que a quienes incumbe como propio ese cometido es a los integrantes de la Administración, a los funcionarios públicos-, sí puede coadyuvar a vulnerar tales intereses valiéndose del *intraneus* que actúa como autor del ilícito. En tanto la participación implica la intervención en el hecho ajeno, no cabe duda de la posible intervención del *extraneus* en delito especial propio. Aun cuando es cierto que tal posibilidad es justificable atendiendo al contenido de injusto del delito en cuestión -que no se concibe aquí como infracción de un deber personalísimo, sino como lesión de un interés común- también lo es que el contenido de injusto inherente a la conducta de quien tiene la posición jurídica necesaria para vulnerar inmeditamente ese bien jurídico es mayor que el de aquél que, sin poder hacerlo por sí mismo, ha de valerse de quien se encuentra en aquella posición. El camino a recorrer para producir la efectiva lesión es más largo en el segundo caso, tanto por la aportación material del partícipe -generalmente menor que la del autor- cuanto por su situación jurídica. La solución intermedia ideal a la que GIMBERNAT aludía no puede obtenerse en la participación en delitos especiales propios directamente deducida de la ley, al faltar en nuestro Derecho positivo un precepto como el previsto en el § 28 StGB²³² que solvente estos problemas, de ahí que la solución propuesta por el Tribunal Supremo al aplicar una atenuante analógica con base en el art. 65 CP sea la menos mala, en espera de que, de *lege ferenda*, se dé solución legal a esta problemática teniendo en cuenta que cada interviniente ha de responder por su propio injusto y su propia culpabilidad.

Distinta es la situación de aquellas modalidades comisivas falsarias respecto de las cuales el particular puede ser autor. En relación con éstas las posibilidades que nos otorga la actual regulación penal son, o bien mantener la unidad en la calificación jurídica de la conducta -con eventual aplicación de la atenuante analógica- o bien calificar la conducta del particular como participación en el delito común contenido en el art. 392 CP. Mantener la segunda de las posibilidades pasa, sin embargo, por la traslación a la falsedad documental las soluciones propuestas por PEÑARANDA y BOLDOVA. Obsérvese que, de ser admisibles, tanto una como otra conducirían a la misma solución: partiendo de la doble acepción de la accesoriedad, la participación del *extraneus* en el delito especial del art. 390 CP habría de encuadrarse en el art. 392 CP, pues teniendo presente el carácter

²³²Según el primer párrafo del § 28 StGB, regulador de la accesoriedad en los elementos personales especiales del tipo, si al partícipe (instigador o cómplice) le faltan los elementos personales que fundamentan la pena del autor, la sanción de aquél se reduce en la medida determinada por el § 49.1 StGB. En virtud del segundo párrafo del mismo precepto, cuando tales elementos personales agraven, reduzcan o excluyan la pena, el efecto que éstos producen se hace extensivo sólo a los intervinientes en quienes tales elementos concurren. De ambos párrafos deduce la doctrina alemana mayoritaria que el partícipe *extraneus* que interviene en un delito especial propio ve reducida su penalidad en lo que fija el § 49.1 StGB, mientras cuando lo hace en delito especial impropio ha de acudir al delito común correspondiente para determinar la pena que le corresponde. Cfr., por todos, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, t. 2. *Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del delito*, traducc. Bofill Genzsch, Ed. Astrea, Buenos Aires, pp. 420 y 507-508; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 598 a 601.

La solución otorgada por el Código penal alemán no ha sido, sin embargo, adoptada sin reparos por parte de un sector doctrinal. Así JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pp. 834-835, para quien la solución de penar al *extraneus* partícipe según el delito común correspondiente no se adecuada "pues no queda abarcado el favorecimiento de la porción especial del delito por parte del no obligado especialmente", otorgando con tal solución el § 28.2 StGB un beneficio a quien no ostenta los elementos limitadamente personales que no es adecuado según su sistema de imputación.

personal del injusto, que es menor en el partícipe *extraneus* que en el autor *intraneus*, el aspecto positivo de la accesoriedad podría fundamentar tal solución, a los efectos de evitar la imputación excesiva o inadecuada del partícipe. En el supuesto inverso, esto es, aquel en el que el *intraneus* participa en el delito del *extraneus*, la calificación de la conducta del primero debería también hacerse en base al art. 392 CP -el delito común-, ya que la ruptura del título de imputación supondría, al calificar la conducta del partícipe *intraneus* conforme al art. 390 CP, una quiebra del aspecto negativo de la accesoriedad contraria al principio de legalidad.

Según los postulados de la segunda vía propuesta, cuando el *intraneus* es autor del delito está realizando simultáneamente dos delitos, que concurren en forma de concurso de leyes: es autor del delito especial del art. 390 CP y al mismo tiempo lo es también del delito previsto en el art. 392 CP. Por ello la solución al concurso será la aplicación del art. 390 CP al autor, mientras al partícipe podrá aplicársele el precepto preterido en la solución del concurso de normas principal, el art. 392 CP -siempre que se entienda la relación de especialidad como relación lógica de inclusión-. En el supuesto inverso, aquel en el que el *intraneus* participa en el delito del *extraneus*, al no cometer el autor principal dos delitos simultáneamente, sino sólo uno, el previsto en el art. 392 CP, no habrá ningún otro precepto más que éste a aplicar al partícipe.

El problema no es tanto determinar el resultado a que conducen estas dos opciones, que es siempre la ruptura del título de imputación para el supuesto en que el partícipe sea un *extraneus*, cuanto determinar si las mismas son aplicables al delito de falsedad documental. Cuando PEÑARANDA se refiere a los elementos del delito a los que no les alcanza la accesoriedad, incluye en estos a los elementos que él denomina “altamente personales” o “estrictamente personales”, cualquiera que sea la ubicación de estos elementos, ya sea en la culpabilidad o el tipo de injusto. Entiende que los conforman los elementos objetivos y subjetivos insertos en la culpabilidad y los elementos subjetivos cualquiera que sea su ubicación²³³. En tanto la cualidad de funcionario no forma parte de la culpabilidad, sino que sirve ya para conformar el injusto del respectivo delito, habrá que indagar si se trata de un elemento subjetivo -altamente personal, por tanto, y no sujeto a accesoriedad- o bien nos hallamos ante un elemento objetivo, aunque referido a un sujeto. No parece, sin embargo, que PEÑARANDA pretenda incluir en su teoría la condición de funcionario entre los elementos subjetivos que se ubican en el injusto²³⁴. Esto, en primer lugar, porque la aplicación de su teoría la hace extensiva solamente a los delitos de infanticidio y parricidio, sin trasladarla a los delitos especiales de funcionario²³⁵. En segundo lugar, por admitir la definición de delito especial propio e

²³³ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, op. cit., p. 340. Incluso en sentido contrario a los autores aquí citados, el carácter personal del injusto es algo que viene siendo cada vez adoptado por más autores en la doctrina penal moderna, vid. al respecto SANCINETTI, *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, en *Cuadernos de Conferencias y artículos núm. 3*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996, p. 11, en que manifiesta que el objeto del estudio es proponer un criterio que, sobre la base del injusto autónomo del partícipe en relación con el del autor, prescinda tanto de la accesoriedad externa o cuantitativa como interna o cualitativa -orientado sobre todo en el primer aspecto-, que permita prescindir del presupuesto del comienzo de la ejecución del hecho por el autor principal y fijar independientemente el inicio de la ejecución del instigador o cómplice.

²³⁴ De entenderse que este concepto incluye también la cualidad de ser funcionario, la solución coherente sería defender la ruptura del título de imputación cuando de partícipe *extraneus* se trate. Así lo mantuve en, VILLACAMPA ESTIARTE, *Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código penal de 1995*, op. cit., pp. 65-66.

²³⁵ Cfr. PEÑARANDA, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 335, se refiere al parricidio como un delito que se fundamenta en razones de carácter

impropio minoritaria preconizada por COBO y VIVES, que conduciría -según la tesis aquí mantenida-, a la consideración de delito especial propio de la falsedad documental y a la necesaria unidad del título para la participación del *extraneus*²³⁶. En tercer y último lugar, porque admite que las reglas generales del concepto de accesoriedad por él defendido -plasmadas en la regulación positiva de la comunicabilidad de las circunstancias modicativas de la responsabilidad criminal a los partícipes- permiten aplicar al partícipe *extraneus* la figura cualificada agravada o privilegiada de referencia cuando también a él alcanza el fundamento material de la cualificación o agravación. Esto es, en términos del art. 65 CP, cuando también en el partícipe concurre, “de un modo correspondiente, la característica vinculada en principio al autor”²³⁷. Si de lo hasta aquí dicho se deduce -como parece que ha de hacerse- que la condición de funcionario no constituye un elemento altamente personal del injusto, el autor no pone límite a su accesoriedad, con lo que podría defenderse la unidad del título de imputación conforme a su concepción.

La segunda de las teorías propuestas para resolver estos casos es la del concurso de normas penales. Para trasladarla al delito de falsedad es necesario, sin embargo, que pueda afirmarse la existencia de un auténtico concurso de normas entre la falsedad descrita en el art. 390 y la descrita en el art. 392 CP. Sólo con la constatación de tal extremo puede admitirse que el *intraneus* autor de la falsedad comete a la vez ambos ilícitos - entre los que se establecería una relación de especialidad entendida como relación lógica de inclusión- y se permitiría la aplicación para el partícipe del precepto inaplicado al resolver el concurso de normas. El problema que aquí puede plantarse para la admisión de tal relación es la propia dicción de ambos preceptos, que en lugar de referirse al funcionario, en el delito especial, y a un sujeto indeterminado, como suelen hacer los delitos comunes -generalmente con la locución “el que”-, se refiere el art. 390 al “particular”. Cabría preguntarse si en lugar de hallarnos ante un supuesto de especialidad entendida en sentido lógico-formal, no nos hallaremos ante una relación de las denominadas de exclusión formal. La especialidad en sentido propio implica que el “desvalor del tipo general no sólo está enteramente cubierto por el tipo especial, sino que además éste supone la concreción, en la órbita del tipo genérico, de un *plus* o un *minus*, bien de injusto o de culpabilidad, en relación con determinados hechos (*species*) del *genus* representado por el tipo más amplio”, como dice GARCÍA ALBERO²³⁸. Por contra, la relación de exclusión formal se deriva de que el supuesto de hecho de la ley pretendidamente recurrente muestra ya algún elemento que es

altamente personal, incluyendo en la nota 122, a aquellos autores que lo consideran tipo cualificado por concurrir mayor “culpabilidad”. Lo mismo ocurre con el infanticidio, en p. 356, que constituye un tipo privilegiado basado en “una disminución sustancial de la capacidad de motivarse de acuerdo con la norma”. Esto es, o bien se refiere con la expresión “elemento altamente personal” a elementos de la culpabilidad o a elementos del tipo que se encuentran muy cercanos a la misma. Parece con ello identificar el concepto de elementos altamente personales con el de elementos subjetivos de JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pp. 824 a 830, que diferencia los elementos subjetivos, que son personalísimos y, por tanto no accesorios -el dolo o los elementos subjetivos del injusto- de los elementos relativos a lo que denomina “deberes institucionales”, que son aquellos que ostentan, entre otros, los funcionarios, y que sí son limitadamente accesorios.

²³⁶Vid. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, op. cit., pp. 344-349, quien sólo critica la tesis de estos autores en los supuestos de participación de *intraneus* en el delito común del *extraneus*, en que propugnan que la pena del partícipe se determine conforme al delito especial, no al común, que es el único cometido por el autor.

²³⁷PEÑARANDA RAMOS, o.u.c., p. 354.

²³⁸Cfr. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, op. cit., p. 321.

incompatible con el supuesto de la contraria²³⁹, sin que la conducta pueda subsumirse simultáneamente en dos preceptos por la misma dicción de los tipos. No parece que el uso de la expresión “particular” en el art. 392 CP tenga la finalidad de negar la posible comisión del delito por el funcionario, puesto que esta posibilidad ha sido admitida generalmente por la doctrina y aquí defendida. Constituye más bien la consecuencia de una mala técnica legislativa que tipifica en primer lugar el delito especial, viéndose abocada ulteriormente a referir la conducta que remite a la primera tipificación a un grupo de sujetos activos concreto. No puede hablarse aquí de una limitación del sujeto activo del delito, aun cuando hubiese sido preferible que para despejar toda duda al respecto el legislador hubiese evitado utilizar la expresión “particular”²⁴⁰. No obstante, pese a que se admitiera que la relación que media entre ambos es de exclusión -cosa que no se hace-, la ausencia de concurso de normas sólo podría afirmarse de concebir esta figura como un problema de solapamiento según el tenor literal de los preceptos, no cuando se trate como un problema de solapamiento valorativo entre las distintas leyes²⁴¹. A la vista de los argumentos vertidos en atención a la falsedad parece más coherente considerar que la relación entre las falsedades de funcionario y de particular es de inclusión, lo que permitirá aplicar el precepto preterido, por ejemplo, en supuestos de error del partícipe.

No es pues la relación lógica existente entre los tipos previstos en los arts. 390 y 392 CP lo que, a nuestro juicio, impide aplicar la solución propuesta por BOLDOVA PASAMAR²⁴² a los delitos de falsedades, sino su consideración de que el delito de falsedad documental del funcionario no es esencialmente distinto del delito de parricidio²⁴³ por el carácter circunstancial de la condición de funcionario. Mal puede conciliarse la condición fundamentadora del injusto del delito propio de funcionario de este elemento con su entendimiento como mera circunstancia en relación con el delito común, pues ello supone subordinar la naturaleza del mismo a la finalidad que en cada caso se persiga. El delito de falsedad de funcionario, a diferencia del delito de parricidio, tiene sin lugar a dudas un mayor contenido de injusto que el delito común con el que se vincula. Configura un delito pluriofensivo que, además de afectar a la función documental que en cada caso se altere más directamente, implica la lesión de los principios básicos ordenadores del funcionamiento de la Administración. Ciertamente, el funcionario es quien más

²³⁹Sobre la relación de exclusión formal, vid. ampliamente GARCÍA ALBERO, o.u.c., pp. 93 y ss.

²⁴⁰En puridad, como ya se dijo, lo más correcto técnicamente hubiera sido introducir en primer lugar el tipo común, para seguidamente incluir el delito especial del funcionario. En ese supuesto podría afirmarse sin duda que el segundo de los tipos incluía el desvalor propio del primero y le añadía un plus, entablándose entre ambos una relación lógica de inclusión y no de exclusión.

²⁴¹En tal sentido, GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, op. cit., p. 101, quien, si bien no admite el concurso en casos de estricta unidad de hecho, sí considera la posibilidad de existencia de un concurso real de delitos en aquellos supuestos en que se producen, en estrecha conexión espacio-temporal, diversas acciones que colman cada uno de los requisitos de los tipos alternativos.

²⁴²Coviene recordar que PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., passim., refiere la posibilidad sólo a los delitos de parricidio e infanticidio en relación con el homicidio, así como en la relación de interferencia entablada entre parricidio-asesinato y falsedad documental-uso de documento falso, sin mencionar la posible aplicación del concurso de normas para romper el título de imputación en el delito de falsedad documental propio del funcionario.

²⁴³Es sólo BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, op. cit., p. 360, quien traslada esta aplicación a la participación del *extraneus* en el delito de falsedad del funcionario, sobre la base de que no le parece que entre el parricidio y el resto de delitos especiales impropios de funcionarios existan diferencias sustanciales.

directamente puede vulnerar este segundo interés, pero ello no constituye un obstáculo para que el particular pueda también hacerlo participando en el delito del funcionario, pues también la observancia de las normas orgánicas esenciales en el funcionamiento administrativo competen al particular en las relaciones que éste entabla con la Administración o con alguno de sus integrantes²⁴⁴. No se nos oculta, sin embargo, que el respeto a estos principios estructurales no se espera con igual medida del particular que del funcionario, lo que se evidencia en que sólo el funcionario puede ser autor principal del delito. De ahí que también en aquellos supuestos en que, participando el *extraneus* en el delito de falsedad de funcionario, éste comete una falsedad que también aquél hubiese podido cometer -cualquiera de las descritas en los tres primeros números del art. 390.1 CP- el injusto del partícipe es menor que el del autor, por lo que la accesoridad no debiera ser plena. Ante la inexistencia en nuestro Ordenamiento de un precepto que dé solución a tales situaciones, también aquí parece admisible la aplicación al partícipe *extraneus* de una circunstancia atenuante analógica.

Sin ánimo de exhaustividad, y únicamente por lo que a las falsedades documentales atañe, el contenido de injusto del partícipe en el delito propio de funcionario se modula en tres niveles, en orden decreciente, según los supuestos. Un primer nivel, en que la gravedad es equiparable a la del autor -siendo entonces accesorios todos los elementos del tipo- en aquellos casos en que el partícipe es, a su vez, un *intraeus*, un funcionario que también obra en ejercicio de sus funciones. Un segundo nivel en que el partícipe *extraneus*, a pesar de coadyuvar a la alteración de una de las funciones documentales que él hubiese podido alterar por sí sólo -las protegidas en los números 1, 2 y 3 del art. 390.1 CP- lesiona sólo en tanto participa en el delito de funcionario el otro de los intereses que la falsedad documental específica protege, por lo que la pena debería ser menor que en el primer supuesto. Y un tercer nivel en el que el injusto del particular es aún de menor entidad que en los otros dos y que, consecuentemente, debería tener aún menor penalidad, aquél en el que el *extraneus* no podría por sí sólo lesionar ninguno de los intereses que la falsedad específica protege, esto es, ni la función probatoria del documento propiamente dicha ni el buen funcionamiento de la Administración, como ocurre cuando asiste al funcionario que comete la falsedad prevista en el art. 390.1.4 CP. La ausencia de previsiones específicas en el Código que regulen los supuestos de participación del *extraneus* en el delito de funcionario nos conducen a otorgar el mismo tratamiento a los dos últimos supuestos mencionados -al defender la aplicación de una circunstancia atenuante analógica tanto en el delito especial propio como impropio-, lo que supone un tratamiento agravatorio para el partícipe en el delito especial propio en comparación con el que lo hace en el impropio. Aun cuando dicha disfunción podría intentarse paliarse acudiendo a las reglas establecidas en el art. 66 CP, en concreto a la 2ª y la 4ª, que permitirían el tratamiento de la circunstancia de no ser funcionario como atenuante ordinaria cuando la participación sea en la falsedad de funcionario especial

²⁴⁴Como dice JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 825, refiriéndose a los elementos limitadamente accesorios, establece “bien es verdad que no son plenamente imputables a aquel que no los ostenta, pero sí limitadamente. Esta imputación -aunque sea limitada- de elementos no realizados en la propia persona sólo es adecuada cuando, mediante la intervención, se convierte en alcanzable para el interviniente no cualificado algo que él *jurídicamente* no puede alcanzar por sí sólo, es decir, en los casos de intervención en los delitos especiales y en los delitos de propia mano, pues en estos supuestos la intervención proporciona un motivo para definir más ampliamente el ámbito de deberes del autor, aun cuando limitadamente frente al ámbito de deberes del cualificado por sí mismo”. De tal modo, “aun cuando sólo un interviniente aporte un deber, está así abierta para todos los intervinientes la posibilidad de poner en tela de juicio una institución por lo demás inaccesible para ellos”.

impropia y muy cualificada cuando lo sea en la falsedad de funcionario especial propia.

Contraria a la modulación del injusto del partícipe sería, según lo expuesto, defender la ruptura del título de imputación para la falsedad especial impropia y mantenerla en la propia. Con ello se penaría más gravemente a quien se encuentra en una posición más alejada al cumplimiento del total desvalor de la conducta que a quien puede acercarse en mayor medida al injusto completo, sin respetarse así que cada uno haya de responder según la medida de su propio injusto.

En el supuesto contrario, aquel en que el *intraneus* participa en el delito que el particular comete, no cabe duda de que, para el delito de falsedad, la pena del *intraneus* ha de determinarse en función del tipo realmente cometido, el previsto en el art. 392 CP²⁴⁵. No otra cosa permite la vertiente negativa de la accesoriedad, que en este aspecto supondría un claro límite al establecimiento de una responsabilidad penal proporcional al injusto personal. Ni siquiera será aquí necesaria la aplicación de la agravante de prevalimiento del carácter público, pues cabe imaginar supuestos de participación del funcionario en el delito cometido por el particular en que aquella condición no otorque ningún tipo de facilidad en la comisión.

1.2- El iter criminis en la falsedad en documento público, oficial y mercantil

Una vez analizadas las cuestiones relacionadas con la autoría y la participación en el delito de falsedad documental, conviene centrar la atención, también por su estrecha conexión con la configuración del tipo objetivo, en el estudio del momento consumativo del delito, así como tomar posición acerca de la admisibilidad de las formas de imperfecta ejecución, distinguiéndolas, en caso de admitirse, de los actos preparatorios impunes en la falsedad documental.

Con carácter previo a la fijación del momento consumativo en la falsedades previstas en los arts. 390 y 392 CP y de ahí deducir la admisibilidad de la tentativa, conviene, sin embargo, justificar el tratamiento en sede de tipo objetivo de cuestiones relacionadas con el iter criminis. La consumación, en tanto es un concepto formal, viene determinada por la propia descripción típica de la conducta, por lo que para determinar el momento en que acontece no es tan importante la atención al tipo subjetivo cuanto la consideración del bien jurídico a cuya tutela se encamina el delito. El tipo del delito de tentativa constituye, en definitiva, un tipo autónomo respecto del delito consumado²⁴⁶. Por tal razón, además de diferir del

²⁴⁵En tal sentido, las SsTS 14 julio 1984 (RJ 3889) en que se condena por cooperación necesaria del art. 303 CP de 1973 a una funcionaria encargada de la custodia de talonarios de recetas de MUFACE que entrega a los falsificadores talonarios en blanco de tales documentos; 24 mayo 1989 (RJ 4252) para el funcionario que da hojas en blanco de certificados en las que consta el correspondiente sello oficial al particular para que confeccione un certificado falso, en que la cooperación necesaria del *intraneus* también se subsume en el art. 303 CP de 1973; 3 julio 1989 (RJ 6016) en que se condena por cooperación necesaria del mismo delito al policía que da un impreso en blanco de denuncia con sello de la comisaría a un particular para que confeccione una denuncia falsa.

²⁴⁶Cfr., por todos, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª edición corregida y aumentada, Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 451; GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coord.) *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 370; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 39-58; SOLA RECHE, *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos*, Ed. Comares, Granada, 1996, pp. 130-131, quien, si bien admite el carácter dependiente de la tentativa respecto del delito consumado, entiende que esta relación de dependencia no impide postular que los tipos de tentativa y consumación son distintos. En sentido contrario, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*

consumado en la conducta exteriormente realizada -con la consiguiente disminución del desvalor de resultado-, la tentativa puede también suponer una distinta configuración del tipo subjetivo -lo que supondría distinto contenido ya en el desvalor de acción-. No obstante, las diferencias sustanciales entre uno y otro tipo no se encuentran tanto en la parte subjetiva del mismo, cuanto en la objetiva. Aquellos autores que postulan la diferente configuración del tipo subjetivo en la tentativa y la consumación, la centran en la exigencia en el delito tentado del ánimo de consumir el delito como elemento subjetivo del injusto²⁴⁷. Caso de admitirse la necesaria inclusión de dicho elemento subjetivo del injusto, cuestión cuyo tratamiento excedería con mucho de los límites de este trabajo, lo cierto es que en el tipo subjetivo del delito intentado la configuración del dolo -por lo menos el directo²⁴⁸- sería la misma que la del delito consumado²⁴⁹. La específica tendencia interna trascendente, ubicándose dentro del tipo subjetivo, se colocaría extramuros del dolo, de ahí que las fundamentales diferencias entre el tipo del delito intentado y consumado continúan hallándose en la configuración del tipo objetivo.

1.2.1- *La consumación del delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil: relación de esta figura delictiva con el uso de documento falso.*

A) *Determinación del momento consumativo*

La falsedad documental, como cualquier otro delito, requiere, para la consecución de los fines que el autor se ha propuesto al idear la ejecución del

español. Parte general, op. cit., p. 771, para quien tanto los actos preparatorios como las formas de imperfecta ejecución son delitos imperfectos, que no constituyen “delitos distintos”, sino que suponen un déficit en la tipicidad.

²⁴⁷De esta opinión, CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en *Problemas Fundamentales del Derecho penal*, op. cit., p. 33; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 343-344; FARRE TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 68 y ss; TAMARIT SUMALLA, *La tentativa con dolo eventual*, en ADPCP, 1992, fasc. III, passim, quien se muestra contrario a la afirmación de que “todo lo que vale para el delito consumado vale para el delito intentado”, admitiendo, en p. 549, que elemento integrante del tipo subjetivo en el delito intentado lo constituye el ánimo de de consumir el delito. En sentido contrario quienes, como OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 452, admiten que el desvalor de acción del delito intentado coincide con el del delito consumado.

²⁴⁸En puridad, la inclusión de tal elemento subjetivo del injusto en el tipo intentado, es, junto a otras razones, una de las que impiden la punición de la tentativa con dolo eventual. Al respecto vid. TAMARIT SUMALLA, o. u. c., pp. 545 y ss, quien se refiere asimismo al peligro de autoritarismo en la admisión generalizada de la tentativa con dolo eventual, a la identidad del dolo eventual entendido en sentido normativo con la imprudencia en los delitos de imperfecta realización así como a la semejanza estructural de la tentativa con el delito de peligro, para postular que la relevancia penal de aquellos hechos para los que se ha venido utilizando tradicionalmente el expediente de la tentativa con dolo eventual se solventa con la creación de específicos delitos de peligro. Sobre la admisibilidad de la tentativa con dolo eventual y las posiciones al respecto mantenidas en Alemania puede verse, además, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 77 y ss; FARRÉ TREPAT, *Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982)*, en ADPCP, 1986, fasc. I, pp. 257 y ss.

²⁴⁹Sin embargo, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 344, sostiene que, justamente por la inclusión del dicho elemento de tendencia trascendente, la configuración del dolo en la tentativa inacabada sería distinta a la del delito consumado, mientras que la identidad en el tipo subjetivo sí podría afirmarse de la tentativa acabada en relación con el delito consumado.

delito, la realización de una serie de conductas desarrolladas en un tracto sucesivo temporal, algunas de las cuales tienen correspondiente relevancia penal. La consumación representa la realización de todos los elementos que componen la figura delictiva de que se trate, por lo que acontecerá siempre después de la tentativa en el tiempo; sin embargo, lo cierto es que el establecimiento del momento consumativo determina una serie de consecuencias que hacen preferible a su tratamiento anticipado en esta sede.

Por un lado, la fijación del punto en que el delito de falsedad documental se entienda completamente realizado resulta determinante para fijar su grado de afcción al bien jurídico protegido, lo que conduce a su consideración de delito de lesión o delito de peligro. La caracterización del delito como de lesión o peligro puede tener trascendencia para la admisión de formas de imperfecta ejecución, siempre más justificables en aquellos delitos cuya comisión produce la lesión del objeto de protección que en aquellos otros en que la terminación de la conducta lo pone en peligro. La incriminación de conductas peligrosas supone ya un adelantamiento de la barrera de protección penal, con lo que la punición de la tentativa supondría adelantar aún más el momento en que el Derecho penal interviene. Podría pensarse así una suerte de tentativa de la tentativa o de puesta en peligro de la propia puesta en peligro²⁵⁰. Por otro lado, el momento consumativo determina asimismo si un delito es de resultado o de mera actividad, lo que también tiene su trascendencia en orden a admitir la posibilidad de tentativa acabada e inacabada, y de la incriminación de la comisión por omisión.

Estas cuestiones justifican por sí solas el estudio de la determinación del momento consumativo de la falsedad documental antes de internarse en el estudio de las formas de imperfecta ejecución en este delito. Entiéndase, como hace la práctica unánimidad de la doctrina que, cuando se habla de consumación, se concibe ésta en sentido formal. La consumación consiste en la realización por parte del autor de todos los elementos que se comprenden en la figura delictiva y que habrán de ser abarcados por el dolo. En contraposición, la consumación material o agotamiento del delito supone la consecución de los fines perseguidos por el autor del delito, estadio que resulta irrelevante para entenderlo completamente realizado en el sistema jurídico-penal español²⁵¹.

En concreto, por lo que hace a la falsedad, la doctrina no siempre ha llegado a soluciones unánimes al determinar el momento consumativo de esta figura delictiva. Ello aun partiendo del concepto formal de consumación aplicado a la falsedad documental y de que la estructura típica de este delito es sustancialmente coincidente en países de nuestro entorno jurídico, al pivotar sobre la definición de

²⁵⁰En tal sentido, BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 455, establece "(...)excepcionalmente (porque el legislador anticipa la punibilidad), si el delito está referido sólo a la puesta en peligro del bien jurídico, ya no se puede extender nuevamente la punibilidad, pues sería la puesta en peligro de una puesta en peligro (en el fondo, formalmente, la no "ejecución" de la no "ejecución")(...)". Reacciona contra la imposibilidad de admitir la tentativa en los delitos de peligro, pues para él no suponen tentativa de una tentativa, MOLARI, *Sul tentativo nel reato di falso ideologico*, op. cit., por considerar que en tales casos se sanciona la actividad no en cuanto tentativa de una tentativa, sino por representar la posible actualización de la lesión antijurídica del ordenamiento tenida presente en el estado de hecho simplemente peligroso.

²⁵¹Sobre la distinción entre consumación material y formal, vid., por todos, QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 599 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 659-660; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 345, quien se refiere al agotamiento con el vocablo "terminación"; FARRE TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 233 y ss, quien se refiere asimismo al agotamiento como "terminación"; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 454-455; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t.I, op. cit., pp. 69-73; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 11-15.

una serie de conductas falsarias que deben recaer sobre el documento. La ausencia de este acuerdo doctrinal no se observa tanto en Italia o Alemania, donde razones sistemáticas o históricas, respectivamente, explican el generalizado consenso, como en España. En nuestro país un sector doctrinal opina que la falsedad se consuma con la mera realización de la acción falsaria sobre el documento sin necesidad de introducirlo en el tráfico jurídico, mientras otros autores postulan la necesidad de que la consumación se posponga al momento en que el instrumento falso se introduce en el tráfico.

La práctica unanimidad de la doctrina italiana sostiene que la falsedad documental en documento público se perfecciona -formalmente hablando- con la realización de la conducta falsaria sobre el documento que constituye su objeto material. La denominada *editio falsi* constituye, pues, el momento consumativo²⁵². Dicha conclusión es casi obligada a la vista de la regulación italiana de las falsedades; el legislador al describir las distintas conductas falsarias sobre documento público no requiere expresamente la necesidad de uso -arts. 479 a 483 CP italiano-, cosa que sí hace en la falsedad en documento privado -art. 485 CP italiano-.

Parecida es la interpretación que efectúa la doctrina alemana en relación con la consumación del delito previsto en el § 267 StGB, aunque por distintas razones. En el Código penal alemán, hasta la modificación operada por la Novela de 1943, el delito de falsedad era uno de los llamados de dos actos, exigía para su consumación que el documento falso o falsificado se utilizara²⁵³. Tras la

²⁵²En tal sentido, CARRARA, *Programa de Derecho criminal. Parte especial*, op. cit., p. 356, § 3722; FINZI, *I reati di falso*, op. cit., p. 387, quien, sin embargo, apoya su decisión en que el daño propio de la falsedad en documento público se da ya con la propia falsificación, sin que sea necesario el uso; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 342; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 384; MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, op. cit., p. 385; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 100; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 317; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 793 y 796; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., pp. 611 y 616; RANIERI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 653; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 13; CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., pp. 909, 912, 923 y 936, en que advierten que en la falsedad en documento público no es necesario el uso por suponer ya la propia acción falsaria una lesión de la fe pública; BRICOLA, *Considerazioni esegetiche sul dolo specifico del reato di falso in scrittura privata*, op. cit., p. 73; cuando afirma que mientras en la falsedad en documento público el legislador se desinteresa de las ulteriores consecuencias y del concreto daño o ventaja con ella obtenidos, en la falsedad en documento privado dicho sucesivo proceso viene considerado relevante en la proyección psíquica; BOSCIA, *Della falsità in atti*, op. cit., p. 9. Por su parte, BENINCASA, *Falso ed imitazione nella problematica giuridica ed estetica*, en RIDPP, 1984, pp. 314 y ss., considera que la falsificación no consiste tanto en la alteración, sino en el uso.

²⁵³Sobre la fijación del momento consumativo en la anterior regulación de la falsedad documental en el StGB vid. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 746, que consideran que la falsedad se consuma con el uso; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., pp. 623, 626 y 635, que exigía el uso para la consumación, entendido como el hacer accesible el documento a aquel a quien se va a engañar, sin que sea necesario que éste llegue a conocer el documento ni que haya finalidad de engaño; en contraposición, es la falsedad prevista en el § 271 -falsa documentación mediata- la consumación acontecía con la finalización de la documentación, cifrada en el momento de la firma del documento en aquel que lo precisara, sin necesidad de uso; BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 228-229 y 247-253, quien caracteriza el delito como de dos actos, que se consuma con el uso porque lo que viene protegido no es el medio de prueba -cuya lesión se produciría con la falsedad- sino la prueba en sí, lesionada al usar el documento, sin que ello suponga que la consumación exija que llegue a operarse efectivamente el engaño; bastando que el autor cree un proceso de cercanía entre aquél que va ser víctima del engaño de forma tal

mencionada reforma desapareció esta necesidad, convirtiéndose el delito en infracción de un acto, al establecer el § 267 tres modalidades comisivas alternativas, a saber: la producción de un documento inauténtico, la falsificación de un documento preexistente y el uso de documento²⁵⁴. Las dos primeras modalidades comisivas, que antaño exigían el uso del documento, han visto adelantado el momento consumativo a la realización de la acción falsaria, aun cuando la introducción en el precepto del ánimo de engañar en el tráfico jurídico suponga la traslación al ámbito subjetivo de aquello que en otro momento debía producirse objetivamente para considerar perfeccionado el delito²⁵⁵. No obstante,

que le sea posible tomar conocimiento de su contenido; OETKER, *Zur Urkundenlehre im Strafrecht*, op. cit., pp 60-67, acoge la tesis de Binding relativa a que la falsedad no es ataque al medio de prueba, sino ataque a la prueba a través de manipulaciones prohibidas en la misma, de ahí que esté conforme con que la falsedad se consume con el uso de prueba y que tilde de meras infracciones de desobediencia los casos en que se falsifica un documento o se documenta uno inveraz sin intención de usarlo; EBERMAYER, *Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 424 y 426. También un autor suizo, BURKHARDT, *Probleme des Urkundenstrafrechts im Lichte der Rechtsprechung (insbesondere der neueren Basler Praxis)*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, op. cit., p. 84, califica los delitos de falsedad documental como de dos actos.

²⁵⁴Sobre los efectos que tal modificación supone vid. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 118; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2019, nm. 45, en que advierte que la tercera modalidad comisiva del § 267, el uso, es la más peligrosa; MIEHE, *Zum Verhältnis des Fälschens zum Gebrauchmachen im Tatbestand der Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 274 y ss; STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., pp. 48-49, para quien la nueva redacción del § 267 StGB adelanta la consumación a un momento previo al engaño, como es la producción del documento, trasladándose la auténtica dirección del ataque al tráfico jurídico al tipo subjetivo.

²⁵⁵Cfr., por todos, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 412, quien, al establecer que la falsedad documental se consuma materialmente con el uso, viene a reconocer implícitamente que las dos primeras alternativas comisivas contenidas en el § 267 se consuman con la efectuación de la acción falsaria; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 168, nm. 4, quien considera que con ello el legislador afirma la consumación de la conducta engañosa en un estadio muy anticipado; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., pp. 1382, nm. 32, para el § 267 y 1633, nm. 8 para el § 348, que se consuma tan pronto el hecho falso se escritura o se incluye en un fichero; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 149, nm. 63, aunque en p. 167, nm. 12, consideran que el § 267 StGB se consuma cuando se hace accesible el documento al tráfico jurídico; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 201, quien, a pesar de entender que las dos primeras modalidades falsarias se consuman con la mera producción del documento inauténtico o la alteración del documento ya existente, y que no se necesita acto de negociación para deshacerse del documento, advierte que hasta ese momento el documento no produce efecto hacia el exterior; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2029, nm. 94; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 371, quien, después de postular la comisión de las dos primeras modalidades comisivas del § 267 cuando se termina la consumación o alteración del documento inauténtico, establece que el delito previsto en el § 348 sólo se consuma cuando la falsa documentación se efectúa con conciencia de introducir el documento en el tráfico jurídico, puesto que no se protege la existencia del documento como tal, sino el tráfico jurídico con documentos públicos; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Stragesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 105, para quien el delito de falsedad se consuma formalmente con la producción del documento inauténtico, aunque su consumación material proviene del uso de la falsedad; LENCKNER, *Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB*, op. cit., p. 1894, en que afirma que en las dos primeras modalidades comisivas del § 267 se trata de ilícitos en que el legislador no espera a la consumación material en el sentido de lesión del bien jurídico, sino que garantiza la protección del bien jurídico con una suerte de antedatación de la consumación; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 89.

que la modificación operada por la Novela de 1943 haya supuesto un adelantamiento en la consumación del delito de falsedad en las dos primeras modalidades comisivas del § 267 StGB, no supone que no hayan sido puestos de manifiesto los inconvenientes que la protección excesivamente adelantada pueda conllevar. Según un importante sector de la doctrina alemana la consumación formal de la falsedad documental no constituye materialmente -atendiendo al bien jurídico protegido- más que un acto preparatorio²⁵⁶, a lo sumo equiparable a la tentativa²⁵⁷ del engaño, que es lo que materialmente prohíbe la falsedad. Por tal razón, hay quien sostiene una interpretación restrictiva de la consumación en el delito previsto en el § 348 StGB²⁵⁸, llegándose a postular, en lo concerniente al §

²⁵⁶En tal sentido, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 134, 135 y 147, nms. 11 y 56, que establecen que al daño propio de la falsedad documental se tiende con el uso, mientras con la acción falsaria sólo se prepara; de forma que la alternativa de creación de un documento inauténtico y la de falsificación son materialmente actos preparatorios, mientras el uso constituye materialmente tentativa del acto de engaño; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 172-173, nm. 456, consideran que la criminalización de la falsedad documental supone la consideración formal de consumación del estadio de preparación referido a la comisión de un delito contra el patrimonio, atribuyéndosele con ello la función de crear una cualificación para la comisión de este tipo de delitos (sic); MIEHE, *Zum Verhältnis des Fälschens zum Gebrauchmachen im Tatbestand der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 275, para quien el hacer uso constituye materialmente tentativa, mientras la acción falsaria constituye materialmente preparación; LENCKNER, *Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB*, op. cit., p. 1982, para quien las dos primeras modalidades comisivas son cualitativamente acciones preparatorias; LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., pp. 143 y ss, para quien la falsedad supone una acción preparatoria, representando el uso del documento falso el auténtico delito de peligro; de modo que, si el uso del documento falso es aquella acción que pone inmediatamente en peligro la fe pública del documento, la razón de la punición está en la específica intención y la relativa facilidad de llevarla a cabo; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2 Teil*, op. cit., p. 35, para quien la alternativa comisiva de uso del documento falso no significa más que la práctica transformación de la ya razón material de prohibición de las alternativas típicas de producción y falsificación; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 78, según quien, en comparación con la primera alternativa del § 267, que se refiere a la producción del documento inauténtico, el uso del documento engañoso contiene el ataque peligroso a la creencia pública, puesto que con él ya se da un concreto peligro para el tráfico jurídico.

²⁵⁷En este sentido, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 96, afirma que el elemento típico “para engañar en el tráfico jurídico” que incluye el § 267 StGB constituye la verdadera lesión del bien jurídico protegido, de modo que, al contentarse la ley penal con la inclusión de tal elemento en el tipo subjetivo, la falsedad se constituye en una especie de “delito de emprendimiento impropio”. La misma autora, en PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 630, afirmaba que el hecho prohibido en el § 267 era el engaño. En relación con la anterior regulación de la falsedad documental en el CP alemán ya EBERMAYER, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 427, mostró en este extremo su coincidencia con Frank, manifestando que la acción falsaria no era una mera acción preparatoria, sino que suponía el inicio de la ejecución.

²⁵⁸Así TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 348, nm. 20, admite que la consumación del delito se produce con la mera documentación o confección del asiento, sin ser necesario que se haga uso del documento, aun cuando sea condición de la consumación la realización de un acto de negociación con el documento, que el autor se deshaga de algún modo del documento, que lo haga accesible al tráfico jurídico o por lo menos inicie esa acción, lo que aplica para los proyectos de documento que tienen externamente la forma de documento perfecto; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 348, nm. 10, quien exige para la consumación del delito descrito en este tipo la realización de un acto de negociación, comenzando la tentativa del delito al iniciar el movimiento y constituyendo la realización de la maniobra falsaria una acción preparatoria de dicho movimiento; también PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 348, nm. 31, establece que para la

267 StGB, la necesaria vuelta a la configuración de la falsedad como delito de dos actos, e incluso como delito que se consuma con el uso del documento falso sin necesaria referencia en el tipo a la acción falsaria precedente²⁵⁹.

En tanto en cuanto el delito de falsedad documental en el Código penal alemán está finalísticamente orientado al engaño en el tráfico jurídico, que constituye la finalidad del ilícito, en el adelantamiento de la consumación a la realización de la conducta falsaria, que ya representa un estadio previo al mismo uso, se ha visto la existencia de un delito de peligro abstracto²⁶⁰. A dicha conclusión, además de llegarse teniendo en cuenta el grado de afectación de la conducta al bien jurídico que la falsedad protege, ya sea éste la fe pública, la seguridad en el tráfico jurídico, la pureza de la prueba o cualquiera de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico -según los distintos autores-, puede tenderse también desde la renuncia al principio de protección de bienes jurídicos como legitimador absoluto del Derecho penal. En tal sentido, JAKOBS,

consumación del delito de falsa documentación es necesario un movimiento del documento en el tráfico, aunque a diferencia de Samson, considera que la acción falsaria es constitutiva de tentativa, mientras que sólo podrá hablarse de maniobra falsaria como acto preparatorio cuando entre la producción del documento y su introducción en el tráfico jurídico medie un relativo lapso de tiempo. En distinto sentido, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2314, nm. 14, para quien, a pesar de que la jurisprudencia del BGH haya exigido para la consumación del tipo previsto en el § 348 el desplazamiento del documento, entiende que dicha exigencia no se deriva del tipo, que cifra la consumación en la producción del documento inveraz, aunque admite una excepción a esta regla en el caso de los proyectos de documento que externamente tienen la forma de documento acabado.

²⁵⁹De esta opinión, SCHILLING, *Reform der Urkundenverbrechen*, op. cit., pp. 69 y 70, quien, partiendo de que la redacción del documento falso no es más que una acción preparatoria, pues la perfección de la declaración que todo documento supone necesita para su perfeccionamiento que sea emitida, y dicha emisión coincide generalmente con el uso, advierte que es necesario que el tipo de falsificación y el de falsedad, como delitos probatorios que son, *se limiten al uso de documentos inauténticos* (en cursiva en el original) de lege ferenda o que, por lo menos, se vuelva a la tipificación de delito de dos actos, lo que supone la ampliación de la punición a la tentativa.

²⁶⁰De esta opinión, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pp. 166-167, nota 2, quien añade que sólo la ocultación del documento, que no está dirigida al engaño, puede considerarse delito de lesión; CRAMER, *Anmerkung. BayOblG, Beschluß v. 18.4.1967.*, op. cit., pp. 32-33, para quien, aun cuando la reforma operada en el § 267 StGB por la Novela de 1943 se efectuó sobre el entendimiento de que el comportamiento del falsificador, que creaba con la falsedad un medio para el uso injusto, era ya especialmente peligroso y había de ser penado, considera que un concreto perjuicio del tráfico jurídico sólo puede producirse con el hacer accesible el documento a otro al que se determina a apoyar sus disposiciones en el falso documento; esto es, la falsedad y la falsificación suponen auténtico peligro para el tráfico probatorio porque con tales conductas se crean las condiciones de un uso posterior, aunque son acciones que pertenecen a la esfera interna del sujeto, aun sin concretas consecuencias para el tráfico jurídico, por lo que son delitos de peligro abstracto; LENCKNER, *Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB*, op. cit., p. 1893; GEPPERT, *Zum Verhältnis der Urkundendelikte untereinander, insbesondere zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung (§§ 267 StGB und 274 I. Nr. 1 StGB)*, p. 163 ; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 105; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 1 Teil*, op. cit., p. 731, quien, sin embargo, refiere el peligro abstracto a los intereses individuales de determinados particulares que mediante la falsedad pueden afectarse; STEINMETZ, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB)*, op. cit., p. 48, aun cuando también en referencia a los intereses de las personas que intervienen en el tráfico jurídico; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 248, para quien el uso del documento falso representa un delito de peligro concreto para la generalidad, pues la falsedad, mediante esa forma de comisión, se introduce en el tráfico general, de ahí que la producción de un documento inauténtico represente un delito de peligro abstracto para la generalidad, que se pune porque al crear el medio de prueba engañoso hace posibles otras formas comisivas.

según quien el principio de protección de bienes jurídicos puede favorecer una anticipación de la punibilidad conducente a un desbordamiento del Derecho penal que incide en esferas internas del ciudadano²⁶¹, conceptuando al autor como “enemigo” del bien jurídico. Frente a ello, JAKOBS propone la legitimación del Derecho penal con base en la concepción del autor como “ciudadano” que goza de una esfera civil interna que va más allá del ámbito de los pensamientos²⁶². De ahí que las intromisiones del Derecho penal sólo se justifican cuando de conductas externas perturbadoras se trate, lo que no se da ni en los pensamientos, ni en las actuaciones en la esfera interna, ni siquiera en aquellas actividades en la esfera externa no perturbadoras *per se*²⁶³. Concluye el autor que sólo cabe la admisión de delitos de peligro abstracto en aquellos supuestos en que la conducta peligrosa conduzca *per se* a un peligro indominable²⁶⁴. Por contra, en aquellos otros delitos de peligro abstracto que suponen anticipaciones más allá de las reglas generales - como la falsedad documental-, al ser la conducta peligrosa sólo en el momento en que se produce un comportamiento sucesivo, la criminalización ya en ese estadio previo puede conducir a la punición del dolo de la conducta ulterior -el dolo de uso- y “no la abstractamente peligrosa arrogación en que consiste la falsificación”²⁶⁵.

A falta de razones de carácter sistemático o histórico que contribuyan al esclarecimiento en la determinación del momento consumativo en la falsedad documental, no tan unánime como en Italia o Alemania se muestra la doctrina española. En nuestro país puede diferenciarse la opinión de aquellos que, en consonancia con la jurisprudencia, y atendiendo al tenor literal del art. 302 CP de 1973 y 390 CP de 1995, fijan el momento consumativo de la falsedad en el momento en que la maniobra falsaria es operada sobre el documento²⁶⁶. Sin

²⁶¹Cfr. JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la protección de bienes jurídicos*, traducc. Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pp. 294-295.

²⁶²JAKOBS, o.u.c., pp. 296-297. En puridad, para el autor, p. 298, el utilitarismo que supone para la protección de bienes jurídicos la intervención del Derecho penal en la esfera interna del ciudadano no puede justificarse, pues con tal disminución del sujeto “(...) pertenece a un derecho penal de índole peculiar que se diferencia nitidamente del derecho penal de ciudadanos: el derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”. De ahí que el delito de falsedad documental, al considerarse ya formalmente consumado con la producción del documento falso o la falsificación del anteriormente existente, es “(...) como mínimo sospechoso con arreglo a la máxima de privacidad esbozada”.

²⁶³JAKOBS, o.u.c., p. 303.

²⁶⁴JAKOBS, o. u. c., pp. 308-309, pues para el autor los delitos de peligro abstracto en general se caracterizan por desviaciones del *standard*, comportando así una anticipación en la punibilidad, en tanto que no suponen la lesión de un bien jurídico. Reconoce, sin embargo, que existen medidas de anticipación diferente entre un primer grupo de delitos de este tipo, en que se describen conductas *eo ipso* externas y perturbadoras, y aquellos otros en que ni siquiera concurre perturbación externa, porque la conducta tipificada es definida como perturbadora *per se*, distinguiendo de éstos dos aquellos en que la conducta ni siquiera es externamente perturbadora *per se*.

²⁶⁵Cfr. JAKOBS, o.u.c., pp. 309-313, aunque reconoce que la falsedad constituye en muchas ocasiones un caso límite, “(...) no sólo por el evidente *dolus ex re*, sino más aún porque a causa del abuso de un nombre ajeno o incluso de un *copyright* se presentan como un asunto objetivamente ajeno y, por tanto, como una modalidad espiritualizada de arrogación de una organización”.

²⁶⁶De esta opinión, CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 526, quien, teniendo en cuenta el momento consumativo en la legislación francesa, alemana e italiana, concluye que en nuestro Derecho la falsedad documental se consuma en el momento en que el documento legítimo es alterado, o cuando se termina su confección si de lo que se trata es de la confección de un documento falso; exactamente en el mismo sentido que este último autor, CALLE RODRÍGUEZ, *Teoría general sobre la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre falsedad documental con especial referencia al documento mercantil*, op. cit., pp. 717-718; CALLE

embargo, otro sector doctrinal exige para la consumación de la falsedad documental la introducción del documento en el tráfico jurídico²⁶⁷, atendiendo al

RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 41 y 272; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 875-877, para quien la falsedad se consume con la realización de alguna de las actividades falsarias enumeradas en el art. 302 CP de 1973 siempre y cuando concurra la idoneidad de la acción falsaria para engañar a un individuo medio integrante de la comunidad social, titular del bien jurídico primariamente protegido en la falsedad documental; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 410; en el mismo sentido, CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1069; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 298 y 300, para quien el delito queda consumado cuando, tras la realización de alguna de las modalidades de conducta, objetiva y subjetivamente, concurre en ellas, al menos, la potencialidad para producir una alteración o menoscabo en el tráfico jurídico, diferenciando el momento consumativo en la falsedad material e ideológica, que no se perfecciona hasta que se produce la plasmación de la falsa declaración en el documento; en el mismo sentido que esta autora, MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., p. 527; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 296, 314 y 323, según quien el “texto legal adelanta la consumación al momento en que, realizada la conducta falsaria, el documento falso está ya en disposición de desplegar sus efectos en el tráfico jurídico como si fuera auténtico o verdadero”; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 797. También en derecho colombiano, ROMERO SOTO, *La falsedad documental conforme al nuevo Código penal*, op. cit., p. 186, exige tan sólo para la consumación la *editio falsi*.

²⁶⁷Vid. ANTÓN ONECA, *Las formas de culpabilidad en las falsedades documentales*, en AAMN, 1948, t. IV, p. 106, para quien la consumación no sólo exige la mutación de la verdad, sino además que el documento sea utilizado o utilizable en el tráfico jurídico, con lo que se alcanza la objetividad jurídica de la infracción; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 199-200, si bien deja claro que en la falsedad en documento público basta con la realización de la conducta dañosa sin esperar a la producción del resultado material dañoso, en las falsedades en documento privado considera que es permisible un claro compás de espera entre el acto primero de la formal perpetración y el segundo de su eficiencia jurídica en el mundo exterior, exige asimismo que para la consumación de la falsedad en documento público que el mismo se coloque en posición de operar jurídicamente; DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 90-92, en sentido parecido a Quintano, no exige para la consumación la puesta en circulación del documento falso, pero sí que exista la posibilidad de tal tráfico; PUIG PEÑA, *Derecho penal. t. III. Parte especial, vol. 1º*, op. cit., p. 220, para quien la consumación requiere que el culpable empiece “a dar realidad objetiva a su propósito criminoso, sin que sea necesario que lo logre”, y sin que pueda considerarse consumado el delito cuando, por ejemplo, se falsifica la firma de un amigo en una letra de cambio y tal documento se guarda en el cajón de una mesa del despacho; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t. II (parte especial)*, op. cit., p. 273, según quien la mera extensión del documento falso no es más que un acto preparatorio, por lo que para la efectiva consumación ha de exigirse que el agente haya iniciado por lo menos una actividad encaminada a que el documento falso produzca efectos jurídicos, esto es, que lo use; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 490, según quien para la consumación ha de tenerse en cuenta el momento en que socialmente se hayan verificado todas las condiciones jurídico-materiales necesarias para que se haya atacado al bien jurídicamente protegido, siendo necesario que se trate de utilizar y se utilice como documento auténtico en el tráfico jurídico, esto es, sólo se consume la falsedad cuando se sitúe al documento en trance de “vivir su vida” como si no fuera falso; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1739, para quien la falsedad del documento no entra realmente en el Derecho penal hasta que el documento inicia su andadura en el tráfico jurídico, produciéndose la consumación con la simple introducción de un elemento probatorio mendaz, sin que sea necesario que cause los efectos que el falsificador se propuso; QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op. cit., p. 52; GONZÁLEZ CUSSAC, *Falsedad documental e imprudencia*, en *Poder Judicial*, 2ª época, 1991, num. 22, p. 241, para quien solo se

bien jurídico protegido en el delito y a la consideración de que la relación entablada entre la falsificación y el uso del documento falso es de progresión criminosa -de menor a mayor juicio-. Entre estas dos opciones contrapuestas, existe aun una tercera que, si bien no llega a requerir la introducción del documento en el tráfico jurídico, traslada al tipo subjetivo del delito la trascendencia del documento al exterior, exigiendo la concurrencia de la intención de introducir el documento en el susodicho tráfico, y configurando el delito de falsedad como un tipo mutilado de dos actos²⁶⁸.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, tampoco ha sido exactamente unívoca a la hora de fijar el momento consumativo de la falsedad documental. Aunque generalmente sostiene una interpretación formal del ilícito que lo entiende consumado en el momento en que se concluye la operación falsaria sobre el documento falso²⁶⁹,

consume el delito cuando el documento se incorpora al tráfico jurídico; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pp. 190 y 245-246, en que afirma que “por lo general, no basta con la realización de una falsificación de las prescritas para que el respectivo delito se estime cometido, sino que es necesario que dicha falsificación se incorpore o tenga, al menos, vocación de hacerlo al referido tráfico”; más claramente en el sentido de exigir la introducción en el tráfico jurídico, ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1751; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 518, para el que el documento ha de entrar en el tráfico jurídico sin que sea necesario que se llegue a convencer a nadie de su verosimilitud; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 67, que, aunque afirma que la falsedad en documento público se consume con la producción del documento como algo completo o acabado, lo que acontece cuando se firma el documento dejándolo en condiciones de accesibilidad al tráfico jurídico, admite, sin embargo, que la imposibilidad sobrevenida de acceso al tráfico determinará la frustración; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial. II (2) delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 774, que, sin ambages, exige para la consumación la introducción del documento falso en el tráfico jurídico; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3679.

²⁶⁸Cfr. GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 324 y ss, quien considera que el uso del documento falso constituye parte natural del mismo hecho falsario cuya realización no viene exigida en la falsedad documental, y concluye que la falsedad se perfecciona con la realización de la conducta falsaria sobre el documento, aun cuando, atendido que el uso supone el verdadero ataque contra la funcionalidad del documento, el autor de la falsedad ha de pretender la introducción del documento en el tráfico jurídico, configurándose el delito como mutilado de dos actos. En el mismo sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 119 y ss y 140. Se refiere también a la necesidad de concurrencia de un elemento subjetivo del tipo consistente en que lo falsificado sea “para incorporar al tráfico jurídico”, BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 338.

²⁶⁹Cfr. SsTS 22 mayo 1972 (RJ 2224) en que se fija el momento consumativo de la falsedad en el instante en que el documento se confecciona; 20 enero 1973 (RJ 263) que define la falsedad documental como delito formal que se consume sin necesidad de uso del documento falso; 19 febrero 1974 (RJ 792) que entiende consumado el delito aun cuando al autor de la falsedad se le intervengan en su domicilio los documentos apócrifos; 17 febrero 1976 (RJ 439), en que se admite la consumación en el instante en que el contenido del documento se muda o simula, sin necesidad de uso posterior, aun cuando considera que sólo cabe falsedad en caso de que con la *inmutatio veritatis* se pretenda transformar el tráfico jurídico, “ya que habría ausencia de objeto jurídico si la vocación no fuera la de justamente influir en la vida del Derecho”; 13 noviembre 1984 (RJ 5482) en que afirma que la falsedad se consume cuando haya existido en el documento mercantil y provoque una alteración notoria y sensible de la verdad con proyección a sus efectos naturales en el orden jurídico; 2 febrero 1985 (RJ 1121) en que se fija el momento consumativo para la falsedad en documento privado en aquél en que se ejecute la falsificación, con tal de que en dicho momento la intención del falsificador fuera la de hacer uso del documento falso con

en alguna aislada ocasión ha exigido la puesta en circulación del documento²⁷⁰.

ánimo de perjudicar a tercero; 17 marzo 1986 (RJ 1650), para la que basta para la consumación que potencialmente surja la posibilidad de lesión del bien jurídico protegido mediante la realización por el agente de cualquiera de las acciones que casuísticamente se enumeran en el art. 302 CP de 1973; 8 julio 1986 (RJ 3900), en que se afirma que la falsedad en documento público queda consumada en el instante mismo de la alteración, ocultación o imitación de la verdad, cualesquiera que sean los propósitos del autor y sobre todo con independencia de que se logren o no los objetivos para los que la falsificación se hizo; 5 junio 1987 (RJ 4517) para la que la consumación de la falsedad en documento público, oficial o de comercio no requiere el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo, bastando con la inveracidad, mendacidad o mudamiento de la verdad recayente sobre extremos trascendentes y no sobre puntos inanes o inocuos; 14 junio 1987 (RJ 4804), según la que la falsedad en documento oficial se consuma tan pronto se produce alguna de las modalidades comisivas del art. 302 CP de 1973, “sin necesidad de un efectivo uso externo situado ya en la fase de agotamiento”; 7 abril 1988 (RJ 2752) para la que basta simplemente la falsificación en sí misma a efectos de consumación, sin necesidad de que el sujeto activo tenga ánimo de lucro o de perjudicar a tercero; 19 marzo 1990 (RJ 2998) según la que la consumación de las falsedades previstas en los arts. 302 y 303 CP de 1973 se produce en el instante de la alteración o mutación de la verdad en el documento que potencialmente tienda a trastocar el tráfico jurídico; 26 mayo 1990 (RJ 785) en que se afirma que para entender consumada la falsedad ideológica por particular basta con que el sujeto conozca la inveracidad de sus mendaces manifestaciones, sin que sea necesario el ánimo de lucro ni que se haya producido un resultado dañoso para tercero o para la causa pública, bastando con que se hayan podido o puedan causar; 1 julio 1991 (RJ 5490) donde se afirma que la falsedad documental se perfecciona con la alteración de la verdad genuina; 20 septiembre 1991 (RJ 6512) en idéntico sentido; 31 octubre 1991 (RJ 7478) para la falsedad en documento de identidad, en que se puntualiza que no es necesario el uso para el perfeccionamiento de la falsedad; 12 diciembre 1991 (RJ 9492) en que se afirma que la falsedad en documento público, oficial o mercantil aflora desde que se crea el documento falso o se altera el verdadero mediante alguna de las acciones previstas en el art. 302 CP de 1973; 18 mayo 1993 (RJ 4168) para la que el delito se consuma con la sola *immutatio veritatis*, con independencia de que se consiga o no engañar sobre la falsedad del documento -en puridad, con independencia de que la falsedad sea o no burda- pues ello pertenece a la fase de agotamiento material del delito.

²⁷⁰En este sentido, SsTS 20 enero 1976 (RJ 155) según cuyo tenor “si, ya “prima facie”, el agente se propusiera conservar el documento inveraz en lugar recóndito sin planear usar de él para el destino o finalidad enunciados, el delito de falsedad no llegaría a cometerse”; 29 octubre 1982 (RJ 5708), aunque en relación con la falsedad en documento privado, en que afirma que se consuma cuando aflora a la vida de relación con el propósito de perjudicar, esto es, cuando se usa el documento; 28 octubre 1986 (RJ 5755) según la que la falsedad documental prevista en el art. 302.2 CP de 1973 se consuma en el momento en que aquél a quien conste la existencia de la falsedad entrega el documento a otra persona para que lo use en su provecho (sic); 8 junio 1987 (RJ 4530) para la que la protección del documento privado se opera en tanto en cuanto el mismo esté destinado al tráfico jurídico, por lo que la consumación del delito se produce cuando el documento se incorpora al tráfico, en definitiva, “cuando mediante su exteriorización y uso se pretende por quien lo confeccionó que surta determinados efectos jurídicos de su apariencia negocial o de otra índole”; 13 febrero 1990 (RJ 1048) en que se afirma, para un caso de falsedad en cheque, que el mismo es un documento destinado desde su creación a ingresar en la circulación, por lo que la falsedad exige, aun en su forma imperfecta de tentativa, que se origine al menos inicialmente esa dinámica comisiva derivada de esa vocación funcional caracterizada por la doctrina anglosajona mediante la configuración de los títulos valores como “*things in action*”; 5 abril 1990 (RJ 3710) que en relación con la falsedad en documento mercantil afirma que “para que se pueda reputar cometido el delito es menester que el documento haya salido de la esfera de intimidad de la persona en alguna medida, de manera que quede probado que se hallaba destinado a entrar en el tráfico, pues de no ser así no puede excluirse la posibilidad de que haya sido creado con otros fines, como de coleccionista o de quien lo hace por puro juego o pasatiempo”; 26 diciembre 1991 (RJ 9640) en que se afirma que para la consumación basta con el potencial destino al tráfico del

Ciertamente, la dicción del art. 390 CP, tanto como la del art. 392, que se ocupa tan sólo de la descripción de la conducta típica sin otra exigencia, permite adoptar cualquiera de las dos posiciones, la consumación de la falsedad con la mera *editio falsi* o con la introducción del documento en el tráfico jurídico. Sin atender a la posición aquí adoptada por lo que hace al bien jurídico protegido en la falsedad documental, bien podría defenderse que basta la ejecución de la maniobra falsaria sobre el documento para entender formalmente consumada la falsedad, posición que no compartimos. Además de la misma dicción del precepto²⁷¹, la concepción tradicional de las falsedades en general como delitos contra un supuesto derecho o deber a la verdad -la *imitatio* o *immutatio veritatis*- abonarían tal conclusión. No otra cosa que la asunción de dicha concepción tradicional puede verse cuando un sector de la doctrina tradicional en nuestro país se refiere al uso del documento falso como “falsedad impropia”²⁷², denominación bajo la que subyace la autonomía del tipo de uso respecto del de falsedad. Sin embargo, con la asunción de dicha concepción difícilmente puede justificarse que el caso en que el falsificador sea él mismo quien use el documento haya de solventarse con base en el concurso de normas en favor de la falsedad documental por mor del principio de consunción²⁷³, sobre todo cuando el art. 393 CP no dice expresamente que haya de

documento, sin que el mismo llegue a verificarse, aunque aplica la rebaja de penalidad prevista en el art. 318 CP de 1973, para un caso de falsificación de recetas médicas que no habían llegado a trascender en el tráfico jurídico; 18 octubre 1994 (RJ 8026) en que se afirma que no basta para la consumación del delito previsto en el art. 302 CP de 1973 la mera alteración de la verdad, sino que tal alteración ha de afectar a algún elemento sustancial de tráfico jurídico, de manera que pueda producir alguna incidencia negativa en el tráfico jurídico al que va destinado, sin que sea necesario que exista incidencia del documento falso en dicho tráfico, bastando con el daño potencial, dado que el legislador ha querido adelantar las barreras de protección punitivas en atención a la importancia que concede al bien jurídico protegido. Aun cuando afirma categóricamente que “puede ocurrir que el documento así falsificado quede en la órbita del propio falsificador (en su casa, en su oficina, etc) sin manifestarse al exterior, en cuyo caso, ante la necesidad de huir de una concepción meramente formalista de esos delitos, estimándose que entonces no hay ni siquiera peligro para el bien jurídico protegido, la seguridad en el tráfico, habríamos de entender que el delito aún no se habría consumado”.

²⁷¹En tal sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 324-325, quien, aun admitiendo que el uso es parte natural del hecho falsario y es necesario para que se produzca la efectiva lesión del bien jurídico, renuncia, sin embargo, a exigir en el tipo objetivo la inclusión en el tráfico jurídico del documento falso porque con ello se estaría exigiendo una condición que no menciona expresamente el legislador penal en la tipificación del delito, conceptuando el uso del documento por el propio falsificador como acto de agotamiento del delito para respetar así los postulados del principio de legalidad; en parecido sentido, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 323, quien, sin embargo, no exige la concurrencia de elemento subjetivo del injusto alguno.

²⁷²En tal sentido, por todos, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 350, según cual el uso no es una conducta propiamente de falsificación, “sino que se nos ofrece con posterioridad al hecho de la falsificación misma y de manera independiente de ella”. También GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 118, a pesar de no identificar falsedad con inveracidad.

²⁷³En tal sentido, cfr. SsTS 12 marzo 1969 (RJ 1451); 28 junio 1990 (RJ 5729) y 14 septiembre 1992 (RJ 7129). También en este sentido se pronuncian, CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (exposición y comentario)*, op. cit., p. 194, quien, si bien concibe el uso de documento falso como delito independiente de la propia falsedad, considera sin embargo, que cuando el falsificador usa el documento falso ambas conductas constituyen la ejecución sucesiva de una misma resolución criminal preparada con la falsificación e intentada o consumada con el uso; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t.II. Parte especial*, op. cit., p. 331; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 985; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 249; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1755; CASAS BARQUERO,

ser el no falsificador quien utilice el documento. En puridad, conceptualizar la falsedad documental como hecho principal y el uso como falsedad impropia -conclusión a la que no llegan todos los autores que defienden la consumación formal de la falsedad documental con la *editio falsi*- supone desconocer la relación de progresión criminal existente entre ambos ilícitos y el mantenimiento de un concepto formal de falsedad que ignora la necesaria dirección del documento al tráfico jurídico para que el mismo desempeñe sus funciones.

Por lo hasta ahora dicho, y por la existencia de ulteriores razones a las que seguidamente se hará referencia, es posible sostener en Derecho vigente que el delito descrito en los arts. 390 y 392 CP se consuma con la introducción del documento en el tráfico jurídico. Con ello no se renuncia, sin embargo, a la necesidad de que sea el legislador, en una futura regulación de la falsedad documental, quien incorpore explícitamente dicha necesidad al tipo. Con independencia del peligro que representa que el Derecho penal se inmiscuya en la esfera interna del sujeto con la incriminación de conductas que no salen de este ámbito, la primera de las razones que permite identificar consumación y uso de la falsedad la constituye la atención al bien jurídico que el delito protege²⁷⁴. Si como objeto de tutela se establecen las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, se está reconociendo con ello que es necesaria la inclusión del documento en el ámbito relacional intersubjetivo para que el mismo desempeñe dichos cometidos. Si la falsedad protege un medio de prueba entendido en sentido lato, cual es el documental, dicho medio sólo actuará como tal cuando sirva para la prueba, que conceptualmente sólo es admisible si se ha introducido en el tráfico -mal podrá ejercer ninguna función el documento que el autor lleva en su bolsillo o guarda en su casa bajo llave-. Extremo que también deberá verificarse aun cuando se considere que lo protegido por este delito es la seguridad o fiabilidad en el tráfico jurídico, la pureza de la prueba o la fe pública, pues no puede generar confianza -legalmente impuesta o voluntaria- o seguridad un objeto que no ha sido nunca mostrado. Cualquiera que sea la opción adoptada -claramente si se concibe que el objeto de protección lo configuran las tres funciones del documento- se hace evidente que la inclusión de lo falso en el tráfico jurídico constituye un paso más, en relación con la propia falsedad, en la afección al bien jurídico. De tal manera, la relación entablada entre falsedad y uso, a diferencia de lo que tradicionalmente se ha venido defendiendo, es respectivamente de menor a mayor afección al bien jurídico.

Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades..., op. cit., p. 1089; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 296; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.); *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 806; LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1070; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 325, al referirse a que el uso del documento privado falso ha de considerarse un hecho posterior copenado por el delito de falsedad documental; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 527; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 638; CONDE-PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3732; GARCÍA ALBERO, "Non bis in idem" material y concurso de leyes penales, op. cit., p. 398, nota 279, menciona como supuesto de consunción pacífico, junto a las inhumaciones ilegales en relación con los delitos contra la vida, el uso del documento falsificado por el falsificador.

²⁷⁴Se ha dicho por un sector doctrinal que en cualquier delito, también en la falsedad documental, el momento consumativo ha de establecerse atendiendo al bien jurídico protegido. En este sentido, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1739, según quien en las falsedades la consumación no depende tanto de la estructura comisiva como de la plenitud de la ofensa al bien jurídico; ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., p. 184, para quien el momento consumativo varía en función de la concepción del bien jurídico que se sostenga.

Supuesta esta primera razón, parece difícil admitir que entre la falsedad que se considera formalmente consumada con la *editio falsi* y el uso exista una relación de consunción. La relación de consunción como regla resolutive del concurso aparente de normas penales presupone que el tipo preterido -delito consumido- ha de aparecer como el “aprovechamiento” o “aseguramiento” de la conducta delictiva principal²⁷⁵. Asimismo, el hecho posterior ha de dirigirse contra el mismo bien jurídico vulnerado en el delito principal, con la condición de que la ulterior afección que supone el *Nachtat* no implique un aumento del daño producido por el hecho precedente²⁷⁶. Atendiendo a que la introducción del documento en el tráfico jurídico supone mayor perjuicio para el bien jurídico protegido que la mera acción falsaria sobre el documento, el uso de la falsedad no puede entenderse copenado por la subsunción de la conducta en el art. 390 ó 392 CP cuando se considere que tales ilícitos no exigen para la consumación la introducción del documento en el tráfico jurídico, y ello aunque se sostenga que la intención de usar el documento constituye elemento subjetivo del injusto²⁷⁷. De concebirse la falsedad documental formalmente, en aquellos supuestos en que el falsificador usara el documento presentándolo en juicio o con la intención de perjudicar a otro -únicos en que el uso de lo falso sin precedente acción falsaria es típico según el art. 393 CP- la conducta habría de calificarse como concurso real de delitos²⁷⁸ -cuando no exista unidad natural de acción- o como uso de documento falso -más benignamente penado que la producción del objeto apócrifo-²⁷⁹. De ahí que la solución técnicamente más correcta para determinar la calificación jurídica de aquellos casos de falsificación y uso subsiguiente sea considerar que el delito de falsedad exige para la consumación la introducción del documento en el tráfico jurídico. Puede entonces sostenerse sin problema que el desvalor inherente a este supuesto -el más común

²⁷⁵En tal sentido GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, op. cit., p. 394.

²⁷⁶Cfr. GARCÍA ALBERO, o.u.c., p. 395, lo que presupone que sólo puede hablarse de “*Nachtat*” cuando representa un minus cualitativo frente al hecho principal, de ahí que no quepa la copunición del hecho posterior cuando “pese a ajustarse a la lesión individual del “*Vortat*”, intensifica el resultado producido por este último”.

²⁷⁷Puesto que, como afirma GARCÍA ALBERO, o.u.c., pp. 397-398, no basta, para admitir la concurrencia de una relación de consunción “con la mera realización de la intención inherente al normal desarrollo delictivo, sino que tal relación típica de normalidad se ve limitada por la exigencia de que el daño precedente no resulte cualitativa o cuantitativamente desbordado por el *postfactum*”.

²⁷⁸Ello a salvo de que se considere que la relación entre la falsedad y el subsiguiente uso viene caracterizada por la subsidiariedad tácita. Sin embargo, tampoco con dicha interpretación acabarían los problemas. Supuesta la relación de subsidiariedad como aquella entablada al pensamiento *maius-minus* en relación con las formas de agresión a un mismo bien jurídico -cfr. GARCÍA ALBERO, o.u.c., pp. 343 y ss.- el precepto preterido por el concurso de normas sería el que incrimina la conducta falsaria, puesto que es el uso del documento el que representa un mayor grado de afección al bien jurídico protegido. Se produciría con ello la indeseable consecuencia de que se penaría más levemente la conducta del falsificador que inmediatamente después usa el documento que la de aquél que no lo usa o lo introduce en el tráfico por alguna vía no enumerada en el art. 393 CP.

²⁷⁹La aplicación del principio de consunción, de entender que la falsedad del art. 390 o 392 CP se consuma con la *editio falsi*, conduciría a la aplicación del tipo de uso del documento falso. Intentando evitar dicha consecuencia, la STS 2 octubre 1990 (RJ 7634) advierte que “cuando la falsificación ha sido cometida por quien usa el documento falso se debe aplicar el art. 302 CP de 1973 en lugar del 304 del mismo”, añadiendo que “(...) el uso de un documento falso no debe desplazar la punibilidad por la realización de la falsedad del documento. De lo contrario, resultaría menos punible el falsificador que además usa el documento. Una relación de consunción entre los tipos penales de los arts. 302 y 304 CP no es posible sobre la base del desplazamiento del tipo penal más grave en favor del menos riguroso (...)”.

de falsedad, por otra parte- se aprehende completamente con la subsunción del hecho en los delitos previstos en los arts. 390 y 392 CP.

Además de las dos razones ya mencionadas, de carácter teleológico y sistemático respectivamente, existe una tercera que avala la opción aquí sostenida en orden a la fijación del momento consumativo de la falsedad derivada del concepto mismo de documento. Ya dijimos al estudiar este término²⁸⁰ que todo documento ha de incorporar una declaración de conocimiento o voluntad que se perfecciona al emitirla o al conocerla el receptor en función de que sea recepticia o no recepticia. Es decir, toda declaración exige, como mínimo, su emisión, la salida al exterior, atendida su naturaleza comunicativa. Si el autor no se desprende de la declaración, porque ésta permanece en su estricta esfera individual -ya sea de forma escrita o no- no podrá hablarse siquiera de documento²⁸¹, sino de mero proyecto. Puesto que la falsedad implica la producción de un “documento”, el mismo objeto material exigirá la salida de la esfera interna del autor, momento que coincide con su incorporación al tráfico jurídico y con el uso -que no representa más que esa incorporación-.

Una última razón en apoyo de la tesis mantenida -ésta de carácter procesal- viene concretada en el tratamiento que en algunas ocasiones ha dispensado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la prescripción del delito de falsedad. Si bien la jurisprudencia actual sostiene mayoritariamente que la falsedad se consuma con la *editio falsi*, en aquellos supuestos en que en el momento de enjuiciarse la conducta del falsificador -que ha usado también el documento- el delito se hallaba ya prescrito tomándose como fecha inicial del cómputo la de la falsedad, se ha admitido a partir del momento en que el documento se usa para evitar con ello declarar prescrita la infracción²⁸². Presupuesta la existencia del concurso de leyes y la admisibilidad de la vuelta a la vida -*Wiederaufleben*- del precepto preterido en el caso de que el hecho principal haya prescrito, podría admitirse la doctrina del Tribunal Supremo. Sin embargo, no se vería libre de las críticas que la vuelta a la vida del hecho posterior copenado en casos de ausencia de unidad de hecho ha provocado en la doctrina²⁸³. Por tal razón, afirmar la

²⁸⁰Vid. cap. I, apartado 2.1.

²⁸¹En parecido sentido SCHILLING, *Reform der Urkundenverbrechen*, op. cit., pp. 63 y ss, quien pone en conexión el momento consumativo de la falsedad documental con la diferenciación entre documento y proyecto de documento y las consideraciones que al respecto se han hecho en relación con el delito de falsa documentación previsto en el § 348 StGB. El autor traslada las consideraciones efectuadas en dicha sede, que exigen para la consumación del delito -por mor del mismo concepto de documento- que el autor no sólo redacte, sino que además se desprenda de lo redactado, trasladando dicha conclusión a las dos primeras modalidades comisivas previstas en el § 267 StGB, y afirmando, en p. 67 “auch eine *unechte Urkunde erst dann hergestellt, wenn der Anschein erwerkt wird, der erkennbare Aussteller habe sich des verkörperten Gedankeninhalts willentlich entäußert*” (en cursiva en el original). También QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op. cit., p. 52, para quien si el documento no se destina la tráfico jurídico “no se puede ni siquiera hablar de “documento” propiamente dicho a efectos penales”.

²⁸²Cfr., entre otras muchas, STS 15 octubre 1985 (RJ 4990). En oposición a la utilización del uso para evitar la prescripción de la infracción del delito por parte del Tribunal Supremo, ya DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 91, arguyó que la falsedad era un delito instantáneo, aunque con efectos permanentes, de manera que el cómputo de la prescripción había de comenzar a contar siempre desde el momento en que el delito se consumaba, sin que la permanencia de los eventuales efectos perniciosos del mismo pudiera afectar a tal extremo.

²⁸³Sobre la discusión doctrinal que tal aplicación ha planteado vid. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, op. cit., pp. 204 y ss, quien, por su parte, en pp. 224-226, afirma que en tales supuestos la inaplicación defendida por algunos del precepto preterido no se fundamenta en la aplicación de las reglas del

consumación del hecho principal -aquí la falsedad documental de los arts. 390 o 392 CP- en el momento en que el documento se introduce en el tráfico jurídico evitaría muchos de estos problemas.

De lo hasta ahora manifestado, se deriva que la opción aquí mantenida aboga por la fijación, ya de *lege lata*, del momento consumativo de la falsedad cuando quien ha efectuado la falsificación se desprenda de la declaración escriturada, esto es, la introduzca en el tráfico jurídico. Ello sin perjuicio de proponer -de *lege ferenda*- la exigencia expresa en el tipo de que tal resultado acontezca. Con esto la falsedad documental viene a configurarse como un delito de dos actos, conformado por una primera acción típica consistente en la confección del documento falso -mediante cualquiera de las modalidades que el art. 390.1 CP enumera- y su ulterior introducción en el tráfico jurídico.

La fijación de este momento consumativo determina, por una parte, el tratamiento punitivo que ha de otorgarse a determinados supuestos en los que el autor de la falsedad introduce posteriormente el documento en el tráfico jurídico. Cuando esto acontezca, siguiendo la interpretación que se preconiza, no existe duda acerca de la aprehensión total del desvalor de la conducta mediante su subsunción en los arts. 390 o 392 CP. En puridad, no nos hallamos más que ante la consumación de uno de estos delitos²⁸⁴. También en relación con aquellos supuestos en que el autor falsifica varios documentos que utiliza de una sola vez o falsifica un sólo documento que utiliza en varias ocasiones, la opción consumativa que se sostiene implica un determinado tratamiento jurídico del concurso de falsedades documentales que pudiera plantearse en el primer caso y del concurso de falsedad con varios usos que pudiera plantearse en el segundo. Si quien falsea varios documentos, los introduce de una sola vez en el tráfico jurídico, habría de considerarse autor de varios delitos de falsedad documental en concurso real -eventualmente en la modalidad de delito continuado- de postularse la consumación de la falsedad con la mera *editio falsi*²⁸⁵. No obstante, de sostenerse -como aquí se hace- que la consumación de la falsedad aparece con el uso del documento falso, no existe inconveniente en admitir la funcionalidad del uso como abrazadera de las

concurso de leyes, ni en el instituto de la vuelta a la vida del precepto preterido, sino por la aplicación de “ulteriores criterios hermenéuticos que revelen o no la voluntad del precepto prevalente en erigirse, adicionalmente, en fundamento “excluyente” de la valoración del hecho” - para lo que aquí interesa, dicho criterio vendría determinado por la extensión de la causa del levantamiento de la punibilidad o el obstáculo procesal al precepto preterido-.

²⁸⁴En parecido sentido, la doctrina alemana mayoritaria califica como un sólo delito de falsedad la falsificación de un documento y su posterior uso siempre y cuando el autor tuviera, ya al falsificar el documento, intención de introducirlo en el tráfico jurídico. No obstante, cuando la decisión del uso aparece después de falsificado el documento o el concreto uso no se corresponde con el inicialmente planeado, postulan la existencia de un concurso real de delitos entre la falsedad documental de una de las dos primeras alternativas del § 267 StGB y de la tercera alternativa -uso- del mismo precepto. Cfr. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1150, nm. 27; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1382, nm. 35; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 179; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 366; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 412; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 188, nm. 498; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 105; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 92 y 93; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 105; STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 78; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., p. 128; GEPPERT, *Zum Verhältnis der Urkundendelikte untereinander, insbesondere zur Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung (§§ 267 und 274 I Nr 1 StGB)*, op. cit., p. 163.

²⁸⁵Cfr. ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 325.

distintas falsedades²⁸⁶. Efecto abrazadera que no podrá predicarse en aquellos supuestos en que a una sola falsedad documental sigan varios usos²⁸⁷, puesto que varias conductas más directamente atentatorias contra el bien jurídico no pueden verse unificadas por su proveniencia de una conducta que afecte más levemente al objeto de tutela. De ahí que, en tales casos, haya de calificarse la conducta de concurso real -delito continuado de cumplirse los requisitos que enumera el art. 74 CP- entre la falsedad y el primer uso -delito consumado del art. 390 o 392 CP- y tantos otros delitos del art. 393 CP²⁸⁸ como usos se efectúen tras el primero²⁸⁹.

No puede, sin embargo, determinarse la consumación de la falsedad en el momento en que el documento es introducido en el tráfico jurídico -que generalmente coincide con el del uso- sin hacer una breve referencia al concepto de "uso". Según las consideraciones hasta aquí efectuadas, puede deducirse que la concepción que se mantiene del uso cuando lo efectúe quien previamente ha falsificado el documento -como momento consumativo del delito de falsedad documental- es más amplio que el concepto que nuestro Código penal incrimina en el art. 393 -así como en el art. 396 para los documentos privados-. Esto es, los arts. 390 y 392 CP estarían con ello incriminando supuestos de uso cualificados por el hecho de que quien los lleva a cabo ha sido autor de la precedente falsedad, mientras los arts. 393 y 396 CP positivizarían acciones de uso básicas, que no exigen la previa comisión de la falsedad documental. Sin embargo, con ello no se excluye que autor de estas últimas lo sea quien ha falsificado el documento²⁹⁰, al no

²⁸⁶En tal sentido, MIEHE, *Zum Verhältnis des Fälschens zum Gebrauchmachen im Tatbestand der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 280, quien sostiene que en este caso el acto de uso -que es el más grave- produce la unidad de delito, aun manifestando su disconformidad relativa con esta solución -que considera obligada atendiendo a la incorrecta regulación en Derecho alemán del concurso ideal de delitos-, que se traslada también a aquellos casos en que de varias tentativas tan sólo una alcanza el resultado. Ya al respecto, LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., pp. 182-183, había manifestado que cuando una persona utiliza varios documentos que él ha falsificado al mismo tiempo, la unidad del hecho ha de enjuiciarse según el acto de uso, esto es, que podrá hablarse de un sólo delito de falsedad documental si existe un uso unitario.

²⁸⁷Obsérvese que si se considerase la acción falsaria como conducta más grave, sí habría de defenderse consecuentemente que la falsedad tiene ese efecto abrazadera en relación con los distintos usos del documento falso se efectúen.

²⁸⁸Aun cuando los ilícitos previstos en los arts. 390 y 392 CP se consuman con el uso del documento, presuponen el uso de lo falsificado por el sujeto activo de la manipulación falsaria. En tanto en cuanto la acción de falsedad ya ha sido tenida en cuenta para calificar el primer uso en base a uno de estos artículos, calificar los subsiguientes usos también conforme a ellos podría suponer una vulneración del *non bis in idem* material, habida cuenta de que el único acto falsario volvería a pensarse al incluir los subsiguientes usos en estos preceptos. Para evitar esta consecuencia es para lo que se acude al art. 393 CP, que incrimina el uso de quien no ha falsificado el documento, en los ulteriores usos del falsificador.

²⁸⁹De esta opinión, MIEHE, *Zum Verhältnis des Fälschens zum Gebrauchmachen im Tatbestand der Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 279-280, para quien en tal supuesto, la acción preparatoria -falsedad- a la que se unen delictivamente varias acciones de tentativa -usos del documento falso-, siendo menos grave, no está en situación de unir varios actos de uso. Por ello la unidad de acción se acaba tras el primer uso del documento falso, de forma que los actos de uso después verificados constituirán falsedades independientes.

²⁹⁰Así, como precedentemente se ha manifestado, puede incriminarse conforme a uno de estos preceptos la conducta del falsificador que utiliza varias veces el documento falso, en todos aquellos usos que excedan del primero. Que no es voluntad de la Ley excluir de este precepto los usos que efectúe el falsificador lo demuestra, entre otras razones, que no se reflejara en el texto de Código penal definitivamente aprobado por las Cortes la enmienda núm. 801 del Grupo Parlamentario IU-IC. Dicha enmienda pretendía la inclusión de la frase "sin connivencia con el falsificador" en el art. 371 PrCP de 1994, que no hubiera

incluir explícitamente el requisito negativo. De tal forma, entre el delito de falsedad documental y el de uso, más que de relación lógica de interferencia -que es la que ha de entablarse para utilizar las reglas de subsidiariedad o consunción en el concurso de normas- podría hablarse de relación lógica de inclusión -propia de la especialidad²⁹¹-. Pero obsérvese que la relación lógica de inclusión, que nos conduciría a afirmar que los tipos previstos en los arts. 390 y 392 CP son especiales en relación con el del art. 393, exigiría que este último precepto no estableciera límites a la tipicidad objetivos, como la presentación en juicio, o subjetivos, como la intención de causar perjuicio a un tercero. Por esto, en modo alguno podría descartarse que entre los dos primeros preceptos y el segundo se entablase una relación de interferencia no solventable por las reglas de consunción o subsidiariedad²⁹², de ahí el recurso a la relación de alternatividad²⁹³.

A diferencia de los supuestos de uso de documento por el no falsificador o por quien no haya intervenido de ninguna forma en la falsificación²⁹⁴, no es necesario para entender consumados los delitos contemplados en los arts. 390 y 392 CP la presentación del documento en un juicio o la existencia del ánimo de

dejado duda acerca de que sujeto activo del delito nunca podría serlo el falsificador. Una segunda razón que viene a confirmar dicha hipótesis la constituye que en el uso de documento privado en el CP de 1995 -art. 396- a diferencia del art. 307 CP de 1973, no se incluya la locución "sin haber tomado parte en la falsificación". Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que aunque el Código penal actual no exija expresamente que sujeto activo del delito de uso no lo sea el falsificador -aun cuando al determinar la pena del que usa establece la pena inferior en grado señalada a los "falsificadores"-, tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han venido entendiendo tradicionalmente así. Cfr., por todos, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., pp. 350-351; CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 908; QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 722; CASAS BARQUERO, *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades...*, op. cit., p. 1075; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 990; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 638; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 320-321. En este sentido, vid SsTS 11 octubre 1985 (RJ 4981); 6 marzo 1987 (RJ 1874); 12 febrero 1989 (RJ 1339); 30 abril 1990 (RJ 3396); 16 septiembre 1991 (RJ 6390); 12 diciembre 1991 (RJ 9303); 14 septiembre 1992 (RJ 7129); 28 mayo 1993 (RJ 4271); 19 enero 1995 (RJ 569); 2 febrero 1998 (RJ 1736).

²⁹¹En parecido sentido, para la relación existente entre la tenencia y la expendición de moneda falsa, GARCÍA ALBERO, "*Non bis in idem*" material y concurso de leyes penales, op. cit., p. 175, nota 89, afirma "lo que materialmente se presenta como infracción progresiva puede reflejarse, desde la perspectiva de la relación entre tipos, como una relación de especialidad, pues toda expendición presupone conceptualmente la previa tenencia de moneda falsa".

²⁹²La aplicación de cualquiera de estas dos reglas, de concebirse que la falsedad se consuma con la mera *editio falsi*, habría de conducir a la aplicación de los arts. 393 o 396 CP cuando el falsificador usa el documento. Por el contrario, si se sigue la opción que aquí se propone, el grado de afección al bien jurídico protegido es el mismo tanto en la falsedad de documento como en el uso de documento falsificado, con lo que ninguna de estas dos reglas permitirían la fijación de un precepto prevalente.

²⁹³Sobre la operatividad de este principio en la fijación del precepto preferente en el concurso de leyes vid. GARCÍA ALBERO, "*Non bis in idem*" material y concurso de leyes penales, op. cit., pp. 401 y ss., quien admite su utilización no sólo en supuestos de relación de identidad entre preceptos, originados por olvidos o errores del legislador, sino también en aquellos en que la relación entre tipos es de interferencia pero no cubierta por la relación de subsidiariedad o consunción.

²⁹⁴Cuando quien usa el documento ha intervenido en la previa falsedad, comete los delitos previstos en los arts. 390 y 392 CP. En este sentido, aunque en relación con la falsedad en documento privado en el Código penal italiano, cfr. OLIVERO, *Primo uso si scrittura privata falsa*, en RIDPP, 1959, pp. 574 y ss.

perjudicar a otro²⁹⁵. Bastará pues para hablar de consumación con que el documento se introduzca en el tráfico jurídico, esto es, se haga accesible a cualquier persona, de forma que ésta pueda conocer el contenido del documento, y

²⁹⁵ Existe, sin embargo, entre los delitos contra la Administración de Justicia, un supuesto de falso testimonio -incluido en el art. 461.2 CP- que establece las penas correspondientes a los tipos de falso testimonio precedentemente tipificados cuando se presenten “elementos documentales falsos” en un juicio, imponiendo la pena del delito más grave en su mitad superior a los supuestos en que quien presente tales documentos los haya, a su vez, falsificado. Ante la previsión de tal conducta, que es prácticamente idéntica a una de las dos modalidades de uso recogidas en los arts. 393 y 396 CP, se planteará el problema de determinar el precepto aplicable, máxime teniendo en cuenta que el actual Código penal criminaliza aun la estafa procesal. Los problemas en la determinación de la regla aplicable para solventar el concurso de normas que evidentemente se plantea, se hubiesen solventado si en la criminalización del uso de documento falso, como hiciera el art. 378.5 del PrCP de 1992, no se exigiese para la tipicidad la presentación en juicio, con lo que el principio de especialidad nos decantaría hacia la aplicación del delito contra la Administración de Justicia, aunque en ocasiones la penalidad pueda resultar injustificadamente privilegiada en relación al delito de uso de documento falso. Sobre esta cuestión vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código penal de 1995*, op. cit., pp. 69-70; en el mismo sentido, MOYNA MÉNGUEZ, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 1323; reconocen también el carácter distorsionador de tal precepto, GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., p. 174; LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1070; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 160-161, quien propone, para solventar los casos en que el elemento documental falso es presentado por el no falsificador, acudir al delito más gravemente penado en aplicación del principio de alternatividad; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1755, admite la existencia de un concurso real de delitos cuando el falsificador presente el documento falso ante un proceso, sin embargo, no se refiere a los supuestos en que lo haga el no falsificador, ni a aquellos en que el único uso del documento falsificado sea su presentación -por parte del falsificador- en esta sede. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., pp. 1743 y 1974 y ss., a pesar de referirse a la distinta amplitud que pueden tener el concepto jurídico penal de documento y los “elementos documentales falsos” a que se refiere el art. 461.2 CP, sostiene que la única forma de solventar la duplicidad de regulación cuando quien presente el documento sea el falsificador es acudir a la regla prevista en el art. 8.4 CP. Por nuestra parte, ninguna duda cabe de que en el supuesto en que es el no falsificador quien presenta el documento falso en juicio, se da entre el delito de uso de documento falso de los arts. 393 y 396 CP y el de falso testimonio del art. 461.2 una relación de identidad, que obedece a un error del legislador -supuesto que justifica el mantenimiento de la regla de alternatividad como dice GARCÍA ALBERO, *“Non bis in idem” material y concurso de leyes penales*, op. cit., pp. 406 y 411 y ss.-. Al ser sincrónica esta relación -y no permitir por ello la aplicación de la máxima de que la norma posterior deroga a la anterior- sólo puede solucionarse acudiendo a la regla de la alternatividad positivizada en el art. 8.4 CP. Distinto es el caso en que quien presenta el documento falso sea el propio falsificador, puesto que el legislador no deja aquí lugar a la discusión, estableciendo una norma concursal *ad hoc* que obliga a establecer la pena del delito más grave en su mitad superior. Esto resulta harto discutible tanto considerando, como aquí se hace, que la falsedad documental se consume con el uso, como conceptuando el uso de documento por el sujeto activo de la falsedad como acto posterior copenado. No terminan ahí, sin embargo, las previsiones específicas de uso del documento falso fuera del capítulo dedicado a las falsedades documentales. En el art. 261 CP, entre las insolvencias punibles, se tipifica la conducta de “el que en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al Estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquéllos”. Además de la dudosa corrección en la ubicación sistemática de una conducta que constituye un supuesto específico de falso testimonio, el presente delito plantea semejantes problemas concursales a los ya mencionados en relación con la falsedad de uso.

sin necesidad de que dicho conocimiento llegue a hacerse efectivo²⁹⁶. Es además indiferente, a los efectos de consumación del ilícito falsario, que llegue a verificarse el engaño, puesto que esta consecuencia trasciende al propio delito de falsedad²⁹⁷, que requiere sólo de la aptitud del documento para engañar en el tráfico jurídico.

El uso puede verificarse por cualquier mecanismo, así presentando el documento, dándolo a leer, enviándolo por correo postal o electrónico, presentándolo al registro o de cualquier otra forma que implique que el mismo salga de la esfera privada de quien lo ha falsificado²⁹⁸. Lo mismo si la presentación es voluntaria como si obedece al cumplimiento de un determinado deber²⁹⁹. No basta, sin embargo, con portar el documento falso sin mostrarlo, pues la consumación exige siempre la salida del documento del ámbito interno del falsificador³⁰⁰.

No será necesario, por otra parte, que se efectúe un uso jurídico del documento o en un determinado contexto³⁰¹. Es suficiente que el mismo se haga

²⁹⁶De este modo caracteriza el uso del documento la práctica unánimemente de la doctrina alemana. Vid, por todos, FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., p. 622; LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 744; EBERMAYER, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 426; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1148, nm. 23; SCMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 173, nm. 22; MAURACH/ SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 150, nm. 50; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 296, nm. 690; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 365; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 769; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 188, nm. 479; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 80; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 376; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 91; PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 640; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2025, nm. 73. En contraposición con la doctrina mayoritaria STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 84-85, no considera suficiente referirse a la accesibilidad inmediata del documento por parte de quien va a ser engañado para hablar de uso, interpretándolo sustancialmente, y refiriendo que resulta innecesaria a esta modalidad comisiva la exigencia de intención de engaño, puesto que dicha voluntad se refleja en el hecho externo.

²⁹⁷En el oportuno lugar se tratará si es necesaria la existencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de engañar. Vid. infra Capítulo III, apartado 2.1.

²⁹⁸MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 218; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 171; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1379, nm. 23; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 316; según KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 296, nm. 690, basta el envío de un fax para que el documento se considere utilizado.

²⁹⁹Admiten que puede hablarse de uso en aquellos supuestos en que la presentación del documento obedece al cumplimiento de un deber jurídico, además de aquellos otros en que el documento se introduce voluntariamente en el tráfico jurídico, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2025, nm. 75; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 179; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 150, nm. 70.

³⁰⁰Por tal razón la doctrina alemana mayoritaria considera que la llevanza de un carnet de conducir falso que aún no se ha mostrado no es constitutiva de uso, y lo mismo respecto a la mera referencia a la tenencia de un documento que resulta ser falso. Vid., en este sentido, LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., p. 174; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., pp. 2026-2026, nm. 76; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 82; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 91.

³⁰¹En distinto sentido, algunos autores italianos han requerido, para la tipicidad del uso del documento distinta de la falsedad, limitaciones como las enunciadas. Así MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, op. cit., pp. 394-396, exige que el uso del documento sirva a aquel particular empleo al que la cosa pueda servir, ha de ser el uso propio al que el documento es idóneo, siendo necesario que se emplee como medio de prueba que afecte a hechos que parezcan jurídicamente relevantes, sin que baste para la

accesible a alguien distinto al autor. No requiere la complitud del tipo objetivo de la falsedad documental que el autor determine al sujeto pasivo a realizar una conducta jurídicamente relevante, aun cuando no se excluye que éste sea normalmente el móvil del actuante. Lo que sí se requiere es el uso del documento mismo, sin que baste la presentación de una copia simple³⁰² -sí de un duplicado o una copia certificada, que, como vimos, valen lo mismo que el original- o de una fotocopia³⁰³. Sin embargo, resulta dudoso que la presentación de cualquier

consumación del uso que el documento salga de la esfera de acción del culpable; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 629, para quien el documento ha de usarse para uno de aquellos fines a los que serviría si no fuese falso; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 126-127, que considera que el uso ha de suponer el empleo del documento para la prueba de un hecho jurídicamente relevante; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, op. cit., p. 176, nota 78, para el que el uso a que se refiere el art. 485 CP italiano no es otro que aquel que es institucionalmente propio del tipo de documento falsificado; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 594, para el que no toda utilización del documento es uso en sentido jurídico, puesto que el empleo del documento ha de ir directamente dirigido a la consecución de efectos jurídicos; BRICOLA, *Considerazioni esegetiche sul dolo specifico del reato di falso in scrittura privata*, op. cit., p. 73, para quien uso jurídico del documento es sólo aquel empleo actual del documento para aquellos fines exclusivos que son incorporados al mismo y a los cuales el documento es destinado por naturaleza; CAMPISI, *Sul tentativo nei delitti di falsità in atti*, op. cit., p. 246, en el mismo sentido que el anterior, manifestando expresamente que no constituye uso la presentación de un documento para registro; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 361-362, para quien el uso ha de ser también jurídico y no material, esto es, representa aquel momento de actividad del documento falso en que deviene operativo para conseguir los efectos de que es capaz; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 117, quien diferencia claramente el uso del documento -en sentido jurídico- de la inclusión del mismo en el tráfico jurídico. Más ampliamente conciben el uso del documento CARNELUTTI, *Teoria del falso*, op. cit., p. 56, para quien el uso es toda actuación que tienda a poner en contacto el documento falso con su destinatario; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 447, para quienes basta la salida del documento de la esfera individual del falsificador, de modo que entre en relación con terceras personas.

³⁰²En tal sentido, por todos, FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., p. 622; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 412; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1148, nm. 23; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2025, nm. 74; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm.166.

³⁰³La jurisprudencia alemana, acudiendo al expediente del uso mediato del documento, ha admitido que la presentación de una fotocopia basta para que el documento se considere usado. Al respecto, vid., JESCHECK, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, op. cit., p. 105. Una parte de la doctrina alemana, incluyendo al mismo JESCHECK, se muestra disconforme con tal interpretación de la jurisprudencia. Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 173, nm. 22; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 188, nm. 497; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nms. 92-93; PUPPE, *Urkundenfälschung*, op. cit., p. 540; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 83; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 150, nm. 60; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 179; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 360. Ampliamente sobre las consecuencias arbitrarias a que puede llevar esta línea jurisprudencial, en función de que antes de la fotocopia exista un documento inauténtico que se fotocopia o que la fotocopia presentada sea sólo un fotomontaje, OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., pp. 769-770. Se muestran, sin embargo, partidarios de la solución del uso mediato de documento falso, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1148, nm. 23; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1379, nm. 24; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 316; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 103; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*.

fotocopia excluya la consumación de la falsedad documental, puesto que la admisibilidad de la consumación dependerá generalmente de la consideración documental de la misma fotocopia. Ya se mencionó en el correspondiente lugar³⁰⁴ que, pese a las dudas existentes al respecto, la fotocopia representa una reproducción exacta del original. Por tal razón, no parece que pueda excluirse su cualidad de documento cuando se presenta como original o como tal fotocopia autorizada por el librador del documento original, aunque la consideración de documento público, oficial o mercantil de las mismas plantea mayores interrogantes cuando se presenten al tráfico como tales fotocopias. Así, en aquellos casos en que la fotocopia pueda recibir la consideración de documento, bastará su introducción en el tráfico jurídico para admitir la consumación de la falsedad documental³⁰⁵.

B) El doble concepto de resultado en el delito de falsedad documental

Fijado el momento consumativo, lo que inmediatamente ha de determinarse, es la condición de delito de peligro o lesión de la falsedad documental al objeto de admitir la existencia de formas de imperfecta ejecución. En íntima relación con este extremo se encuentra, a su vez, la consideración de delito de resultado o de mera actividad. Ciertamente, la calificación de un delito como de peligro o lesión y de resultado o mera actividad se ha determinado tradicionalmente desde puntos de vista distintos. La primera de las cuestiones toma como referente el grado de afección del delito al bien jurídico protegido, basándose, por tal razón, en el desvalor de resultado del injusto típico. La segunda atiende a la técnica de descripción, a la forma de afección al bien jurídico en determinados tipos. En relación con cada una de estas distintas clasificaciones la doctrina ha manejado tradicionalmente dos conceptos de resultado, uno de carácter valorativo -que es sinónimo del desvalor de resultado- y un segundo de carácter estructural, técnico o instrumental, que se refiere a un elemento de determinada clase de delitos³⁰⁶. Sin embargo, la aparente separación de ambas categorías no es ni mucho menos clara, como ha puesto de manifiesto LAURENZO COPELLO³⁰⁷. Esta circunstancia

Leipziger Kommentar. Großkommentar, op. cit., § 267, nm. 169. También la jurisprudencia española ha considerado incluíble en el uso de documento falso la presentación de una fotocopia -aunque ha de advertirse que en nuestro país, los Tribunales sí admiten la cualidad de documento de las fotocopias-. Cfr. SsTS 27 mayo 1983 (RJ 2792); 14 abril 1989 (RJ 3095).

³⁰⁴Vid. cap.I, apartado 2.2.4.

³⁰⁵También en este sentido, y sin acudir al dudoso expediente de la utilización mediata del documento inauténtico, se manifiestan aquellos autores que en la doctrina alemana admiten la condición de documento de las fotocopias. En tal sentido, CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2018, nms. 42 y p. 2025, nm. 73; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2 Teil*, op. cit., p. 36, en que expresamente advierte que la polémica en torno a la admisibilidad del uso mediato de documento puede subsanarse cuando, como él hace, se sostiene que la fotocopia tiene cualidad de documento, pues entonces su presentación supone la inmediata de un documento.

³⁰⁶En tal sentido, LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 31, junto a esta significación bipartita del término resultado, la más usual, la autora refiere, en pp. 17 y 18, una significación tripartita, que incluye una tercera acepción de resultado en sentido amplio que lo identifica con la realización del tipo, según la cual todo delito tiene un resultado.

³⁰⁷Cfr. LAURENZO COPELLO, o. u. c., pp. 32 y ss, en que pone de manifiesto que la doble acepción del concepto de resultado difícilmente se sostiene cuando se trata de establecer el contenido específico de cada uno de ambos conceptos. Con respecto a las distintas concepciones, monistas o dualistas, sostenidas sobre la configuración del injusto y la necesidad de cada una de ellas de duplicar el concepto de resultado, puede verse la amplia exposición de la mencionada obra en pp. 35 y ss. Tan poco clara y satisfactoria le parece a la autora esta diferenciación, que en pp. 148 y ss., postula la desaparición de la

puede fácilmente observarse cuando se afirma, con afán generalizador, que los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad, y los delitos de peligro concreto de resultado; o en parecidos términos, que los delitos de peligro abstracto son ilícitos sin resultado³⁰⁸.

Pese a la concurrencia de una estrecha relación entre ambos conceptos, la mayoría de la doctrina los diferencia -por lo menos apriorísticamente- de forma neta. Se considera que la clasificación entre delitos de peligro o lesión, por un lado, tiene que ver con el desvalor de resultado como cofundamentador del injusto para aquellos que mantienen una concepción dual del mismo. Ataño, pues, a la relación de mayor o menor proximidad entre la acción típica y la pretensión de respeto al valor protegido por la norma. Por otro lado, la condición de delitos de resultado puede predicarse sólo respecto de algunos tipos penales en los que se produce un efecto perceptible en el mundo exterior separado espacio-temporalmente de la acción. En contraposición, serían delitos de mera actividad aquellos en que el tipo de injusto se agota en una acción del autor, sin que sea preciso un resultado en el sentido de un efecto exterior diferenciable espacio-temporalmente de la acción³⁰⁹.

misma y concibe el resultado estructural o típico del delito como concepto estrechamente unido con el del bien jurídico, esto es, como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico -que coincide esencialmente con el concepto de desvalor de resultado en la concepción dualista del injusto que ella sostiene-. La autora renuncia a la tesis mayoritaria que parte de dos criterios distintos e introduce un continuo basado en un criterio único que es la intensidad del efecto exigido sobre el bien jurídico. De modo tal que puede distinguirse entre delitos de lesión, delitos de peligro concreto y peligro abstracto, sin mantener la categoría de los delitos de simple actividad.

³⁰⁸Vid. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición op. cit., p. 210, para quien expresamente los delitos de peligro concreto son delitos de resultado de peligro mientras los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad (peligrosa); RODRÍGUEZ RAMOS, *El "resultado" en la teoría jurídica del delito*, en CPC, nº1, 1977, p. 57, para quien los delitos de resultado concreto suelen ser de lesión, mientras los de peligro abstracto de mera conducta; QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 330, para quien los delitos de "resultado de peligro" se sitúan a medio camino entre los delitos de actividad y de resultado material; ROXIN, *Derecho penal. Parte general. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., pp. 404 y 407, en que afirma que los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, pues suponen que se ha de haber creado "un resultado de peligro concreto", extremo que no exigen los delitos de peligro abstracto; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 206, para quien el peligro concreto constituye un resultado "porque es algo más que la ejecución de una acción en una determinada situación subjetiva"; si bien en p. 209, llega incluso a admitir que los delitos de mera actividad no pueden ser tajantemente separados de los delitos de resultado de conducta limitada, pues también en los primeros la ejecución de la acción ostenta un aspecto externo y un resultado. En distinto sentido BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en ADPCP, 1973, fasc. III, p. 490, para quien los delitos de peligro abstracto pueden ser tanto de mera actividad como de resultado.

³⁰⁹En tal sentido, por todos, QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 317-318; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 294, en que advierte que no debe confundirse el desvalor de resultado con el resultado del delito, puesto que el desvalor de resultado existe tanto en los delitos de "mera actividad" como en los de "resultado"; RODRÍGUEZ RAMOS, *El "resultado" en la teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 50-53, quien, después de descartar una concepción jurídica del resultado y la concepción mixta naturalista-jurídica, adopta una concepción naturalista que lo concibe como una "modificación del mundo exterior verificable, distinta en las coordenadas de espacio y tiempo de la conducta, pero conectada causalmente con ella y trascendente en el ámbito jurídico penal"; COBONVIVES, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 273 y ss. y 409, en que se tratan separadamente ambos conceptos del resultado; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, op. cit., pp. 348-349, en que distingue el resultado en sentido jurídico -que ostenta todo delito- del resultado en sentido material o formal,

Partiendo pues, de la distinción sostenida por la doctrina entre ambas acepciones del resultado, la traducción de estas categorías al delito de falsedad documental exigirá, en primer lugar, determinar si nos hallamos ante un delito de peligro o lesión, según el grado de afección al bien jurídico funcionalidad del documento. En segundo lugar, establecer si nos hallamos ante un delito de resultado o de mera actividad.

Con respecto a la primera de las cuestiones, la doctrina vertida sobre este delito no ha sido ni mucho menos unánime. Un sector doctrinal renuncia a pronunciarse acerca de la naturaleza de lesión o peligro de la falsedad documental por el carácter colectivo e inmaterial del bien jurídico protegido³¹⁰. Existen, asimismo, autores que defienden que la falsedad documental constituye un delito de lesión o daño³¹¹, mientras para otro sector doctrinal nos encontramos ante un

necesario para la calificación de un delito como de resultado; CERZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 3ª edición, 3ª reimpresión, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 322, en que diferencia el resultado material o externo del resultado como lesión del bien jurídico; CERZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 154-155; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 281-282, en que deslinda el resultado entendido como modificación del mundo exterior, del resultado a nivel de la antijuricidad, que está presente en todos los delitos; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 167-172; BACIGALUPO, *Principios del Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 115-116, en que diferencia el resultado en sentido estricto, que comporta la lesión del objeto de la acción de la lesión del objeto de protección o bien jurídico; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 72 y ss, en que diferencian claramente el resultado naturalístico, componente del injusto de los delitos de resultado, del resultado jurídico, consistente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 21-22 y 52 nota 83, en que diferencia entre resultado en sentido naturalístico y jurídico; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., op. cit., pp. 338 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 235 y ss; ROXIN, *Derecho penal. Parte general. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., p. 328, quien, sin embargo, define el resultado estructural como “una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor”.

³¹⁰En tal sentido ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 571, según quien, relación con el objeto de protección inmediato de la falsedad documental, es inútil indagar si nos hallamos ante un delito de lesión o peligro, ya que, al ser la fe pública un bien inmaterial, resulta muy difícil distinguir una forma de otra. Sólo respecto del hipotético bien jurídico mediatamente protegido por este delito, afirma que no es necesaria la lesión del interés garantizado por el medio de prueba; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 878, en que afirma que, dada la naturaleza del bien jurídico de la fe pública o confianza social en los documentos, resulta “artificioso el pretender dilucidar si las falsedades del art. 302 CP merecen la consideración de delitos de peligro o de lesión del aludido bien jurídico”; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 378, quien, si bien parece inclinarse por la consideración de la falsedad documental como delito de peligro, advierte que la distinción entre delitos de peligro y lesión sólo se entiende válida para aquellos delitos que ofenden bienes materiales que afectan a los particulares, resultando difícil fuera de este campo diferenciar entre delitos de lesión y peligro. Contradiciendo, en cierta forma, su caracterización como delito de peligro, este autor, en p. 381, afirma que el resultado inmediato de la falsedad documental, en tanto supone la lesión del interés probatorio ligado al documento falso, se convierte más en delito de daño que en delito de peligro.

³¹¹GONZÁLEZ CUSSAC, *Falsedad documental e imprudencia*, op. cit., p. 241, quien, a pesar de considerar que el bien jurídico en este delito es puramente ideal, y que el legislador opera en tal caso con un doble adelantamiento de la línea defensiva, nos hallamos ante un delito de lesión de la fe pública; COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., p. 439, para quien tales delitos suponen la lesión de la fe pública, concebida como seguridad en el tráfico jurídico, aunque al mismo

delito de peligro. Dentro de estos últimos, puede aún establecerse una subdivisión entre aquellos que se pronuncian genéricamente por su consideración como delitos de peligro³¹² y aquellos otros que expresamente incluyen a estos delitos entre los de peligro concreto o abstracto³¹³, siendo común la consideración de que las

tiempo comporten una puesta en peligro concreta de singulares bienes jurídicos. También en Italia se han pronunciado diversos autores sobre el carácter lesivo de la falsedad documental, cfr. FINZI, *I reati di falso*, 1920, op. cit., p. 348, la falsificación material o moral de un documento público representa ya, por sí misma, una lesión de la fe de los ciudadanos; PROTO, *Il problema dell'antigiuridicità nel falso documentale*, op. cit., p. 100, para quien los delitos de falsedad son delitos de lesión si se refieren a la prueba en cuanto tal, mientras que podría hablarse de delito de peligro si la falsedad se refiere a un momento sucesivo a la prueba como tal; MOLARI *Sul tentativo nel reato di falso ideologico*, op. cit., p. 478, según quien la conceptualización del delito de falsedad como de daño se hace posible abandonando la tradicional visión de que el bien jurídico es la fe pública, de modo que, admitiendo como objeto de tutela la integridad de la prueba, cuando el hecho representado no se corresponde con la verdad, el valor tutelado es "efectivamente lesionado y no puesto en peligro"; BATTAGLINI, *Falsità innocua o irrilevante in testamento pubblico*, op. cit., p. 1060, según cuya concepción la falsedad es un delito de daño, no entendido como daño individual, sino como daño en sentido social.

³¹²ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., p. 187, para quien la naturaleza del delito de peligro de la falsedad documental se deriva de que la misma no requiere para su perfeccionamiento que se haya causado efectivamente el menoscabo o la desaparición del bien jurídicamente tutelado, que para él es el poder probatorio de los documentos considerado como medio para ejercitar los derechos de distinta índole propios de las personas; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial. II (2) Delitos contra la colectividad*, op. cit., p. 773. También determinados autores italianos se han decantado por la consideración de la falsedad como delito de peligro, así CARNELUTTI, *Teoria del falso*, op. cit., p. 37, para quien la razón de la punibilidad de la falsedad no es otra que el peligro del engaño, y sobre todo del fraude; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 784, que concibe la falsedad como delito de peligro por no requerir para su consumación la producción de un daño; DE MARISCO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 598; DE MARISCO, *Il dolo nei reati di falsità in atti*, op. cit., p. 437, para quien la eficacia probatoria del documento es lo que la falsedad pone en peligro, resultado que en los delitos de falsedad en documento público acontece desde el momento en que la falsificación se produce; MALINVERNI, *Fede pubblica (delitto contro la)*, op. cit., p. 77, para quien la tutela penal se da contra quien mediante la falsedad documental ha creado el peligro de un juicio equivocado; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 11; CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, op. cit., p. 193, para quien el resultado de la falsedad documental consiste en un resultado de peligro, no abstracto, de engaño para la prueba; BATTAGLINI, *Osservazioni sul dolo nella falsità in atti pubblici*, en *La Giustizia Penale*, 1955, parte seconda, pp. 456-457; CAMPISI, *Sul tentativo nei delitti di falsità in atti*, op. cit., p. 232.

³¹³QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 198-199, quien, a pesar de no acabar de concretar su opinión acerca de si el delito de peligro debe ser abstracto o concreto, advierte que en la falsedad perfecta y consumada, sin daño o lesión materialmente valorable, existe una apreciación de un cierto "perjuicio abstracto" a los bienes jurídicamente protegidos"; en el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 683; VARGAS CABRERA, *La culpabilidad en las falsedades documentales. La incriminación a título de imprudencia*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, Libro-Homenaje a Ruíz Vadillo, op. cit., p. 220, quien considera que las falsedades documentales no son delitos de peligro abstracto, sino concreto, habiendo de probarse el riesgo para los intereses que la norma penal pone bajo su esfera de protección; RODRÍGUEZ RAMOS, *Las falsedades documentales como actos preparatorios o ejecutivos criminalizados*, op. cit., pp. 4 y 5; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 41 y 272, para quien la falsedad en documento público es un delito de peligro abstracto. En relación con la falsedad de moneda, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Objeto jurídico y sujeto pasivo de la falsificación de moneda*, op. cit., p. 45, nota 19, se refiere al peligro abstracto. En Alemania, además de los autores citados en supra en notas 16 a 21, uno de los juristas que con mayor ahínco ha defendido la

falsedades en documento privado representan delitos de peligro concreto, mientras las falsedades en documento público representan delitos de peligro abstracto³¹⁴. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las escasas ocasiones en que se ha pronunciado expresamente sobre este extremo, tiende a concebir a los delitos de falsedad como infracciones de peligro³¹⁵.

En orden a tomar postura acerca de esta cuestión, no se nos escapa que la condición de bien jurídico colectivo e inmaterial de la funcionalidad del documento dificulta en gran manera la fijación de su condición de delito de lesión o de peligro³¹⁶. Asimismo es mayoritaria la doctrina que vincula aquellos delitos que

consideración de la falsedad documental como delito de peligro abstracto ha sido STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 248 y ss., quien, partiendo de que los delitos contra la colectividad son necesariamente delitos de peligro, pues la generalidad sólo puede ser protegida cuando la protección no se anuda a la lesión, y de su consideración de los delitos de peligro abstracto como aquellos en que el injusto se constituye sobre el desvalor de acción, acaba concluyendo que los delitos de falsedad documental constituyen delitos de peligro abstracto sobre la base de que para su consumación basta con la producción de un mero comportamiento, sin necesidad de llegar al engaño efectivamente producido.

³¹⁴DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 91, que caracteriza la falsedad en documento público como delito de peligro abstracto al no requerir que se demuestre la especial situación de peligro, mientras la falsificación de documento privado será delito de peligro concreto cuando existiera ánimo de perjudicar sin conseguirlo, o delito de lesión, si finalmente se causa el perjuicio a tercero; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 269; se refiere también a esta concepción, aun sin adoptarla, CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 379-380, para quien la falsedad documental nunca podrá constituir delito de peligro abstracto al constituir su resultado en crear la "posibilidad real" de un daño; ETCHEBERRY, *El objeto jurídico de los delitos de falsedad documental*, op. cit., pp. 61, 63 y 66, para quien los delitos de falsedad en documento público representan delitos de peligro abstracto -aun cuando puntualiza que la seguridad en el tráfico jurídico se ve amenazada de una forma concreta por la lesión causada a la eficacia de los símbolos materiales dotados de efectos obligatorios-, mientras las falsedades en documento privado, en tanto exigen el perjuicio de tercero, son delitos de lesión y no de peligro al intentar contra la propiedad (sic).

³¹⁵Cfr. SsTS 18 octubre 1994 (RJ 8026) según la cual no es necesario que exista una efectiva incidencia del documento en el tráfico jurídico, bastando con el daño potencial, de modo que constituyen delitos de peligro, y no de lesión, pues el legislador ha querido adelantar con la tipificación de tales conductas la barrera de protección penal en atención a la importancia que concede al bien jurídico protegido; 27 abril 1995 (RJ 3086), en que se advierte que el documento alterado ha de ser capaz de alterar la seguridad en el tráfico jurídico, lo que permite concebirlo como delito de peligro; 9 marzo 1995 (RJ 1919) en que se afirma que la falsedad exige el daño efectivo para el tráfico jurídico o, simplemente, su aptitud potencial para causar un perjuicio en la vida jurídica, aun sin afirmar expresamente si el delito en cuestión es de lesión o peligro.

³¹⁶Sobre las dificultades para determinar el resultado en los delitos contra bienes jurídicos colectivos y su incidencia en el desvalor de resultado propio de estos delitos, vid. LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, op. cit., pp. 80 y ss, en que se hace referencia a los intentos de distinción efectuados en estos delitos a tales efectos. Se refiere a la teoría del "sujeto pasivo social representado" de Martin, según la cual basta con un resultado individual -producido sobre un concreto sujeto pasivo- para poder caracterizar el delito como de resultado, y a la distinción entre bienes jurídicos abstractos y concretos, en función de que se materialicen o no en objetos del mundo sensible, siendo que cabría considerarlos de resultado cuando tal condición se diera. Respecto de los bienes jurídicos de carácter social y de aquellos individuales en que el bien jurídico no esté revestido de una corporeidad -esto es, en los bienes jurídicos inmateriales-, ESCRIBA GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, pp. 68-69, establece que no cabe hablar de peligro contrapuesto a lesión -que sólo es posible respecto de bienes jurídicos corporales o materiales- sino de peligro en el sentido de "perturbación" o "perjuicio". En parecido sentido, DOVAL PAÍS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 260, manifiesta que en aquellos

protegen bienes jurídicos de carácter colectivo con delitos de peligro abstracto³¹⁷, de lo que podría inferirse que la falsedad documental tiene necesariamente esa naturaleza al proteger las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico.

No procede en esta sede reproducir la discusión doctrinal acerca de la oportunidad del mantenimiento de delitos de peligro abstracto³¹⁸. Baste con recordar la conveniencia en el uso de estructuras de peligro hipotético para justificar la relevancia penal de algunas conductas y evitar con ello la contradicción al principio de legalidad que la presunción *iuris et de iure* del peligro podría suponer³¹⁹, así como la diferenciación de estos delitos en relación con los de peligro

delitos que protegen bienes jurídicos inmateriales que no admiten la entrada de menoscabos en una sustancia material “el concepto de lesión se ve obligado a abandonar su referencia a la destrucción física del objeto y a adoptar una noción más amplia que se equipara a la idea de *perturbación*”.

³¹⁷En tal sentido, por todos, MORALES PRATS, *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*, op. cit., pp. 77-78, quien denuncia que en la protección de tal clase de bienes jurídicos se utilicen fundamentalmente estructuras de peligro abstracto, postulando que la adecuada tipificación de las estructuras de peligro en relación con este tipo de bienes jurídicos debe esclarecerse al margen de los debates nominalistas sobre lo que haya de conceptuarse como peligro abstracto o intermedio (hipotético), siendo preferible la evitación de estructuras de peligro abstracto “stricto sensu” mediante una adecuada formulación de los tipos; HASSEMER, *Lineamientos para una teoría personal del bien jurídico*, op. cit., p. 279, para quien el instrumento adecuado para la conformación de delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales lo constituyen los delitos de peligro abstracto; PORTILLA CONTRERAS, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, op. cit., p. 739, para quien la defensa de intereses colectivos conlleva inevitablemente la creación de delitos de peligro abstracto de difícil concreción; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 299 y ss.

³¹⁸Sobre el concepto de peligro abstracto vid. ampliamente RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, o.u.c., pp. 237 y ss., con abundante información sobre las propuestas doctrinales que reinterpretan el tipo objetivo en estos delitos a los efectos de dotarlos de legitimidad; BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pp. 493 y ss., propone, de *iure condendo*, suprimir los delitos de peligro abstracto, o permitir, en caso de mantenerlos, la prueba de la inexistencia del peligro.

³¹⁹Pionero de tal posicionamiento ha sido TORÍO, *Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, en ADPCP, 1981, fasc. III, op. cit., pp. 825 y ss, quien propone prescindir de los delitos de peligro abstracto consistentes en delitos de desobediencia, delitos de policía o injustos administrativos sometidos a pena criminal, así como las infracciones consistentes en violaciones ético sociales o religiosas, manteniendo los delitos de peligro abstracto que él denomina de peligro hipotético. Consisten éstos en la ejecución de una “acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido”, esto es, que “impliquen la posibilidad, aunque no la realidad, del peligro para el bien jurídico protegido”, en los que la acción descrita en el tipo ha de ser apta “ex ante” para producir un peligro”. Han seguido concepciones parecidas a la por él mantenida en nuestro país, LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, op. cit., pp. 178 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, op. cit., pp. 297 y ss, aunque diferenciando en función del tipo de bien jurídico protegido; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, 5ª ed., op. cit., p. 331, 6ª ed., op. cit., pp. 115 y ss., aunque desde una perspectiva de *lege ferenda*. En parecido sentido, ESCRIVA GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, op. cit., pp. 72 y ss., respecto de los delitos que él denomina de peligro implícito, para los que también exige la peligrosidad de la acción, aunque no esté explicitada por la ley. Cercana al concepto de peligro hipotético esta la construcción de SCHRÖDER de los llamados delitos de peligro abstracto-concreto, sobre esta teoría y sus crítica vid. DOVAL PAÍS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, op. cit., pp. 339 y ss.

concreto³²⁰. Con miras al delito que aquí nos ocupa, conviene subrayar la persistencia de un mal endémico que conduce irremisiblemente al tratamiento de la falsedad como delito de peligro. El error en relación con la falsedad se arrastra ya desde que los prácticos la definieran con base en los tres elementos de *imitatio vel immutatio veritatis, dolus y praejudicium alterius*, y ha consistido en referir el daño propio del delito a finalidades ulteriores al mismo³²¹. Se dice que la tipificación de la falsedad documental constituye un adelantamiento en la barrera punitiva³²², pero cuando esto se hace se está pensando en bienes jurídicos de carácter individual que pueden verse puestos en peligro con la falsedad. Esto es, no suele concebirse el daño propio del delito como daño social, estableciendo a partir de esa constatación si su consumación supone una puesta en peligro o lesión del objeto de protección. Por contra, el referente para establecer tal relación suele constituirlo la lesión de un determinado bien jurídico de carácter individual³²³, y no hay para ello

³²⁰ Ampliamente sobre los criterios de diferenciación formulados entre los delitos de peligro abstracto y concreto, DOVAL PAÍS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, op. cit., pp. 330 y ss.

³²¹ En tal sentido MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 338-339, para quien la falsedad supone ya una lesión al bien jurídico fe pública, el daño lo constituye el mismo delito. Dicho autor renuncia al concepto de daño manejado por los prácticos, que ha inducido a equívocos, pues aunque la falsedad documental sirva generalmente como medio para conseguir un fin ulterior, advierte que el fin incriminatorio de este delito no ha de confundirse con el fin del autor, pues la tutela del documento es en sí y por sí. Algo parecido a Mirto viene a denunciar MOLARI, *Sul tentativo nel reato di falso ideologico*, op. cit., pp. 478-479, cuando advierte que la conceptualización de la falsedad documental como delito de peligro se debe a la determinación del bien jurídico como la fe pública.

³²² En este sentido, por todos, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 427, para quienes la protección que le ley penal dispensa a la fe pública, como bien jurídico autónomo, supone anticipar las barreras de protección penal, adelantarse a la lesión de los bienes jurídicos individuales que bajo la falsedad documental subyacen; MALINVERNI, *Fede Pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 76, quien, no obstante criticar la inclusión del daño en el concepto de falsedad establecido por los prácticos por ser contrario al Derecho moderno, afirma que la anticipación del “momento consumativo” de la falsedad al simple peligro de daño -se entiende que patrimonial- crea la posibilidad de separar estos delitos de aquellos contra el patrimonio.

³²³ Así cuando CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, op. cit., pp. 314-315, §§ 3680-3681, se refiere a que en la consumación de la falsedad en documento público basta el “daño potencial” está pensando en daño que trasciende al propio delito de falsedad; DE MARISCO, *Il dolo nei reati di falsità in atti*, op. cit., p. 445, para quien el daño público que la falsedad documental supone no abarca al total perjuicio que deriva de la efectiva fuerza probatoria del documento, de lo que deduce que nos hallamos ante un delito de peligro; en sentido aún más claro, CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 855, que concibiendo el delito de falsedad como infracción que tiende a la protección mediata de determinados bienes jurídicos individuales, considera que el perjuicio propio del delito previsto en el art. 302 CP de 1973 ha de entenderse constituido por los indicados bienes subyacentes, puesto que el referir dicho perjuicio a la fe pública “equivaldría a una inaceptable artificiosidad y comportaría el prescindir del segundo de los dos aspectos integrantes de la antijuricidad material de las falsedades documentales”; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 380, para quien considerar el daño de la falsedad como “daño social” -configurado sin que un interés probatorio documental sea concretamente agredido por la acción delictiva- significa “reducir el concepto normativo del daño a aquel dependiente de la pura y simple violación de la verdad”; RODRÍGUEZ RAMOS, *Las falsedades documentales como actos preparatorios o ejecutivos criminalizados*, op. cit., p. 4; SOTO NIETO, *Falsedad en documento público, oficial o mercantil. Humanización y realismo en la función interpretativa*, op. cit., p. 16, cuando se refiere a que la falsedad en documento público es susceptible de originar un daño o al menos una situación de peligro para determinados bienes, generalmente de orden económico; ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., p. 141, para quien el daño propio de la falsedad no sólo se refiere al perjuicio que la

más que tomar como muestra la concepción pluriofensiva del bien jurídico preconizada por la tesis de ANTOLISEI³²⁴ y de quienes le siguen.

Se olvida con este modo de proceder que la funcionalidad del documento, a diferencia de otros bienes de carácter colectivo, no tiene un claro referente individual. En contraposición con la salud colectiva, que puede concebirse como la suma de la salud individual de todos los integrantes del cuerpo social³²⁵, la funcionalidad del documento no supone siempre y necesariamente la tutela anticipada del patrimonio. No cabe duda de que un rápido examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo demuestra que la falsedad documental suele aparecer como medio para cometer delitos contra el patrimonio, generalmente estafas. Ello, sin embargo, no es óbice para que un delito falsario pueda, a su vez, afectar al honor -piénsese en una carta injuriosa remitida con el nombre de un sujeto distinto de quien la confecciona- o la libertad individual -así en los supuestos en que se amenace al sujeto pasivo mediante una carta que aparentemente ha sido confeccionada por un sujeto distinto de quien la confecciona- además de afectarse tangencialmente a otros bienes jurídicos no ya de carácter individual, sino colectivo, como el buen funcionamiento en la Administración de justicia o de la Hacienda pública.

En puridad, en aquellos delitos, como la falsedad, en que el bien jurídico protegido no tiene referente individual -sin que esto constituya un impedimento para relacionar la correcta funcionalidad del documento a cada uno de los integrantes del cuerpo social- el peligro no puede predicarse respecto de la lesión de un bien jurídico que no siempre ha de verse afectado por el delito. Si así se hiciera, se despojaría a la falsedad de cualquier contenido de injusto, cuanto menos constante. De ahí, que en tales supuestos el daño o el peligro hayan de predicarse del objeto colectivo de tutela³²⁶ y de ahí también que haya podido afirmarse que tales delitos son “formalmente” delitos de lesión³²⁷.

verdad sufre ni al que la fe pública padece, sino también han de tomarse en consideración otros intereses, privados o públicos, distintos de ésta, puesto que la fe pública no es un bien independiente de otros intereses jurídicos; de ahí que configure el daño de la falsedad documental, en p. 142, aunque sea potencial, en una triple vertiente: a la fe pública, al valor probatorio de los documentos y a los intereses tutelados por éstos.

³²⁴Incluso más allá de la particular concepción del bien jurídico de este autor y de quienes siguen su teoría -cfr. infra cap. I, apartado 1.2.1.B)- existen autores que, a pesar de que formalmente no defiendan la naturaleza pluriofensiva del delito, sí introducen esta idea en algún que otro momento de la exposición. En este sentido, entre otros, ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 174, nm. 461, para quienes existen distintos bienes jurídicos que pueden ser puestos en peligro en muy distinta proporción a través de la falsedad documental, constituyendo este delito un conglomerado de hechos con muy diferente tipo de injusto; FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 1. Teil*, op. cit., p. 732, para quien los tipos de falsedad documental no sólo tienen sentido como “cualificaciones” en el ámbito de los delitos contra el patrimonio, sino que puede decirse lo mismo respecto de otros intereses públicos y privados, admitiendo que la falsedad puede suponer una protección parcial y mediata para aquellos casos en que tales intereses no tengan una protección penal específica, y funcionando como “instancia de protección”.

³²⁵En tal sentido, DOVAL PAÍS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, op. cit., p. 254, para quien el bien jurídico en los delitos de fraude alimentario no se diferencia del bien jurídico individual salud de las personas. Aclarando el autor, en nota 177, que su concepción del bien jurídico no supone que se adopte una perspectiva monista personalista del bien jurídico negadora de la existencia de bienes jurídicos autónomos de titularidad colectiva, sino que supone el replanteamiento de un bien jurídico de carácter colectivo como la salud individual, cuyo claro referente individual hace que pierda autonomía.

³²⁶De esta opinión, entre otros, BATTAGLINI, *Falsità innocua o irrilevante in testamento pubblico*, op. cit., pp. 1060 y 1067, al admitir que en la falsedad se cuestiona el crédito incorporado a ciertas formas de certificación de hechos jurídicos, sin las cuales la normal vida de relación no podría mantenerse, ello con independencia del daño privado que

Dotando a la falsedad documental de un contenido de injusto propio basado en la afección a cualquiera de las tres funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, y desligando de su contenido cualquier ulterior protección de otros intereses, resulta difícil de aceptar que la introducción de un documento con sus funciones alteradas en el tráfico jurídico -momento consumativo del delito-, no constituya una perturbación del objeto de protección³²⁸. Abstracción hecha de cuántas introducciones de documentos disfuncionales hayan de operarse para que la lesión se considere efectiva³²⁹, lo cierto es que la introducción de un documento disfuncional en las relaciones jurídicas intersubjetivas supone la inclusión de un elemento distorsionador no ya de las propias funciones del documento -que están alteradas-, sino incluso de la seguridad en el tráfico. Por ello, de no admitirse que tal conducta implique la lesión del objeto de protección, no puede por menos que afirmarse que sí la pone en concreto peligro³³⁰, al exigirse para la consumación que

se ocasione, puesto que para la falsedad ha de tenerse únicamente en cuenta el daño público.

³²⁷En tal sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, op. cit., pp. 299 y ss., quien diferencia los delitos que se dirigen a la protección de bienes jurídicos individuales de aquellos otros que la doctrina ha llamado intereses difusos, que constituyen bienes jurídicos colectivos no reconducibles a los individuales. Mientras en los primeros tipos de delitos se incriminan conductas potencialmente lesivas para la vida, la integridad u otros bienes jurídicos, en los delitos contra intereses difusos existe gran dificultad en determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo, por ello le parece que la técnica más adecuada de protección es la tipificación de delitos de peligro abstracto, mediante la tipificación de la afección a un “bien intermedio con función representativa”, según las tesis defendidas por SCHÜNEMANN y JAKOBS. En realidad, “no se trata aquí de anticipar la tutela de los bienes esenciales, sino de proteger *otros bienes* cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica. De tal forma, si el bien colectivo protegido es merecedor de tutela penal “es legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial que mediatamente se protege, *pues formalmente estamos ante delitos de lesión*”

³²⁸Por tal razón GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 326, afirma que con el uso del documento se produce el verdadero ataque contra la funcionalidad del documento, ello aun cuando considera que el uso no es elemento para la efectiva “lesión” del bien jurídico, que ya se ha producido con la falsificación en sentido estricto; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 295, en que admite que la efectiva lesión del bien jurídico se produce cuando el documento ingresa en el tráfico jurídico; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 797.

³²⁹Al respecto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 303, asume que en tales delitos se protege inmediatamente el mencionado bien jurídico con función representativa, que efectivamente se lesiona con tales conductas, justamente porque la reiterada lesión del mismo es la que produce el peligro abstracto para el bien jurídico supraindividual del que aquel deriva. Cabría preguntarse, sin embargo, si a los efectos de determinar la naturaleza lesiva o de peligro de la acción típica no convendría solamente tener en cuenta el grado de afección de la misma al bien intermedio, dado que según la concepción de esta autora parece que jamás podría lesionarse el bien jurídico supraindividual. En realidad, las tres funciones que el documento desempeña dentro del tráfico jurídico no son más que la concreción de la genérica idea de seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico, lo que no significa que no constituyan el auténtico objeto de protección del delito, habida cuenta de que cumplen mejor que aquel etéreo concepto las tareas que a la institución del bien jurídico corresponde desempeñar en Derecho penal.

³³⁰Aun considerando que la falsedad documental obedece solo a la protección de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, puede defenderse que la lesión del objeto de protección no acontece hasta el momento en que un sujeto es engañado acerca de la correcta funcionalidad del documento. De esta opinión, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Stragesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 99, para quien el engaño en el tráfico jurídico representa la auténtica lesión del bien jurídico protegido en el § 267 StGB; en

el documento con funcionalidad alterada -apto para el engaño sobre esa funcionalidad- se haga accesible a quien va a ser objeto del engaño.

Tampoco en atención a la segunda de las acepciones del término resultado -entendido en sentido típico o estructural- la doctrina ha sido unánime en calificar a la falsedad documental de delito de resultado o de mera actividad. Ya hemos manifestado en páginas anteriores la estrecha vinculación existente entre el resultado como elemento básico cofundamentador del injusto y como elemento típico; conexión a la que no es ajeno el tratamiento de este instituto en el delito de falsedad documental por parte de algunos autores³³¹. Partiendo de un concepto naturalístico o causal del resultado estructural, la doctrina española e italiana, que han sido las que fundamentalmente se han ocupado de la cuestión en este delito, no adoptan una posición generalizada. Ni que decir tiene que en mucho influye en esta disparidad la concreta acepción del resultado de la que se parte³³², aun cuando el sentir mayoritario se incline por su consideración de efecto separado de la acción. Las opiniones acerca de la consideración de delito de mera o simple actividad y de resultado -que constituye la denominación más extendida en España- así como aquellas que lo conceptúan como delito formal o material -designación equivalente utilizada en Italia³³³- se muestran más o menos paritarias a nivel

parecido sentido SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen*, op. cit., p. 119, para quien la falsedad documental, que supone un ataque ejecutado a la institución del documento, sólo pone en peligro la confianza general en la autenticidad del documento y de la aptitud funcional del mismo.

³³¹Cfr. PROTO, *Il problema dell'antigiuridicità nel falso documentale*, op. cit., pp. 18 y ss, para quien, si formalmente el resultado es el efecto de la acción, sustancialmente es la lesión de un bien o interés protegido por el Ordenamiento Jurídico. Puesto que para dicho autor la primera acepción del resultado carece de interés, acoge la segunda, afirmando que, desde ese prisma, la falsedad constituye un delito de resultado; sobre la relevancia en la distinción del resultado en sentido naturalístico y jurídico en la falsedad documental vid. CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., pp. 178-179, para quien la concepción jurídica del resultado en la falsedad documental no tiene mayor trascendencia, mientras que la concepción naturalística tiene una relevancia particular. Así, concebido el resultado como modificación del mundo externo por parte del agente, la afirmación de la subsistencia del resultado depende de la constatación de la relevancia de la modificación producida por la conducta sobre el plano de la función probatoria a la que el objeto estaba destinado, pudiendo recaer dicha modificación en el mundo físico -cual sucede con la falsedad material- o en el mundo jurídico -en la falsedad ideológica-; en el mismo sentido, CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, en *Digesto delle Discipline Penali*, op. cit., pp. 192 y ss; BATTAGLINI, *Falsità innocua o irrilevante in testamento pubblico*, op. cit., pp. 1057 y ss, quien, sin advertir expresamente que adopta una concepción de resultado que lo hace equivalente con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, asume de facto dicha concepción, lo que puede observarse cuando el autor afirma que todos los delitos tienen resultado, así como al concebir la falsedad documental como delito de resultado -que lesiona la fe pública- afirmando rotundamente que no es delito de mera actividad, pero, concibiéndola, al mismo tiempo como delito formal. También GARCÍA CANTIZANO, *De la relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental...*, op. cit., pp. 238-239, pone en conexión ambos conceptos cuando manifiesta "(...) se constituyen en auténticos tipos de resultado donde el desvalor de acción, es decir, la alteración del documento, no resulta suficiente a la hora de cerrar el ámbito de la antijuridicidad de la conducta, por cuanto ha de unirse al desvalor de resultado representado por la lesión del bien jurídico protegido en estos delitos".

³³²Sobre los distintos conceptos manejados por la doctrina del resultado estructural vid. LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, op. cit., pp. 61 y ss.

³³³En España se ha preferido adoptar la traducción que la doctrina alemana construyó, por no inducir a equívoco en relación con el objeto al que se refiere, a diferencia del uso del binomio delito material-delito formal, que, además de recordar a la distinción teológico-moral entre pecados materiales y formales, produce inexactitudes, al poderse identificar el delito formal con el delito de peligro presunto, cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, *El*

doctrinal³³⁴. Cuestión distinta cuando ha sido la jurisprudencia quien ha tomado posición, al admitir mayoritariamente -y utilizando una denominación no extendida en nuestro país- que los delitos de falsedad documental constituyen “infracciones formales”³³⁵.

Quienes sostienen que la falsedad documental es un delito de resultado, basan su decisión en argumentos como que la consumación exige la producción de un resultado en sentido material consistente en que el documento producido ha de ser ideóneo para engañar al individuo medio³³⁶, o en la necesidad de que en ella se observe un “minimum” de efectividad material³³⁷. Se recurre también a la idea de que el delito exige la plasmación de un resultado material sobre el documento -así

“resultado” en la teoría jurídica del delito, op. cit., p. 54. Por distintos motivos, QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 318, critica la adopción del término “delito formal” por constituir una manifestación de la responsabilidad objetiva, al no indagarse en ellos la efectiva concurrencia del dolo, ni la dirección concreta de la voluntad del autor. También COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte especial*, 4ª edición, op. cit., p. 409, nota 26, consideran inadecuado el término, atendiendo a que el injusto no es “nunca una mera forma vacía, sino que comporta, en todo caso, un contenido lesivo”. Con respecto a las distintas acepciones que se ha dado al delito formal vid. BATTAGLINI, *Falsità innocua o irrelevante in testamento pubblico*, op. cit., p. 1056, que distingue aquella opinión que cifra la diferencia entre delito formal y material según se hayan conseguido los fines propuestos por el agente, y la que concibe los delitos formales como aquellos en los que la acción o la omisión es suficiente por sí sola para determinar su objetividad, mientras son materiales aquellos en los que la objetividad completa no se da sin verificarse el resultado, optando por esta segunda acepción.

³³⁴Existen incluso autores que, conscientes de la dificultad en la toma de una decisión en este ámbito, se limitan a exponer las distintas opciones encontradas, sin tomar partido, ya sea en España o Italia. Cfr. MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 239; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., pp. 38 y ss, quien, sin pronunciarse acerca de si la falsedad es delito formal o material a los efectos de admitir la tentativa, prefiere la distinción entre delito unisubsistente y plurisubsistente, realizado con uno o varios actos respectivamente.

³³⁵Cfr. 25 mayo 1984 (RJ 2683) referido al delito de falsedad en documento privado, en que curiosamente el Tribunal habla de delito de “mera actividad”; 8 marzo 1985 (RJ 1601), que califica la falsedad en documento público, oficial o mercantil como delito formal; 8 marzo 1985 (RJ 1602) en el mismo sentido; 7 abril 1988 (RJ 2752) que conceptúa como delito formal la falsedad en documento mercantil, al advertir que para su consumación no es necesario que el sujeto activo tenga ánimo de lucro ni que se produzca perjuicio para tercero o se tenga ánimo de causarlo; 3 febrero 1990 (RJ 1048), en que se refiere a delito de “actividad” para calificar la falsedad de un cheque. En sentido contrario, STS 19 febrero 1974 (RJ 792) en que no se concibe como infracción formal la falsedad documental, por la consideración de que el resultado no lo constituye la mera conducta del autor, sino que difiere el efecto resultativo del comportamiento del agente, aun cuando se muestra proclive a inadmitir la frustración en este delito.

³³⁶De esta opinión, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 876.

³³⁷En tal sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 200, quien, a pesar de haber afirmado, en p. 198, que la falsedad es delito formal o de mera actividad, porque la falsedad en documento público no requiere de la materialidad de un transtorno en el mundo físico exterior atendiendo a que dicha efectividad se da en el acto falsario mismo cuando en él se cumplen las condiciones objetivas y subjetivas que le prestan la vida, posteriormente afirma que, al objeto de diferenciar la consumación del *iter criminis* en este delito, ha de tenerse en cuenta que requiere un minimum de efectividad material, de resultado y hasta de daño potencial. Más rotundo se muestra QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 684, en que claramente afirma que las falsedades documentales no pertenecen a los llamados delitos formales, puesto que exigen un resultado consistente en la letra fingida, la alteración de las fechas o la constatación por escrito de que en un acto han intervenido personas no lo hicieron, que es diferenciable de la conducta causante de ese resultado.

la letra fingida, la alteración de las fechas o la constatación por escrito de que en el acto han intervenido personas que no lo hicieron- diferenciable de la conducta que lo causa -que no es otra que la manipulación del documento o la declaración falsa-³³⁸. En puridad, aquellos autores que sostienen el carácter de delito de resultado de la falsedad documental acostumbra a basar su opinión en la exigencia de que la maniobra falsaria se plasme sobre un documento, sobre una parcela de la realidad materialmente representada³³⁹, y de ahí llegan incluso a deducir que la producción del documento falso es espacio-temporalmente separable de la acción³⁴⁰. No han faltado quienes diferencian también en este extremo la falsedad en documento público -que constituye un delito formal o de mera actividad- de la falsedad en documento privado -que tiene estructura propia de delito de resultado-³⁴¹.

³³⁸Cfr. CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 409 y 410, que adopta la posición de Quintano en su Tratado, y además añade a estos argumentos que la falsedad precisa de un resultado constituido por la "acción" o conducta desplegada en un documento, el cual se hace aparecer como si fuese verdadero o genuino, aun cuando el resultado propio de la falsedad no implica que la consecución del fin que el agente se proponía al realizar la falsificación.

³³⁹Así, ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 188-189, para quien la falsedad necesita el "resultado material" de producción de un documento falso, aunque ha de advertirse que este autor considera que "todos" los delitos requieren de la producción de un resultado. También en Italia, algunos de los autores que defienden la condición de la falsedad documental de delito de resultado o material siguen dicha línea argumentativa; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., p. 13, para quien el resultado de la falsedad documental sobre el plano naturalístico está constituido por la creación, en el mundo externo del sujeto, de una prueba documental que no existía. En parecido sentido CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, op. cit., p. 3723, §§ 357 y 358, quien niega que la falsedad documental sea un delito formal -expresión que considera imprecisa-, pues no es cierto que no necesite de algún *efecto material*. Para este autor que la falsedad no requiera de la producción de un resultado contra el patrimonio privado, por razón de que el daño privado no es el objeto jurídico que constituye el título de falsedad pública, no significa que no precise de un distinto *resultado material*, al suponer la creación de un documento público falsificado. También LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, op. cit., pp. 348-349, considera que la falsedad documental es un delito de resultado, que sin ser material- por no suponer una modificación del mundo externo perceptible por los sentidos- sí es formal o ideal, pues supone un cambio de la realidad inmaterial captable lógica o intelectualmente, ya que el objeto creado ha de suponer un mínimo de apariencia engañosa.

³⁴⁰En tal sentido, BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 67, para quien la acción falsaria es una acción de producción o alteración material que supone un producto final -la moneda falsa o el documento falso- desconectado espacial y temporalmente de la acción y ligado causalmente con ella. Es el documento como objeto de la acción que, a la vez, constituye el resultado, lo que es separable espacio-temporalmente de la acción. En semejantes términos, CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 300, quien, sin embargo, considera que la falsedad material constituye delito de resultado, no así la falsedad ideológica.

³⁴¹De esta opinión, DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 90, quien, bajo la consideración de que delito de simple actividad o formal como aquel en que el resultado es coetáneo a la conducta, de forma que en el acto y resultado quedan inseparablemente unidos, afirma que la falsedad en documento público tiene naturaleza predominantemente formal, mientras que la falsificación de documento privado es un delito material, por estar orientado en la ley hacia el perjuicio; de la misma opinión, SOTO NIETO, *Las falsedades en documento privado. El uso de documento falso como medio para cometer una estafa*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 186. En Francia sostiene esta opinión DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, op. cit., pp. 36 y ss. Contra esta

Pese a que la falsedad documental presuponga la aparición de un nuevo objeto en el mundo externo -y de ahí pueda colegirse su condición de delito de resultado-, la fijación de su naturaleza como delito de mera actividad o de resultado dependerá en esta ocasión también del momento consumativo. Si se entiende que se perfecciona la falsedad con la mera *editio falsi*, resulta harto discutible que la creación del documento idóneo para el engaño sea espacio-temporalmente separable de la acción falsaria. Entonces es la misma conducta descrita en el tipo la que conduce, sin solución de continuidad, al resultado. Otra cosa será que con esta conducta no se afecte a una de las funciones del documento -con lo que estaríamos ante un problema de atipicidad más que de ejecución imperfecta- o que el documento no sea capaz de engañar sobre su apariencia de funcionalidad normal -cuestión que habrá de reconducirse a la tentativa inidónea, caso de admitirse ésta conforme a lo prescrito en el Código penal de 1995-. En resumen, la determinación del momento consumativo de la falsedad en la producción de la misma maniobra falsaria, aunque la acción se plasme sobre un objeto corporal³⁴², conducirá normalmente a la consideración del delito como de mera actividad, tal como un sector de la doctrina pone de manifiesto³⁴³.

diferenciación, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 296, para quien la misma puede inducir a confusión.

³⁴²En relación con aquellos autores que conciben el resultado estructural del delito como el efecto que se produce sobre el objeto de la acción vid. LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, op. cit., pp. 108 y ss, quien critica esta concepción por impedir la posibilidad de reconocer un resultado estructural en aquellos casos en que el tipo no defina un objeto corporal como base de la acción. Tal idea subyace, en realidad, en aquellos autores que, considerando consumada la falsedad con la *editio falsi*, la definen como delito de resultado. El problema que surge inmediatamente es si el documento puede considerarse objeto de la acción en tales delitos. En relación con esta cuestión, LAURENZO COPELLO, o.u.c., p. 69, nm. 133, criticando la concepción de Jakobs, establece que el documento falso no es "objeto de la acción", sino más bien "producto" de la misma. Sin embargo, según nuestro parecer, la consideración del documento como objeto sobre el que la acción recae o como efecto -producto- del delito, depende de la modalidad comisiva frente a la cual nos hallemos. Cuando la acción que el tipo describe presuponga la existencia anterior de un documento -como ocurre con la alteración- no cabe duda de que el documento es objeto de la acción, lo que no ocurrirá cuando la conducta falsaria, por definición, haya de ejecutarse al mismo tiempo en que el documento se está confeccionando -así en la simulación, o en las llamadas falsedades ideológicas- pues entonces éste será el producto de la acción falsaria. En parecido sentido, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 205, para quien en el primer grupo de casos mencionado en el § 267 StGB -esto es, en el de producción de un documento inauténtico- "el documento elaborado es un resultado, pero no un objeto lesionado".

³⁴³En tal sentido, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 331, para quien, salvo cuando se exige la producción de perjuicio, el delito de falsedad tiene carácter formal o de mera conducta, pues no requiere para su consumación más resultado que el constituido por la propia actividad del sujeto, sin ser preciso que llegue a producirse daño o lesión concreta; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., pp. 489-490, para quien la consideración de delito de mera actividad se fundamenta en la innecesariedad de producción de un resultado dañoso en la falsedad documental; QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 317-320, implícitamente, cuando califica como delito de mera actividad el falso testimonio, y afirma que sólo son concebibles delitos de resultado en aquellos que protegen bienes jurídicos "materiales" o "tangibles"; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 298; TORÍO, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en ADPCP, 1972, fasc. I, p. 65; GONZÁLEZ CUSSAC, *Falsedad documental e imprudencia*, op. cit., p. 241, para quien la conducta consiste en cometer la falsedad sin requerir ningún resultado en sentido estricto, pues no ha de confundirse la misma actividad falsificadora con el concepto estricto de resultado, que además de ella

Más fácil resulta afirmar la naturaleza de delitos de resultado de las falsedades documentales en caso de fijar, como aquí se hace, el momento consumativo en la introducción del documento en el tráfico jurídico³⁴⁴. Si la acción que el tipo describe es la manipulación falsaria sobre un documento existente o creadora de un documento disfuncional y a ello ha de seguir necesariamente el desprendimiento del documento por parte del autor de la falsedad -haciéndolo accesible a un tercero- entre acción y momento consumativo sí existe un lapso espacio-temporal separador. De tal manera, cabe imaginar supuestos en que la acción se perfeccione sin que se llegue a la producción del resultado en sentido estructural, lo que conduce a su consideración de delito de resultado.

1.2.2- Admisibilidad de las formas de imperfecta ejecución en la falsedad documental

A) Consideraciones generales: la tentativa idónea

Una vez realizada la tarea previa de determinación del momento consumativo en el delito de falsedad y establecido su carácter de ilícito de lesión -eventualmente de peligro concreto- y resultado, procede tratar a continuación la cuestión de la admisibilidad y, en su caso, de la configuración de las formas de imperfecta ejecución en el mismo. Respecto de esta cuestión debe hacerse una aclaración previa, que no es otra que la relación exclusiva de lo que en este epígrafe se mencione con la falsedad dolosa, atendiendo a que son inadmisibles las formas de imperfecta ejecución en el delito imprudente³⁴⁵.

A los efectos de establecer la amplitud de la tentativa, no cabe duda del papel trascendental que juega la concepción de injusto de que se parta. En función de la misma ha de deducirse el fundamento en el castigo de la tentativa, así como la distinción entre acto preparatorio y ejecutivo, que determina el límite mínimo de esta forma imperfecta de ejecución. Tales cuestiones -a pesar de que exceda con mucho de los límites de este trabajo tomar posición sobre un concepto de injusto o de tentativa- no resultan en modo alguno baladíes, dado que, desde un punto de vista estrictamente dogmático, la orientación en un determinado sentido condiciona la amplitud de la imperfecta ejecución, así como su deslinde de los actos preparatorios, que sólo son punibles -conforme al nuevo sistema de incriminación

exigiría una consecuencia real, espacial y temporalmente distinta del mero comportamiento descrito en el tipo; VARGAS CABRERA, *La culpabilidad en las falsedades documentales. La incriminación a título de imprudencia*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 210; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 272; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 793-794, en que caracteriza los delitos de falsedad como infracciones formales; BATTAGLINI, *Osservazioni sul dolo nella falsità in atti pubblici*, op. cit., pp. 456-457, que también los caracteriza como delitos formales.

³⁴⁴En el mismo sentido se pronuncian algunos de los autores que establecen el momento consumativo de conformidad con lo que aquí se sostiene. Cfr. ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p.246; quien reafirma este extremo en ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1751; QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 518; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3679.

³⁴⁵Al respecto, por todos, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 123 y ss., en que expone las distintas opiniones existentes y acaba concluyendo la improcedencia de la admisión de tal tipo de tentativa, que ha solventarse acudiendo a la tipificación de delitos de peligro; FARRÉ TREPAT, *Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución*, op. cit., p. 263; Sobre la admisión de la tentativa con dolo eventual vid. supra nota 248.

cerrada en el Código penal de 1995- cuando en cada delito en concreto se prevean³⁴⁶.

Las distintas posturas doctrinales existentes sobre el fundamento de la punición en la tentativa se incluyen en tres fundamentales grupos de teorías: las llamadas teorías objetivas, las subjetivas y las mixtas. Según las primeras, la razón de la punición de fases anteriores a la consumación del delito obedece a la puesta en peligro del bien jurídico protegido en el respectivo tipo consumado. Para las segundas, el fundamento de incriminación de la tentativa se encuentra en la manifestación de una voluntad contraria al Derecho. Las que gozan de mayor predicamento en la actualidad, las mixtas, entre las que destaca la llamada teoría de la impresión, buscan una combinación de ambos extremos como base de la punición, ya se ponga mayor acento en el aspecto objetivo o subjetivo³⁴⁷. En puridad, cada una de estas concepciones se encuentra estrechamente ligada con la configuración del injusto que se mantenga. Para quienes el injusto se compone fundamentalmente de desvalor de resultado -y que conciben la norma como norma de valoración- la teoría correspondiente es la objetiva³⁴⁸. En cambio, para la concepción monista del injusto basada en el desvalor de acción -correlato de la norma como imperativo- lo usual será la fundamentación de base subjetiva³⁴⁹. El sostenimiento de una concepción dualista del injusto, compuesto de desvalor de acción y resultado -ya suponga, a su vez, partir de una concepción dual de la norma como norma de valoración e imperativo, ya parta de una concepción unitaria imperativa de la norma- suele implicar la fundamentación con base en la concepción mixta, aunque no siempre se acoja la teoría de la impresión³⁵⁰. Debe

³⁴⁶En concreto, por lo que a las falsedades se refiere, la ausencia, en los arts. 390 y ss CP, de cualquier alusión a la incriminación de los actos preparatorios incluidos en los arts. 17 y 18 CP supone que no es típica la conspiración, proposición o provocación para cometer falsedad.

³⁴⁷Ampliamente sobre el fundamento en la punición de la tentativa vid. FARRÉ TREPAT, o. u. c., pp. 3 y ss.

³⁴⁸Esta opción en nuestro país se sigue por COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 273 y ss y 640-641; VIVES, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., pp. 98 y 371; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, op. cit., pp. 405 y ss, y 783.

³⁴⁹En nuestro país, sin embargo, dicha fundamentación ha encontrado escaso eco, tan sólo SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en ADPCP, 1966, pp. 226 y ss., la ha adoptado, aun cuando no absolutamente, pues exige la traducción al exterior de la voluntad contraria a la norma; y BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 94 y ss. y 193-194, para quien, aun partiendo de un concepto personal del injusto que pone el acento en el desvalor de resultado, la existencia en el CP de 1973 del art. 52.2 constituye base para la adopción de un fundamento subjetivo de la tentativa.

³⁵⁰En tal sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 209 y ss, en que concibe la norma con doble naturaleza, y construye la antijuricidad tanto sobre el desvalor de acción como de resultado, y pp. 464 y ss, en que acoje como fundamento de la tentativa la teoría de la impresión, que define como una teoría subjetivo-objetiva que fundamenta la punición de la tentativa en la voluntad contraria a la norma de conducta y atempera este subjetivismo con la exigencia de que ha de exteriorizarse tal voluntad en una conducta que pueda perturbar profundamente "la confianza de la colectividad en la vigencia del Ordenamiento jurídico, así como el sentimiento de seguridad jurídica y, en consecuencia, resultar menoscabada la paz pública". La concepción dual del injusto es ampliamente seguida en Alemania, así, por ejemplo ROXIN, *Derecho penal. Parte general. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., pp. 319 y ss, aun cuando parte de una concepción unitaria de la norma como norma de determinación; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 271 y ss, en consecuencia MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 28-29, se adhieren a la teoría de la impresión; asimismo JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pp. 199 y ss., asume una concepción dual del injusto

advertirse que no siempre la correlación es absoluta, pues autores que mantienen una concepción unitaria del injusto basada en el desvalor de acción postulan, por lo menos aparentemente, la asunción de un criterio objetivo³⁵¹, que parte de la

objetiva-subjetiva, si bien no denomina a los elementos cofundadores desvalor de acción-desvalor de resultado, sino desvalor del hecho y desvalor de suceso -como desvalor de una ejecución de acción ocasionadora de resultado- u objetivación de la intención -en aquellos casos en que en el injusto del delito no haya suceso-. No obstante, en pp. 859 y ss, desecha las teorías fundamentadoras de la tentativa verdaderas hasta el momento y establece que “el fundamento de la punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma; en la tentativa en sentido material a través de un comportamiento externo; en la tentativa en sentido exclusivamente formal a través de un comportamiento que el Derecho positivo declara externo”. También en España ha sido mayoritaria la adopción de una concepción dual del injusto, cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, 5ª ed., op. cit., pp. 363 y ss., aun cuando en pp. 339-340 reconoce que en la tentativa inidónea falta el peligro para el bien jurídico; QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 47 y ss, 291 y ss, y pp. 585-588, quien, partiendo de una concepción dual del injusto y de la correspondiente conformación del mismo por el desvalor de acción y de resultado, asume una fundamentación mixta, aunque con predominancia objetiva, de la tentativa. En parecido sentido, VALLE MUÑIZ, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1994, pp. 34-38; TAMARIT SUMALLA, *La tentativa con dolo eventual*, op. cit., pp. 534 y ss, quien adopta una concepción mixta objetivo-subjetiva de la tentativa; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., op. cit., pp. 340 y ss., quienes consideran que el injusto se configura por desvalor de acción y desvalor de resultado y, consecuentemente, en pp. 461 y ss., sostienen un fundamento mixto en la punición de la tentativa; LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, op. cit., pp. 330 y ss, quien adopta una concepción dual de la norma correspondiente con una concepción dualista del injusto, aunque otorgando mayor importancia al desvalor de acción frente al de resultado; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 67 y ss., 271 y ss., y 450, en que parte de un concepto dual del injusto, si bien en base a una concepción cuasimonista de la norma como norma de valoración, aun teniendo en cuenta su carácter dialogal, esto es, su función de resolución de conflictos sociales, adoptando como fundamento en la punición de la tentativa la teoría mixta objetivo-subjetiva con exigencia de peligro real para el bien jurídico protegido; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general, Teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 448 y ss. quienes, partiendo de una concepción monista de la norma como imperativo, pero reconociendo como cofundadores del injusto tanto al desvalor de acción como de resultado, adoptan una teoría mixta subjetivo-objetiva de la tentativa no coincidente con la teoría de la impresión, pues el fundamento objetivo de la misma no radica en la impresión, sino en el peligro del comportamiento para el bien jurídico. En el mismo sentido, HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, op. cit., pp. 50-73. Asumen también una concepción dual del injusto, LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, op. cit., pp. 150 y ss; GARCÍA PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., pp. 203 y ss; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Ed. Colex, Madrid, 1997, pp. 93 y ss., para quien el resultado forma parte del injusto, aunque no como manifestación de la norma de valoración -para él la norma jurídica es sólo de determinación-, sino como elemento integrante de la conducta prohibida.

³⁵¹En tal sentido MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, op. cit., pp. 42 y ss, 141 y ss y 356-357, quien, a pesar de concebir la norma como imperativo o subjetiva de determinación, y considerar que el injusto se fundamenta en el desvalor de acción -ubicando el resultado en la punibilidad, que forma parte asimismo del tipo- considera que el fundamento de la punición en la tentativa ha de ser fundamentalmente objetivo. Deriva esto tanto del mismo Derecho positivo español vigente antes de 1995 como de la función preventiva esencial al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Las conductas se prohíben por la norma justamente por su peligrosidad para los bienes jurídicos que el Derecho penal protege. No obstante, dicha peligrosidad no ha de determinarse “ex post”, pues el Derecho penal no prohíbe resultados, sino “ex ante”, con independencia de que con posterioridad los actos peligrosos *ex ante* fuesen idóneos para causar el resultado. Dicha concepción ha sido, sin embargo, criticada por TORÍO LÓPEZ, *Indicaciones para una*

perspectiva *ex ante* para determinar la peligrosidad. Por contra, asumen también una fundamentación objetiva distinta algunos de los que en nuestro país mantienen una concepción dual del injusto³⁵², en muchas ocasiones favorecida tal toma de posición por la regulación de la tentativa en el art. 3 del CP de 1973.

El principal escollo en la fijación de un fundamento para la punibilidad de la tentativa ha sido en nuestro país tradicionalmente la fijación de un criterio común válido para la tentativa idónea y la llamada tentativa inidónea, cuya punición estaba específicamente prevista en el art. 52.2 CP de 1973. Partiendo de un fundamento puramente objetivo en la tentativa resulta complejo reconducir a un común denominador ambas instituciones, como lo demuestra la tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO, que utiliza fundamentaciones distintas según los tipos de tentativa³⁵³. Ello no obstante, la necesidad de admitir la tentativa inidónea no debe hacer bascular al Derecho penal sobre una base puramente subjetiva³⁵⁴, ni siquiera sobre la que siendo formalmente objetiva encubre la punición de la mera voluntad

concepción dualista de la tentativa, en *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la Laguna, 1992, pp. 173 y ss., sobre la base de que la determinación de la peligrosidad de la tentativa según un juicio *ex ante* efectuado por un espectador objetivo constituye en el fondo el resurgimiento velado de una teoría fundamentalmente subjetiva, pues permite la inclusión en la tentativa de acciones materialmente no peligrosas. Al respecto conviene afirmar que, si bien la tesis de Mir no ha cambiado en la tentativa, sí puede observarse una modificación en el seno de la teoría jurídica del delito por él construida. Para este autor, el resultado ha pasado de ser un elemento absolutamente ajeno al injusto y relegado a la punibilidad, a formar parte de la antijuricidad entendida objetivamente, que es la base de la antinormatividad penalmente relevante o típica, aun cuando no sea suficiente para configurar la antinormatividad plena. Cfr. al respecto MIR PUIG, *Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal*, en ADPCP, 1994, fasc. I, pp. 6 y ss; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 131 y ss, en especial p. 133, en que el giro en su concepción del injusto se hace evidente, al afirmar "la antijuricidad penal (típica) se distingue de otras formas de antijuricidad, en primer lugar, por exigir un *desvalor de resultado* especialmente grave y/o peligroso; una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal en determinadas condiciones. Este resultado ha de ser, en segundo lugar, imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad (*desvalor de la conducta*)".

³⁵²En tal sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, op. cit., pp. 81 y ss, quien admite el fundamento objetivo de la tentativa, basándose en la dicción del art. 3 CP de 1973, por lo menos en lo referente a la tentativa idónea; en el mismo sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español*, en ADPCP, 1971, fasc. II, p.374.

³⁵³Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., pp. 221 y ss. quien, después de haber adoptado un fundamento objetivo para la tentativa idónea, concluye que tentativa idónea e inidónea no constituyen una misma institución, puesto que la punición de la tentativa inidónea sólo puede explicarse desde una tesis de carácter subjetivo, adoptando él, en concreto, la teoría mixta subjetivo-objetiva de la impresión; en el mismo sentido, RUÍZ ANTÓN, *El fundamento de la pena en la tentativa inidónea*, en RFDUC, 1979, nº 55, pp. 169 y ss. De ahí también que CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., p. 363, nota 127, quien, partiendo de un concepto fundamentalmente objetivo de tentativa, considera que la inidónea o el delito imposible no están integradas por desvalor de resultado junto a desvalor de acción, al no ser peligrosa, dado que para este autor el principio de ejecución no implica peligro para el bien jurídico.

³⁵⁴Propone la adopción de un criterio subjetivo como fundamento de la punición de la tentativa, BACIGALUPO, *Sobre la tentativa inidónea en el Derecho vigente y en el proyecto de Código penal*, en *La Ley*, 1981-2, p. 972, arguyendo que el problema de tales teorías, que no permiten la exclusión de la punición de la tentativa supersticiosa o irreal, no supone un fundamental inconveniente para su adopción, puesto que "la necesidad de una fórmula excluyente de las tentativas irreales o supersticiosas no parece imprescindible si se tiene en cuenta la difundida unidad de pareceres de la teoría y la práctica".

contraria a la norma³⁵⁵. La fijación de un fundamento común en la tentativa no puede llegar tan lejos que obvie principios legitimadores básicos del Derecho penal y que entrañe, asimismo, el peligro de relevancia de tentativas irreales y de aquellas otras que no representen ningún peligro efectivo para el bien jurídico. De ahí que el juicio de peligro, necesariamente *ex ante*, que toda tentativa implica, haya de efectuarse no desde la perspectiva de un espectador objetivo en las circunstancias del autor, sino como dijera TORÍO, desde un juicio *ex ante* pero *a posteriori*; esto es, suspendiendo el juicio y esperando el curso del acontecimiento, retrotrayéndose al momento de la acción³⁵⁶. No ha de haber pudor en admitir que la punición de la tentativa inidónea, tanto en el actual como en el anterior Derecho penal vigente, constituye una institución en cierto modo extraña al concepto propio de tentativa. Sólo debe afirmarse su relevancia penal cuando represente, cuanto menos, un peligro hipotético para el bien jurídico, de forma que también pueda reconocerse en la misma un cierto desvalor de resultado. Esta postura la refuerza la actual regulación de la tentativa en el art. 16.1 CP, que la define en términos objetivos³⁵⁷, sin que la desaparición de la distinción entre tentativa y frustración

³⁵⁵ Además de la tesis objetiva de MIR PUIG, que ha sido objeto de sucinto análisis supra nota 351, otros autores en nuestro país han adoptado semejantes posturas. En tal sentido, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 385 y ss, para quien el juicio de peligrosidad ha de efectuarlo *ex ante* un espectador objetivo que tenga todos los conocimientos que tenía el autor del hecho. También, SOLÁ RECHE, *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, op. cit., pp. 176 y ss. y p. 245, quien relativiza la distinción entre tentativa idónea e inidónea sobre la base de que ambas, para ser punibles, han de ser "ex ante" peligrosas. De tal manera, el fundamento de la sanción de la tentativa "es la realización dolosa de una conducta peligrosa, aunque el bien jurídico protegido por la ley penal no corra peligro concreto"; basta pues con "la realización de un plan *ex ante* idóneo", debiendo efectuarse el juicio de peligrosidad desde una *perspectiva ex ante* y teniendo en cuenta los datos cognoscibles por un hipotético observador objetivo medio. De parecida opinión, aun cuando acudiendo al binomio *ex ante facto-ex post facto*, que tiene sentido distinto al binomio *ex ante-ex post*, desde el momento en que este último toma en consideración lo que el agente podía o no conocer antes de la realización del hecho, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 116-117. Para este autor la tentativa inidónea se caracteriza "1. Por una representación subjetiva del *peligro ex ante facto*; 2. Por una apariencia de peligrosidad *ex ante facto*; y 3. Por una objetiva ausencia de peligrosidad real *ex ante facto*-conforme a reglas científicas válidas para todo espectador, incluso los que no se hallen en la posición del autor". Desde una perspectiva *ex ante*, pero sin tener solamente en cuenta los conocimientos de un espectador objetivo situado en la posición del autor, efectúa un sugerente análisis acerca de la peligrosidad de la tentativa SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 127 y ss. Según Silva la diferencia entre lo real y lo putativo es *de grado*, puesto que lo que se denomina real "expresa un determinado grado de consenso social respecto a la efectiva existencia de aquello de lo que se trata". De ahí que aquellas tentativas *ex ante* y *ex post* peligrosas según todos los integrantes del cuerpo social constituyen la llamada tentativa real, mientras que las tentativas *ex ante* peligrosas según un observador objetivo en la posición del autor pero *ex post* no peligrosas suponen un menor consenso respecto de su peligrosidad, que aún disminuye más en los casos en que el peligro *ex ante* sólo surgiría para un observador con menos conocimientos de los normales y que prácticamente no compartiría nadie en la tentativa absolutamente irreal. Cabe para Silva que quepa punir la tentativa en supuestos previstos en los dos primeros casos e incluso en el tercero cuando pueda existir fundamento según la comunidad para sancionar esos hechos en vistas a la seguridad jurídica de los bienes jurídicos.

³⁵⁶ Cfr. TORÍO, *Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa*, op. cit., p. 178.

³⁵⁷ En tal sentido, VIVES, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 98; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, p. 115, quien ve en la nueva regulación del art. 16 CP una confirmación de la tesis mixta objetivo-subjetiva por él mantenida, que requiere siempre de la existencia de desvalor de resultado, aun cuando sea inferior a la consumación, con lo que se excluye la punición de la tentativa absolutamente

suponga modificación de tal perspectiva³⁵⁸. Ningún inconveniente se ve, en atención a la actual regulación, en la punición de la tentativa relativamente inidónea³⁵⁹, aun cuando la que lo fuera absolutamente haya de permanecer impune³⁶⁰. El fundamento mixto en la punición de la tentativa que aquí se acoge

inidónea. También SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 132-134, reconoce que la inclusión del adverbio “objetivamente” en el art. 16 CP excluye la punibilidad de la tentativa irreal. No obstante, como “*la voluntas legis* no indica *qué grado de intersubjetividad es preciso para lograr la objetividad* a que alude el nuevo artículo 16” hace que puedan considerarse punibles aún las tentativas inidóneas (en el sentido objetivista) e incluso algunas tentativas inidóneas (en el sentido subjetivista) siempre que sean próximas a las inidóneas objetivas, esto es, de algunos supuestos de tentativas absolutamente inidóneas, aun cuando esto último lo admita con muchas reservas en p. 137.

³⁵⁸Se ha admitido generalizadamente que la distinción entre tentativa y frustración establecida por el CP de 1973, además de plantear en muchas ocasiones problemas en orden a su deslinde, venía establecida por un criterio objetivo, atendida la definición que de las mismas se contenía en el art. 3 de dicho cuerpo legal. Al respecto, se había dicho que aunque los conceptos de tentativa y frustración coincidían respectivamente con los de tentativa acabada e inacabada del Código penal alemán, la identidad no era absoluta, puesto que para los conceptos manejados en Alemania lo esencial era que el autor hubiera cometido todos o parte de los actos que “según su plan” producirían la consumación del delito, por lo que la tentativa acabada vendría a constituir una suerte de frustración conceptualizada subjetivamente. Cfr., RODRÍGUEZ MOURULLO, *Las fases de ejecución del delito*, en RJCat, núm. extra 1980, *El Proyecto de Código penal*, pp. 12-14; FRISCH, *La atenuación del marco penal en la tentativa*, traducc. Sancinetti, en ADPCP, 1994, fasc. II, p. 171, quien conceptúa la tentativa acabada como aquella en la que el autor ha hecho “según su representación” todo lo necesario para la producción del resultado delictivo. Claramente en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 135, nota 351, para quien el cambio legal, que supone la ausencia de distinción entre tentativa y frustración “no puede estimarse huérfano de significado, pues pasa a centrarse en el aspecto personal del acabamiento de la aportación, en lugar de en el hecho objetivo de la frustración o no del hecho, para proceder a la determinación de la pena”. Sin embargo, que a efectos de diferenciación de la tentativa acabada e inacabada se tenga en cuenta el plan del autor, no significa apartarse del fundamento mixto de la tentativa que se ha acogido, puesto que, una vez iniciada la ejecución mediante una acción apta para producir el resultado puede decirse que existe ya desvalor de resultado, aun cuando sea en inferior grado al del delito consumado.

³⁵⁹No es ni mucho menos minoritaria la admisión en la doctrina penal española de la distinción entre la tentativa absoluta y relativamente inidónea, y la afirmación de la relevancia penal sólo de la primera, tanto en la regulación anterior como con base en el CP de 1995. Cfr. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 596 y ss., quien excluye la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, la irreal o el delito imposible por ausencia del desvalor de resultado; COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 656, quienes en esta edición de su manual llegan a admitir incluso que la tentativa relativamente inidónea no siempre será punible; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., p. 225, quien considera impunes prácticamente todos los supuestos de tentativa absolutamente inidónea en base a la teoría de la impresión; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 466; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, op. cit., pp. 56-57, TAMARIT SUMALLA, *La tentativa con dolo eventual*, op. cit., p. 538; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 371; incluso GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 260, quien parte de una concepción monista de la norma como imperativo, adopta un fundamento de punición en la tentativa mixto subjetivo-objetivo que impide la punición de la absolutamente imposible, que para él constituye supuesto de tentativa irreal.

³⁶⁰Ha de tenerse en cuenta que la adopción de tal limitación no siempre garantiza la legitimidad en la intervención del Derecho penal. Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, *Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema*, en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, t.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 99-101, para quien el

exige, por tanto, además de la manifestación de una voluntad contraria a la norma, que la misma no sólo represente un atentado a la paz social o convivencia, sino, y sobre todo, un peligro potencial para el bien jurídico.

También relacionada con la fundamentación de la punición en la tentativa se encuentra la fijación de un criterio para delimitar los actos ejecutivos de los preparatorios. Las posiciones adoptadas al respecto oscilan, tal como ocurre en el fundamento de la punición, entre aquellas que otorgan mayor relevancia al aspecto objetivo y aquellas otras en que la trascendencia del plan del autor es más significativa, así como en aquellas en que uno y otro aspecto se conjugan³⁶¹. En consonancia con la posición adoptada respecto del fundamento en la punición de la tentativa, también aquí procede adoptar una postura mixta objetivo-subjetiva. Ha de tenerse en cuenta el plan del autor y exigir, para la consideración de un acto como ejecutivo, la existencia de relación entre el mismo y el bien jurídico -la peligrosidad respecto del bien jurídico-, sin olvidar que ha de partirse de la normatividad concreta del delito -de la misma descripción típica- para decidir acerca de la ejecutividad del acto³⁶².

Por lo que a la admisibilidad de las fases de imperfecta ejecución en la falsedad documental se refiere, las posiciones en la doctrina tampoco han sido unánimes, manifestándose múltiples las cuestiones, así como los argumentos sobre cuya base afirmar o negar tal posibilidad. Una antigua orientación preconizada por cierto sector doctrinal, que ahora apenas nadie sostiene, postulaba la inadmisión de formas imperfectas de ejecución en la falsedad en documento público arguyendo que cuando en ella surge la posibilidad de daño, el mismo se ha provocado ya, con lo que no existe espacio intermedio entre posibilidad y producción efectiva³⁶³. En

peligro que la admisibilidad generalizada de la punición de la tentativa inidónea entraña de contrariedad a los principios informadores básicos de un Estado social y democrático de Derecho y de punición de la peligrosidad del autor, lo llevan a defender la autonomía del delito imposible o tentativa inidónea respecto de la tentativa real o el delito consumado. Para este autor la tentativa inidónea afecta a un bien jurídico distinto de la idónea, cual es "la seguridad de los ciudadanos", que no constituye más que un bien jurídico institucional que funciona como instancia previa de protección de otros bienes jurídicos, por lo que, de *lege ferenda*, propone la creación de delitos específicos de este tipo cuando protejan mediatamente bienes jurídicos de singular importancia. Siguen al autor en esta propuesta, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, op. cit., p. 253; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 136, aunque sostiene que mientras el debate acerca del cambio en la regulación no tenga lugar, es preferible mantener su limitada punibilidad con base en el art. 16 CP.

³⁶¹Básicamente pueden distinguirse estas distintas concepciones: 1. las llamadas teorías puramente subjetivas, según las cuales la frontera entre actos preparatorios y ejecutivos se fijará en función de la opinión del sujeto acerca de su plan criminal; el subjetivismo extremo se atempera, sin embargo, por las llamadas teorías del "*dolus ex re*" y de la "univocidad y equivocidad"; 2. La teoría objetivo-formal, que cifra el inicio de la tentativa según la acción descrita en el tipo en sentido estricto; 3. La teoría objetivo-material parte de la necesidad de encontrar un criterio material que delimite objetivamente el inicio del ámbito previo a la consumación, y que permita hablar de acción típica en sentido amplio. Esta última se traduce en distintas interpretaciones, entre las que cabe destacar la fórmula de Frank de la "concepción natural", la toma en consideración del plan del autor desde un punto de vista objetivo. Ampliamente sobre tales teorías y las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 137 y ss.

³⁶²En tal sentido, QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 595 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 115-116, en que su concepción se acerca más a una de carácter objetivo-formal, al postular que la relación entre la esencia del comportamiento típico y la acción que se realiza vendrá dada por el verbo nuclear del tipo.

³⁶³En tal sentido, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t.II. Parte especial*, op. cit., p. 274; aun cuando el mismo autor, en CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal (exposición y*

ocasiones se ha acudido a la consideración de las falsedades documentales como delito instantáneo para negar la admisibilidad de la tentativa³⁶⁴. Sin embargo, quienes esto sostienen olvidan que la naturaleza instantánea del delito falsario -en el momento en que el documento se perfecciona o en aquel en que se introduce en el tráfico jurídico, según cual sea la posición adoptada- no empece a la admisión de formas ejecutivas imperfectas. Tal circunstancia presupone solamente que su perfección formal no implica la creación de una situación antijurídica duradera -no se discute, por ejemplo, que el homicidio es delito de consumación instantánea que admite la tentativa y la frustración-. Ciertamente resulta difícil admitir que la falsedad es un delito instantáneo, puesto que la introducción de un documento falso en el tráfico jurídico sí crea un estado antijurídico duradero, aun cuando ya no dependiente de la voluntad del autor desde el momento en que sale de su esfera de control. Por consiguiente, la falsedad podría caracterizarse como delito instantáneo de efectos permanentes³⁶⁵ o delito de estado³⁶⁶, cuestión que no afecta a que la prescripción haya de comenzar a computarse desde el momento de la consumación y no con posterioridad.

Puesto que consumación instantánea e imposibilidad de tentativa no corren parejas, esto hace sospechar que cuando distintos autores se refieren a esta característica en relación con la falsedad documental utilizan el término como sinónimo de delito formal o de mera actividad. No obstante, ni siquiera la consumación con la mera *editio falsi* -que aquí no se ha compartido- impediría la admisibilidad de la tentativa inacabada. Buena muestra de ello es que autores que predicaban este carácter del tipo afirman la posibilidad de tentativa e incluso de frustración en este delito³⁶⁷, aun en contra de lo postulado por las opiniones vertidas

comentario), op. cit., p. 194, se refiere sólo a la dificultad de distinguir en este delito entre tentativa y frustración sin pronunciamiento acerca de la admisión de una o de ambas posibilidades; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 526; en la actualidad, CALLE RODRÍGUEZ, *Teoría general sobre la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre falsedad documental con especial referencia al documento mercantil*, op. cit., pp. 717-718, en el mismo sentido que el anterior. También, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 861 y SANTANIELLO, *Manuale di Diritto penale*, op. cit., p. 457, atribuyen dicha naturaleza al delito de uso de documento público falso.

³⁶⁴Cfr. MANZINI, *Trattato di Diritto penale Italiano*, op. cit., pp. 793 y 796-797, quien, además de recurrir a la naturaleza de delito instantáneo, se refiere a la ausencia de peligro para el bien jurídico que representan los actos anteriores a la *editio falsi*; CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., pp. 909 y 940, atribuyen dicha naturaleza tanto al delito de falsedad en documento público como al uso del mismo; BOSCIA, *Della falsità in atti*, op. cit., p. 9, caracteriza también así el delito y relaciona con este extremo la posición reticente de la jurisprudencia italiana, que va remitiendo, a inadmitir las formas de imperfecta ejecución en la falsedad documental; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 204, quien pone de manifiesto este usual modo de proceder en la doctrina; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 490, quien también pone de manifiesto tal circunstancia sin pronunciarse al respecto. Hasta tal punto este argumento ha sido esgrimido que algún autor contemporáneo, como FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 300, advierte que no puede admitirse que la falsedad se considere delito instantáneo con carácter general, aun cuando no descarta que ello pueda ser así en casos concretos, a los efectos de admitir la tentativa acabada e inacabada.

³⁶⁵De esta opinión DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 91.

³⁶⁶Considera que la falsedad documental es delito de estado MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 202.

³⁶⁷Con independencia de la admisibilidad en este delito de la llamada "frustración inidónea", vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 206, quien, habiendo calificado de formal el delito, admite la frustración tanto en la falsedad ideológica -cuando se intenta engañar, sin conseguirlo, al encargado del Registro Civil con una declaración falsa-, como en la material -en el caso del amanuense de un Notario que finge

en sede de parte general del Derecho penal³⁶⁸. Por otra parte, la desaparición en el nuevo Código penal de la distinción entre tentativa y frustración y la necesidad de acudir al plan del autor para delimitar la tentativa acabada e inacabada, podría hacer incluso viable la admisión también en los delitos de mera actividad del primer tipo de tentativa. Aunque se sostuviera que esto último es imposible, la admisibilidad exclusiva de la tentativa inacabada no habrá de suponer una menor penalidad en relación con la acabada, a tenor de lo que dispone el art. 62 CP³⁶⁹.

Abstracción hecha de la exigencia de un resultado separable espacio-temporalmente de la acción en las falsedades documentales, se han aducido también argumentos relacionados con la imperfección del objeto material antes de

una escritura para sorprender a su principal, que habrá de firmarlo, y no logra la firma de éste, que se apercibe de la maniobra. En el mismo sentido, DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 92; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 305 y 306, quien admite tanto la tentativa acabada como la inacabada a pesar de concebir el delito como de mera actividad, ello sobre la base de que los planteamientos rígidos en el *iter criminis* en este delito pueden llevar a criminalizar conductas que no deberían serlo o incluso a indebidas lagunas de punibilidad en otros casos; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., pp. 527-528. Existen otros autores que, consecuentes con su conceptualización de la falsedad como delito de resultado admiten la tentativa (inacabada) y la frustración (tentativa acabada). Al respecto, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 876, quien admite la frustración en casos de falsedad material, en que la persona que redacta un documento con los hechos alterados y lo pasa a la firma del superior, descubriendo éste la maniobra falsaria; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 323-324, que coincide con Córdoba; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., pp. 797-798; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 412, en exclusiva referencia a aquellas acciones falsarias acontecidas sobre documentos privados; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 67; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 246; ORTS, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 1751; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3679. También existe en nuestro país quien, coherentemente con su caracterización del delito como de mera conducta, niega la posibilidad de frustración, aunque admite la tentativa, vid. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 331.

³⁶⁸Con carácter general en la doctrina se sostiene que en los delitos de mera actividad no cabe la frustración, puesto que la realización de todos los actos necesarios para la perfección del delito llevan irremisiblemente a la consumación. Vid., por todos, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 250-253; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, t. I, op. cit., p. 106; RODRÍGUEZ RAMOS, *El "resultado" en la teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 57, quien, sin embargo, admite abiertamente la posibilidad de tentativa. Existen incluso autores que niegan la posibilidad de tentativa en tales delitos, cfr. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 117. La inadmisibilidad generalizada de la frustración en los delitos de mera actividad no se traduce, sin embargo, a la tentativa acabada o frustración inidóneas, vid., por todos, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 266; FRISCH, *La atenuación del marco penal en la tentativa*, op. cit., p. 187.

³⁶⁹Ello no obstante, comienza a hacerse ostensible ya en la misma doctrina un cierto automatismo en la rebaja de la pena en uno o dos grados en función de que nos hallemos ante una tentativa acabada o inacabada respectivamente. Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., p. 374, para quien "en general puede decirse, que la "tentativa acabada" comportará un mayor peligro, justificando sólo la rebaja de la pena en un grado, mientras que la "tentativa inacabada" supondrá un peligro menor, que permitirá la aplicación de la pena inferior en dos grados". Esta postura no tiene en cuenta que la máxima puede aplicarse tan sólo a los delitos de resultado, pero no a los delitos de mera actividad, cuando son imaginables supuestos de tentativa inacabada de uno de estos ilícitos más peligrosos que otros homólogos en relación con delitos de resultado.

la consumación para excluir la tentativa. Esto es, concibiendo que para poder hablar de documento es necesaria la firma o, por lo menos, la íntegra redacción, se ha negado la existencia de conducta jurídico-penalmente relevante antes del momento de la consumación³⁷⁰. Dicho argumento resulta difícilmente sostenible, teniendo en cuenta que podría trasladarse a cualquier otro delito con la misma finalidad. Podría así afirmarse que no existe conducta relevante anterior a la causación misma de la muerte en el homicidio. Es más, debe tenerse en cuenta que, según el concepto de documento aquí delineado, la firma no es un elemento esencial.

Ni siquiera todos aquellos autores que admiten las formas imperfectas de ejecución en la falsedad documental -ya sea solamente la tentativa inacabada, ya se trate de ambas clases de tentativa- han observado una amplitud homogénea en la posible imperfección ejecutiva. Se han establecido diferencias según el tipo de falsedad, según nos hallemos ante falsedades de las llamadas ideológicas o materiales. Tampoco en esta concreta cuestión las posturas son uniformes, se muestran cambiantes en función de los autores y de los países -en este segundo caso claramente influidas por la regulación de la respectiva norma punitiva-. Cabe observar al respecto opiniones proclives a admitir con mayor facilidad la tentativa en falsedades ideológicas que en materiales³⁷¹ y, a la inversa, aquellas otras mayoritarias que la admiten preferente o únicamente en la material³⁷².

³⁷⁰Pone de manifiesto esta opinión, ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 196-197, en referencia concreta a un sector de la doctrina que niega la tentativa de falsedad ideológica cometida por funcionario con base en que el documento no tiene valor probatorio hasta el momento en que el autorizante lo firma, rechazando dicho posicionamiento, y afirmando que hay tentativa de falsedad cuando se comienza a alterar la verdad con una conducta unívoca e idónea. Reacciona también contra el entendimiento de que la falsedad ideológica consiste en la suscripción del documento y, por ello, es infraccionable, MOLARI, *Sul tentativo nel reato di falso ideologico*, op. cit., pp. 480 y 493-495, para quien resulta insostenible la opinión que excluye la tentativa en el caso de incompleta redacción del documento. No es de recibo, según este autor, que siendo sólo idóneo para el engaño el documento completo, haya de reconducirse toda actividad anterior a la suscripción a la inidoneidad del art. 56 CP italiano. Asume dicha postura CAMPISI, *Sul tentativo nei delitti di falsità in atti*, op. cit., p. 240, para quien es necesario en orden a admitir la tentativa en la falsedad ideológica que el hecho intentado sea capaz, según un juicio *ex ante*, de incidir sobre la prueba documental, lo que no ocurre en el falso tenor no suscrito, al tratarse de una actividad aún irrelevante e inidónea si se pone en relación con el resultado jurídico del delito en la parte especial.

³⁷¹En tal sentido, en España, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 202, quien niega la calificación de instantáneas de las falsedades ideológicas, a diferencia de las materiales, pues no se perfeccionan en el momento en que la manifestación falaz se exterioriza, sino que la verdadera perfección se produce solamente en un segundo momento, cuando ésta es válidamente percibida, o aún en un tercero, cuando se consigna en el documento, de ahí que sea en ésta más fácilmente imaginable la ejecución imperfecta; en el mismo sentido, DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 92.

³⁷²Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 877, para quien la tentativa es más fácil de imaginar en las falsedades materiales que en las ideológicas, por el mayor fraccionamiento que puede tener la conducta, así en el caso de un sujeto que ha dado comienzo a un proceso relativamente largo en el tiempo para la alteración de determinadas partes de un documento por medios químicos y que es interrumpido por un tercero cuando practica tal actividad. En Italia, CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., pp. 384 y 389, para quien en la falsedad ideológica cometida por el funcionario público falta el iter delictivo y no es configurable la tentativa, puesto que la actividad anterior a la completa confección del documento no es jurídicamente significativa porque aún no es idónea ni directa en modo inequívoco para cometer la falsedad. Del mismo modo, entiende el autor, que en la falsedad mediata de particular no hay tentativa punible, pues el delito se consume en el momento de efectuar

ante el funcionario la declaración mendaz; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., pp. 42-45, quien, si bien admite sin problemas la tentativa en la falsedad material en documento público, por considerar que la inexactitud o irregularidad del documento no puede equivaler a la inexistencia material de la falsedad, entiende que en la falsedad ideológica la posibilidad de tentativa se excluye, pues hasta que el documento sea completo en todos sus elementos no se puede hablar de una actividad que sea idónea y unívocamente directa a la realización de una falsedad ideológica; RANIERI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, pp. 665, 668 y 670, quien admite la tentativa en la falsedad material o ideológica; sin embargo, la excluye cuando se trata de falsedad mediata de particular ante funcionario, porque el delito se consuma con la mera emisión de la declaración falsa; CRISTIANI, *Falsità in atti*, op. cit., pp. 13-16, que admite sin duda la tentativa de falsedad material o de emisión de copia falsa, pero no en la falsedad ideológica de funcionario regulada en el art. 479 CP italiano; CAMPISI, *Sul tentativo nei delitti di falsità in atti*, op. cit., pp. 240-243, que además de no admitir la tentativa en la falsedad ideológica directa, la niega también en la mediata de particular, cuestiona la posibilidad de ejecución imperfecta en la falsedad material por formación, admitiéndola en las conductas de alteración. En Alemania, es opinión mayoritaria en la doctrina que la tentativa resulta posible tanto en el § 267 StGB, como en los §§ 271 y 348 StGB, porque así lo afirma el Código penal alemán en cada uno de estos delitos. Sin embargo, se admiten diferentes momentos de inicio de la tentativa en todos ellos que hacen que sea más fácil imaginarla en la falsedad documental del § 267 StGB y en la falsa documentación mediata del § 271 StGB, y más difícilmente constatable en la falsa documentación del § 348 StGB. Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 173, nm. 24, 266, nm. 22 y 26, para quien la tentativa en la falsedad del § 267 StGB comienza con la producción del documento inauténtico, en el § 271 StGB cuando se actúa sobre el funcionario con intención de engañarlo, aunque en el § 348 StGB no puede hablarse de tentativa cuando existe un mero proyecto de documento, pues el objeto aun no está destinado al tráfico jurídico; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., pp. 1397, nm. 17 y 1633, nm. 8, para quienes la tentativa del delito previsto en el § 271 StGB comienza con la influencia sobre el funcionario, mientras en el § 348 StGB sólo es imaginable la tentativa cuando se comienza la desposesión del documento, habiendo antes sólo preparación; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 203, § 271, nm. 62, § 348, nm. 20, para quien la tentativa del § 267 StGB comienza con la inmediata disposición en la producción del documento, en el § 271 StGB comienza cuando el autor empieza a influir sobre el funcionario documentador o sobre sus ayudantes con el fin de conseguir la falsa documentación, y en el § 348 StGB con el comienzo del deshacerse del documento, pues antes de ello no hay tentativa, sino sólo actos preparatorios impunes; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 23, para quien la tentativa en la falsa documentación mediata comienza cuando el particular se dispone a incluir en el funcionario y no cuando éste inicia la redacción del documento; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 271, nm. 36 y § 348, nm. 31, quien sostiene que en la falsa documentación mediata la tentativa comienza con la influencia engañosa del particular sobre el funcionario y termina con ella, aun cuando el funcionario confeccione el documento mucho después; por contra, en el § 348 StGB cabe calificar de tentativa sólo las acciones que se dirigen al negociado del documento, siendo actos preparatorios las de mera redacción, aunque la autora puntualiza que sólo podrá hablarse de preparación en la redacción del documento cuando entre entre la producción de éste y su introducción en el tráfico haya transcurrido mucho lapso de tiempo; OETKER, *Zur Urkundenlehre im Strafrecht*, op. cit., p. 81, para quien la tentativa de la falsedad documental comienza con el inicio de la producción del documento falso con intención de uso y no en el momento de la hipotética perfección del mismo; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 770, según quien la tentativa empieza con el inicio inmediato de la producción del documento falso, aun cuando este autor critica a la jurisprudencia del BGH, que ve ya la existencia de tentativa en la producción de formularios o impresos que van a ser posteriormente soportes sobre los que se escriben documentos falsos. Advierte que sólo admite tal posibilidad si, según el plan del autor, se procederá inmediatamente a la posterior confección del documento inauténtico, es decir, si ambos momentos están en conexión espacio-temporal estrecha.

A pesar de la existencia de objeciones a la admisión de la tentativa en la falsedad documental, lo cierto es que un importante sector de la doctrina admite, como se ha visto, la posibilidad de formas imperfectas de ejecución en este delito. En realidad, su naturaleza de delito de mera actividad, que aquí se ha contradicho, no debería suponer la inadmisión de fases ejecutivas anteriores a la consumación. Ni siquiera las exigencias de formalidad en relación con algunos tipos de documentos -como ocurre, en ocasiones, con los públicos- han de llevar a la conclusión de que antes de la cumplimentación de las mismas no existe ejecución. Esto supondría tanto como afirmar que antes de la consumación nunca hay ejecución. Lo único trascendente en orden a la admisión de formas de imperfecta ejecución es la fraccionabilidad de la acción típica, de la que entendemos no hay duda en la falsedad documental³⁷³. Incluso acudiendo a un criterio objetivo-formal, el más restrictivo de los propuestos, para diferenciar acto ejecutivo de preparatorio, puede admitirse que cualquiera de las modalidades comisivas descritas en el art. 390 CP tiene un tracto comisivo con una determinada duración en el tiempo, que es superior a la de muchos otros delitos. Es decir, si se considera que el inicio de la tentativa ha de fijarse en el momento en que comienza la actividad documentadora y concluye una vez que el documento se haya confeccionado completamente no se ve inconveniente en admitir la posibilidad de la imperfecta ejecución. Lo mismo en las mal llamadas falsedades ideológicas que en las materiales. Así cabe que, por las razones involuntarias que fueren, el autor de la falsedad detenga su actividad en el momento de haber borrado una frase o párrafo de un documento que se disponga a sustituir por otra -en el caso de la alteración del documento- o que un particular que pretende confeccionar una supuesta escritura pública no llegue a redactarla íntegramente -iniciando con ello la simulación de documento-. También cabe que el Notario competente para la redacción de una escritura cuya confección no termina designe como otorgante una persona que no está en su presencia -cumpliendo sólo parcialmente la modalidad comisiva del suponer en un acto la intervención de personas que no lo han hecho-. Incluso puede ocurrir que el fedatario requerido para confeccionar un acta sobre cualquier extremo recoja distorsionadamente hechos sobre los que la misma hace prueba reforzada, sin llegar a autorizarla -caso en el que, de manera fragmentaria, se habría ya iniciado el faltar a la verdad en la narración de los hechos-.

No hay pues razón, según la redacción del tipo, para no admitir la posibilidad de tentativa en la falsedad, por lo menos desde el punto de vista de la

³⁷³De esta opinión, MOLARI, *Sul tentativo nel reato di falso ideologico*, op. cit., pp. 480-485, quien, sobre la base de considerar que la falsedad documental no es delito unisubsistente, pues no sólo forma parte de su *iter criminis* la firma del documento, sino su total confección, reacciona contra aquellos que ven en el delito de falsedad uno de carácter unisubsistente, ya que el tracto comisivo implica una actividad extendida en el tiempo a través de una serie de actos; en parecido sentido, CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, op. cit., pp. 356-359, §§ 3722 y 3724; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., pp. 611-612 y 621; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p.41; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 382; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 345-353, quien rotundamente afirma que cabe imaginar tentativa siempre que por circunstancias independientes a la voluntad del autor no pueda acabarse de confeccionar el documento; en contra, CAMPISI, *Sul tentativo nei delitti di falsità in atti*, op. cit., pp. 236, quien, a pesar de admitir limitadamente la tentativa en la falsedad documental y considerar que las acciones falsarias son normalmente fraccionables, advierte que la consideración de la falsedad como delito plurisubsistente no sirve para esclarecer la posibilidad de tentativa. En España, entre otros, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 302, en que admite que la conducta es fraccionable tanto en la falsedad material como en la ideológica, siendo posible la admisión de la falsedad en grado de tentativa siempre que el autor sea interrumpido o sorprendido mientras efectúa la actividad falsaria. En Colombia, ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 187, 191-192.

descripción típica. Ahora bien, si hemos manifestado que el delito se consuma en el momento de introducir el documento en el tráfico jurídico, en que efectivamente puede entenderse lesionado el bien jurídico, y que en relación con ese momento la misma perfección del documento falso puede representar ya un acto material de tentativa ya incluso preparatorio, las dudas en la admisión podrán surgir por la lejanía en la afección al bien jurídico que el inicio de la actividad falsaria representa³⁷⁴. Esto es, si el Derecho penal se legitima en virtud de la protección de bienes jurídicos y la confección -entiéndase “completa”- de un documento disfuncional que aún no ha salido de la esfera interna del sujeto puede representar tan sólo un peligro abstracto para el objeto protegido, admitir la punición del inicio de esta actividad podría suponer la criminalización del peligro de un peligro abstracto. Dicha posibilidad resulta ciertamente difícil de justificar desde la perspectiva del principio de protección de bienes jurídicos y desde la adopción de un fundamento mixto objetivo-subjetivo en la punición de la tentativa. En resumen, si la consumación aparece con la introducción del documento en el tráfico jurídico, la confección del documento falso -que el tipo incluye- representa una tentativa inacaba en relación con dicha introducción, sin que antes de ese momento aparezca como legítima la intervención del Derecho penal.

Si de tentativa inacabada puede tildarse la terminación de la falsedad *stricto sensu*, cabe imaginar supuestos de tentativa acabada en aquellos casos en que no se logre la introducción del documento en el tráfico jurídico. Así cuando quien ha falsificado un documento electrónico e intenta enviarlo por E-mail, sin conseguirlo por falta de funcionamiento de la red. También quien envía el documento falso por correo sin que llegue al destinatario, o quien lo porta encima para mostrarlo en cualquier momento sin llegar a hacerlo al no ser requerido para ello -en el caso típico del porte de un permiso de conducir o de un documento de identidad falsos-. Del mismo modo, cuando el falsificador se sirve de un intermediario que no llega a introducir el documento disfuncional en el tráfico jurídico³⁷⁵. Todos estos constituyen supuestos en que, según el plan del autor, se han realizado todos los actos ejecutivos sin que el delito se haya consumado por causas ajenas a su voluntad.

La interpretación restrictiva en la admisibilidad de la tentativa que aquí se propugna no parece, sin embargo, que sea compartida por el legislador. La orientación ampliamente criminalizadora en estadios previos a los “propios estadios

³⁷⁴En tal sentido, MAURCH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 147, nm. 56, para quienes, al representar la acción falsaria un mero acto preparatorio desde el punto de vista material, la penalidad de su tentativa puede suponer una dilatación de la responsabilidad penal muy discutible.

³⁷⁵La consumación del delito en casos de utilización de una persona intermedia se produce, sin embargo, en distinto momento según ésta obre con conocimiento de la falsedad o no. Esto es, cuando el intermediario obra como mero instrumento desconocedor de la previa falsedad, el delito se consuma al entregarle al mismo el documento -si también a él se quería engañar-, pues ya en ese momento ha salido de la esfera interna del falsificador, independientemente de que, con posterioridad, el inicial engañado cumpla con el cometido de hacer accesible el producto de la falsedad a un tercero o no. Distinto es el supuesto en que el intermediario obra con conocimiento de la falsedad documental, así el caso típico del falsificador profesional que confecciona un documento falso por encargo y se lo libra a su cliente. En este caso la falsedad se consuma en el momento en que el intermediario -cliente- usa el documento frente a un tercero, y no antes. En el segundo supuesto es cuando, de no usar el intermediario el documento, podrá admitirse la tentativa acabada de falsedad. En tal sentido vid. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., p. 623; LENZ, *Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung*, op. cit., pp.181-182; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2026, nm. 78; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 181. En puridad, tales conclusiones representan la traslación a la falsedad de documento de los principios que operan en la autoría mediata mediante instrumento que opera con engaño.

previos” a la ejecución en la falsedad documental se demuestra con un somero exámen de determinados preceptos colaterales a las propias falsedades documentales. Por una parte, en el art. 389 CP se prevé la falsificación, expendición-distribución o introducción de efectos timbrados³⁷⁶, que bien puede ser un acto preparatorio de la falsedad documental en aquellos casos en que el correspondiente efecto timbrado sirva como soporte para escriturar sobre él un documento falso. No obstante, la tipificación de estas conductas de forma separada e incluso independiente de una hipotética ulterior falsedad documental tiene sentido. Los efectos timbrados representan un determinado valor económico, como la moneda, junto a cuya falsificación los regula el Código penal. Su falsificación no ha de suponer necesariamente la escrituración sobre ellos de un documento, tal circunstancia dependerá de la clase de efecto timbrado. Incluso cuando su naturaleza sea servir como soporte a una declaración documental, no siempre la misma será típicamente falsa, con lo que en relativamente pocas ocasiones serán conceptuales materialmente como actos preparatorios de la falsedad.

El mayor escollo a la exclusión de la relevancia penal de conductas anteriores a la completa confección del documento falso viene, por otra parte, de la mano del art. 400 CP. En esta disposición general se incriminan con la misma pena correspondiente a los falsificadores conductas que por propia naturaleza son previas al inicio de la producción del documento falso. De ahí que tradicionalmente se hayan conceptualizado como actos preparatorios elevados a la consideración de delito autónomo³⁷⁷, y que se haya acudido a esta disposición para negar la posibilidad de tentativa de la propia falsedad documental³⁷⁸. La existencia del art.

³⁷⁶El art. 389 establece “(1) El que falsificare, o expendiere, en connivencia con el falsificador, sellos de correos o efectos timbrados, o los introdujere en España conociendo su falsedad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años. (2) El adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera en cantidad superior a cincuenta mil pesetas, será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana, y, si únicamente los utilizara, por la misma cantidad, con la pena de multa de tres a doce meses.

³⁷⁷Cfr., por todos, GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., p. 174; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1753; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 645; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 249; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 219, quien caracteriza los ilícitos contenidos en los arts. 314 y 315 CP de 1973 - a los que ha venido a sustituir el art. 400- como actos preparatorios tipificados como delitos autónomos; en el mismo sentido RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, op. cit., p. 784; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, op. cit., p. 355; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 814. En sentido contrario, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p.192, para quien “preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador la protección penal del bien jurídico”. No hay para este autor actos preparatorios “en sí” o actos ejecutivos “en sí”, por ello la tenencia de instrumentos para falsificar no se ha de considerar acto preparatorio “excepcionalmente” penado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra, sin embargo, que la aplicación del art. 314 CP de 1973 no siempre obedeció a los dictados del legislador. Así la STS 26 marzo 1984 (RJ 1860) aplica el precepto a un ciudadano portugués que introdujo en España documentos falsos ya confeccionados, solventando -aunque con dudosa corrección técnica- un problema de determinación del lugar de comisión del delito. En otras ocasiones, el Tribunal Supremo los conceptúa también como actos preparatorios elevados a la categoría de infracción penal autónoma, cfr. STS 7 julio 1988 (RJ 6513); 4 marzo 1998 (RJ 1766).

³⁷⁸En tal sentido, QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 518, quien, aunque admite que según la redacción del art. 390 CP son posibles las formas de imperfecta ejecución, niega que la penalidad aplicable a la tentativa de falsedad documental haya de fijarse por el juego de los arts. 390 y 62 CP, que sería inferior a la del acto

400 CP no debe, en modo alguno, conducir a que aquellas conductas que no llegan ni siquiera a la cumplimentación del documento aparentemente perfecto puedan tener idéntica punición a la falsedad consumada. Ello supondría la conversión de la falsedad en un delito de emprendimiento de amplitud desmesurada. Tampoco la punición de este acto preparatorio ha de suponer un grave impedimento a la irrelevancia penal de las conductas anteriores a la completa redacción del documento, sobre todo si se preconiza una interpretación restrictiva del mismo. Si lo que presumiblemente mueve al legislador a la tipificación de conductas en fases anteriores a las ejecutivas es el peligro inherente a las mismas, lógico es que se exija para la comisión del tipo objetivo -independientemente de que se precise la concurrencia de cualquier elemento subjetivo de tendencia interna trascendente- la posibilidad de grave trascendencia de la acción preparatoria. No resulta aplicable el art. 400 CP a la adquisición de un pequeño número de folios o de escasa cantidad de tinta especial para falsificar un documento, pero sí al establecimiento de una importante infraestructura necesaria para llevar a cabo determinadas falsedades a gran escala. El principio de insignificancia debe jugar así un importante papel en la interpretación del precepto, evitando la incriminación de conductas que, por nimias, ni siquiera ponen en peligro abstracto el bien jurídico protegido. Nótese que el artículo resulta de aplicación a las falsedades de moneda, que requieren generalmente de un complejo proceso de preparación y tecnificación y que suelen llevarse a cabo por organizaciones criminales con un cierto peso específico³⁷⁹. Esta forma de criminalidad no se manifiesta generalmente en las falsedades documentales, quizá salvando algunos supuestos de maniobras falsarias informáticas³⁸⁰. Por tal razón, no hubiera estado de más que el legislador introdujese en el precepto algún criterio fundamentador de la interpretación restrictiva, permitiendo con ello la exclusión de su aplicación en la gran mayoría de falsedades de documento.

B) Supuestos de tentativa inidónea en la falsedad documental

Ya se ha advertido al inicio del estudio de las formas de imperfecta ejecución en la falsedad documental cómo en el actual Código penal, a pesar de la definición de tentativa contenida en el art. 16 CP, es posible criminalizar aquellas tentativas que suponen un peligro potencial para el bien jurídico protegido, las tentativas relativamente inidóneas. Dicha conclusión hace preciso pues que se analicen, siquiera sea someramente, los grupos de supuestos que tradicionalmente

preparatorio de art. 400. Para evitar la vulneración del principio de proporcionalidad que ello supondría, viene a proponer la exclusiva penalidad de los actos preparatorios con base en el art. 400 CP. Tal interpretación plantea un posible peligro, que es la retroacción de la tentativa a la preparación típica del art. 400 CP para subsumirla en este precepto. En contra de este autor, CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 3679-3680, para quienes la existencia del precepto no impide la punición de la tentativa en la falsedad documental, sino que lo único que revela es la desigualdad punitiva entre la misma y aquellos actos preparatorios, generalmente justificada por la peligrosidad intrínseca de los previstos en el citado art. 400 CP.

³⁷⁹Fenómeno que fundamenta algunos aspectos de la regulación conductas falsarias relacionadas con el numerario, como ocurre con la admisión de la reincidencia internacional en el art. 388 CP.

³⁸⁰De semejante opinión, GARCÍA ALBERO, "*Non bis in idem*" material y concurso de Leyes penales, op. cit., p. 355, nota 127, quien, en relación con el art. 314 CP de 1973 establecía "Cabría incluso considerar dicho precepto como un delito de peligro abstracto, siempre que se interpretara que dicha fabricación, introducción o facilitación de los medios ha de ostentar una especial relevancia no susceptible de ser agotada con una puntual falsedad, y reveladora de una cierta profesionalidad o capacidad amplia de falsificar". En parecidos términos, LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1077, se refiere a la "particular potencialidad lesiva del comportamiento".

han sido calificados de tentativas inidóneas en el delito objeto de estudio. Entre ellos destacan los relativos a la falsedad sobre documento falso, sobre documento nulo, las falsedades inútiles o inocuas -que suelen constituir un cajón de sastre en el que se incluyen muchas de las categorías aquí mencionadas- y las falsedades burdas o toscas- el *falso grossolano* para la doctrina italiana-.

Antes de tomar posición sobre el tratamiento penal de cada uno de estos supuestos conviene efectuar un par de advertencias previas. En primer lugar, la interpretación restrictiva que aquí se ha defendido en las diferentes modalidades comisivas hace que algunos de los supuestos que se han tratado tradicionalmente en sede de tentativa inidónea puedan ver excluida su propia tipicidad. De tal modo, sólo en aquellos que cumplan los requisitos típicos sin que, por las razones que fueren, lleguen a lesionar el bien jurídico, puede plantearse la admisibilidad de dicha forma de ejecución³⁸¹. Por consiguiente, muchos de los supuestos que la doctrina del Tribunal Supremo ha calificado de falsedades inocuas, entre ellos las mencionadas falsedades superfluas o inútiles, pueden resultar exentos de penalidad atendiendo a la ausencia de cumplimentación de los requisitos típicos³⁸². Así, por ejemplo, no ha de llegar a plantearse la posibilidad de tentativa inidónea en un supuesto en que en escritura pública de compraventa un Notario documente una edad de uno de los comparecientes que no se corresponda con la real, atendiendo a que la escritura pública no hace prueba reforzada de dicho extremo. En los supuestos de falsedad ideológica, en los que generalmente se plantean problemas de falsedad superflua o inútil, tan sólo la afección a la función probatoria reforzada del documento es típica. No hay siquiera necesidad de plantearse la posible tentativa inidónea de falsedad documental cuando tal función no resulte alterada. Más que de tentativa inidónea debería hablarse en estos casos de delito putativo, pues lo que concurrirá será no un error de tipo, sino un error de prohibición al revés³⁸³.

Como segunda aclaración, conviene referirse a la razón por la cual nos interrogamos acerca de la posible admisibilidad de la tentativa inidónea en la falsedad cuando hemos adoptado una postura tendente a la no incriminación de formas imperfectas de ejecución "idóneas" en las falsedades documentales. La causa de dicha aparente contradicción radica en que mientras el mero inicio de la

³⁸¹En tal sentido, QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 45-46, quien, ya en vigencia del anterior Código penal, asume una determinada opción metodológica, que consiste en comprobar que concurren los requisitos típicos para hablar de falsedad documental como primer paso en el análisis, relegando a un segundo término el exámen acerca de la posibilidad de aplicación del art. 52 CP de 1973, que sólo habrá de tener relevancia en aquellos supuestos en que la imposibilidad de producción o ejecución del resultado sea relativa.

³⁸²No ha de considerarse, sin embargo, que la adopción de esta tesis en la solución de algunos de los supuestos suponga, en modo alguno, la adopción de la denostada teoría del "defecto del tipo", sino la siempre difícil traslación de la institución de la tentativa inidónea a delitos para los que no está pensada. Sobre las críticas de que se ha hecho objeto la teoría del defecto del tipo vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., pp. 230-234.

³⁸³La tentativa inidónea suele caracterizarse, frente al delito putativo, por constituir un error de tipo al revés, mientras éste lo es inverso de prohibición. Con independencia de los problemas que dicha regla diferenciadora pueda generar cuando el error afecta a un elemento normativo, pues en relación con ellos resulta harto complicada la distinción entre error de tipo y error de prohibición -Vid. sobre tales cuestiones, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 406 y ss. y 414 y ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible y tentativa en el Código penal español*, op. cit., pp. 379-381- puede afirmarse que quien falta a la verdad en la narración de los hechos en un extremo sobre el cual un documento no hace prueba incurre en un error de prohibición al revés. Siendo entonces consciente en relación con la conducta que realmente comete, cree que la misma está desvalorada por alguna norma penal cuando ello no ocurre.

confección de un documento falso de forma idónea para producir el resultado constituye aún un estadio muy alejado de la producción del resultado del delito, son imaginables supuestos de falsedades tradicionalmente denominadas inidóneas que, sin tener virtualidad bastante para producir el resultado típico del delito, se hallan ya en un estadio mucho más avanzado en la ejecución. Si bien éstas nunca podrán lesionar el bien jurídico propio de la falsedad documental como lo haría una falsedad idónea perfecta -consumada-, sí pueden suponer un peligro para el objeto protegido mucho más actual que el mero inicio en la confección de un documento falso. Tal extremo demuestra que, en puridad, la línea divisoria entre la ejecución idónea e inidónea en delitos como la falsedad documental es mucho más tenue que en otros ilícitos, como el homicidio, en relación con los cuales estaban pensadas tanto esta como otras figuras jurídicas de la Parte General del Derecho penal.

Partiendo de dichas premisas, procede seguidamente aventurar posibles soluciones a cada uno de los casos de falsedad inidónea planteados. Abstracción hecha de las llamadas falsedades inocuas, superfluas o inútiles³⁸⁴, que constituyen las más de las veces categorías generalizadoras que incluyen en su seno supuestos claramente heterogéneos, la doctrina se ha planteado en muchas ocasiones la posibilidad de admitir la tentativa (frustración) inidónea en los supuestos de falsedades llamadas burdas o toscas³⁸⁵. Ahora bien, la admisión de la tentativa punible en tales supuestos dependerá, como se dijo, de la amplitud de que se dote al concepto de tosquedad³⁸⁶: si por falsedad tosca se entiende aquella que se muestra absolutamente incapaz de engañar a nadie, resulta ciertamente forzado admitir la existencia de peligro -siquiera sea abstracto- para el bien jurídico protegido, por lo que estaríamos en presencia de una tentativa de falsedad absolutamente inidónea en los medios o la acción no punible³⁸⁷. Cuando la falsedad tosca se conceptúe como aquella incapaz de engañar al hombre medio, cabe admitir la posibilidad de tentativa relativamente inidónea en aquellos casos en que

³⁸⁴Sobre el concepto y los problemas de determinación que tales categorías plantean, vid. supra cap. II, epígrafe 2.4.1.

³⁸⁵En tal sentido, CORDOBA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 876, para quien los supuestos de falsedad tosca han de considerarse casos de falsedad frustrada; en el mismo sentido, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t. II (parte especial)*, op. cit., p. 274; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial sobre el Derecho penal*, op. cit., p. 330, para quien los supuestos en que a la falsedad le falta la aptitud para engañar, cabe tanto la posibilidad de tentativa como de frustración según lo preceptuado en el art. 52.II CP de 1973; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., p. 528., para quienes los supuestos de falsedad burda están más cerca de la tentativa que de la frustración; en parecido sentido, en Alemania, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 149, nm. 63, para quien cabe tentativa cuando el nuevo documento no aparezca como un "nuevo pseudodocumento", así cuando le falte la aptitud para el engaño o cuando carezca de relevancia probatoria; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 323, los considera supuestos de tentativa acabada. En sentido contrario, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 305, quien, partiendo de que en el art. 16 CP no cabe la llamada tentativa inidónea, que es impune en la actualidad, niega asimismo la relevancia penal de la falsedad burda.

³⁸⁶Sobre el concepto de falsedad burda y las distintas opiniones vertidas al respecto vid. supra. cap. II, epígrafe 2.4.2.A).

³⁸⁷En distinto sentido SsTS 12 marzo 1993 (RJ 2179), que, a pesar de reconocer que la alteración efectuada en una fotocopia supone una falta de credibilidad que se "hace fácilmente patente aún para las personas de inteligencia simple y escasa cultura", califica los hechos como tentativa inidónea punible del delito previsto en el art. 306 CP de 1973; 17 marzo 1994 (RJ 2327) en que condena por tentativa relativamente inidónea de falsedad en documento oficial en un supuesto de alteración de un permiso de conducir que era "incapaz de engañar a nadie". Sin embargo, la STS 18 noviembre 1996 (RJ 8255) absuelve con base en que si con la falsedad no se crea una apariencia capaz de engañar a una persona de capacidad media no puede haber lesión de la fe pública.

la misma sea adecuada para engañar a personas con una capacidad de observación inferior a la normal. No obstante, incluso en este último supuesto cabría plantearse la adecuación de acudir al expediente de la tentativa inidónea, habida cuenta de que la aptitud al engaño de la falsedad documental es uno de los requisitos para la tipicidad de la conducta que, de no concurrir, podría determinar la exclusión de la penalidad.

Distinto será el supuesto de falsedad en documentos nulos y falsos, en que ya no nos enfrentamos ante la posible inidoneidad de la acción o del medio, sino del objeto³⁸⁸. Generalmente se plantearán sólo en relación con la modalidad comisiva de alteración de documento preexistente, que es la única de las previstas en el art. 390 CP en que el documento funciona como objeto material de la acción, pues en las restantes el mismo es “producto” del delito. La falsedad supone siempre la creación de una apariencia documental, implica la introducción de un documento con funcionalidad alterada en el tráfico jurídico. Teniendo presente que, aunque se opere sobre documento inicialmente eficaz y “verdadero”, tras la manipulación falsaria se convertirá siempre en documento disfuncional, no importa que el objeto de que se parta sea ya disfuncional o no. Es decir, aunque la alteración se produzca sobre un documento nulo -o falso- el resultado será la creación de una apariencia documental. Lo decisivo entonces no será tanto que el objeto sobre el que ha recaído la acción falsaria tenga funcionalidad correcta, sino que el “resultado” de la falsedad sea indóneo para inducir a error sobre su normalidad funcional. Cuando esta última circunstancia se produce, podemos hablar de falsedad consumada. No cabrá pues plantearse la inidoneidad por inexistencia de objeto³⁸⁹; dado que, de no aplicar la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.1º CP, siempre podríamos acudir a la del art. 390.1.2º CP. No otra solución permite la indefinición de las categorías civiles de invalidez ni el privilegio injustificado que supondría la rebaja punitiva -o la absolucón- en la alteración de un

³⁸⁸La doctrina admite generalizadamente que la inidoneidad en la tentativa puede venir determinada por la inidoneidad del sujeto -supuesto cuyo tratamiento suele sustraerse en esta sede- de los medios y del objeto -admitiéndose también generalizadamente la denominación de delito imposible en este último caso-. Al respecto vid., por todos, QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 595-598; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. II, op. cit., pp. 227-228. Sin embargo, la doctrina más reciente tiende a quitar importancia a dicha distinción y a su utilidad en orden a incluir todos los supuestos de tentativa inidónea, cfr. SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, op. cit., pp. 164-y ss, para quien la sólo referencia a los medios, el objeto y el sujeto como condicionantes de la inidoneidad, además de no aportar criterios sobre las condiciones en que ha de determinarse la inidoneidad, pueden resultar arbitrarios.

³⁸⁹De entender que ésta fuera la solución correcta, habría de plantearse si nos hallamos ante una tentativa inidónea o un delito putativo impune. Se habría de determinar si el error que recae sobre la consideración de documento del objeto de la acción, al tratarse de un concepto normativo, ha de reputarse de error de tipo o de prohibición al revés, pues la calificación sería, respectivamente, de tentativa inidónea o delito putativo. Para los complejos supuestos en que el error recae sobre un elemento normativo del tipo FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 422-423, propone como criterio resolutorio el tratamiento de delito putativo cuando el autor conoce correctamente su conducta pero cree erróneamente que es subsumible en la formulación legal, mientras que habrán de calificarse de tentativas inidóneas aquellos otros supuestos en que el autor atribuye erróneamente a su conducta un significado normativo-social que corresponde correctamente a una característica del tipo y subsume su conducta en dicho tipo penal. Trasladando el problema planteado al delito de falsedad documental, creemos, sin embargo, que resulta difícil defender que nos hallemos ante un error de prohibición al revés, pues esto supondría tanto como considerar siempre excluidos del concepto de documento a los instrumentos nulos y falsos, lo que no puede afirmarse categóricamente, además de que en modo alguno exige la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.1 CP que la alteración se opere sobre un documento cuyas funciones permanezcan inmutadas.

documento falso cuando la conducta es subsumible en la simulación documental. Si la alteración de un documento nulo o falso la realiza persona distinta del autor de la declaración siempre se crea un documento inauténtico, con lo que se cumple la conducta tipificada en el art. 390.1.2º CP³⁹⁰.

Por último, otros supuestos de tentativa inidónea por inexistencia de objeto son aquellos en que el autor tome erróneamente por público, oficial o mercantil un documento que no tenga las condiciones necesarias, ni siquiera aparentemente, para constituir uno de estos documentos. En tales casos es siempre alternativa posible la calificación conforme a la falsedad en documento privado, aunque quepa interrogarse acerca de la posible caracterización de la conducta como tentativa inidónea de falsedad documental de los arts. 390 y 392 CP. El problema que inmediatamente se plantea, atendiendo a que el concepto de documento público, oficial o mercantil es normativo, es si nos encontraremos ante una tentativa inidónea -error de tipo al revés- o un delito imposible -error de prohibición al revés-³⁹¹. En la mayoría de estos supuestos, el conocimiento del profano sobre la incriminación de la falsedad documental, que generalmente alcanzará sólo al conocimiento de la ilicitud de la alteración de un documento -sin saber que constituye delito distinto la falsedad en documento público, oficial o mercantil de la falsedad en documento privado- determinará un error referido al supuesto de hecho -error de tipo al revés- y no al ámbito normativo -en cuyo caso habría que hablar de error de prohibición al revés y de delito putativo-, por lo que no será este argumento el que impida la subsunción del hecho en los arts. 390 y 392 CP. Ahora bien, si conforme al art. 14.2 CP el error de tipo sobre un hecho que cualifique o sobre una circunstancia agravante -que supone la objetiva existencia de la cualificación, aun cuando no abarcada por el dolo- impide su apreciación, utilizando el argumento a *maiore ad minus*, no se ve la razón de que el error putativo -la agravación sólo existe en la imaginación del sujeto- haya de tener un tratamiento menos benigno. Resulta así defendible la exclusión de la responsabilidad por tentativa inidónea de falsedad de documento público, oficial o mercantil -como mínimo cuando el sujeto activo no sea funcionario, pues la falsedad prevista en el art. 392 constituye claramente un tipo agravado en relación con la del art. 395 CP-, sin que ello impida la incriminación del hecho conforme al art. 395 CP.

En conclusión, el ámbito de operatividad de la tentativa inidónea en la falsedad documental es prácticamente inexistente. Lo esencial es siempre que la conducta falsaria determine el surgimiento de una apariencia documental que sea capaz de inducir a error sobre su normal funcionalidad. Cuando este efecto se produzca, difícilmente podrá hablarse de tentativa inidónea, pues el delito se habrá consumado. De no producirse, el mismo tenor del art. 390.1.2º CP, que exige la capacidad de inducir a error, veta en nuestra opinión la posibilidad de acudir a la tentativa inidónea.

³⁹⁰ Sobre esta cuestión vid. ampliamente supra cap. II, apartado 2.3.

³⁹¹ Semejante dilema propone PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 348, nm. 34, en los supuestos de falsa documentación mediata previstos en el § 348 StGB, que sólo incluyen los documentos públicos -y que en el Código penal alemán no son personalmente relevantes cuando la conducta recae sobre documentos privados-. En tales casos admite que hay tentativa inidónea por error de tipo al revés cuando el autor cree erróneamente que el documento está destinado al tráfico externo, aunque habrá de calificarse de delito imposible la conducta cuando el autor, conociendo cual es la dirección final del documento, la considera como tráfico jurídico externo y no como de servicio interno de la Administración.

2-CUESTIONES DOGMÁTICAS RELACIONADAS CON EL TIPO SUBJETIVO

Una vez efectuado el estudio precedente acerca de las cuestiones relacionadas con el tipo objetivo que mayores dificultades plantean en la falsedad documental, ha de procederse en el presente epígrafe al análisis del no menos controvertido contenido del dolo en este delito. En estrecha relación con esta cuestión, la previsión de una específica forma de comisión imprudente en el art. 391 CP obliga a determinar una configuración del tipo subjetivo en la falsedad documental dolosa que la haga cohonestable con la forma de comisión imprudente. Al respecto, conviene advertir que todas aquellas caracterizaciones de la parte subjetiva del tipo en el delito doloso que incluyan elementos subjetivos del injusto -tales como el ánimo de engañar, el ánimo defraudatorio o el ánimo de dañar- se hacen difícilmente compatibles con la relevancia penal de la imprudencia, pues no cabe la comisión imprudente de un ilícito que incluya elementos subjetivos del tipo³⁹².

Resulta significativo que tan sólo la doctrina española -espoleada por la incriminación abierta de la imprudencia en vigencia del anterior Código penal- se haya mostrado limitadamente favorable a la admisión de la falsedad documental imprudente, mientras que tanto la doctrina italiana como la alemana no se hayan ocupado de dicha cuestión. La ausencia de tratamiento del problema encuentra seguramente explicación en la falta de previsión del delito de falsedad imprudente en textos punitivos -que como el alemán o el italiano- establecen un sistema de incriminación cerrado de la imprudencia. Sin embargo, la configuración finalística que la doctrina comparada ha postulado del delito convierte en acertada e indiscutida la decisión del legislador. De ahí que, en orden a la admisión de la comisión imprudente de la falsedad en el Código penal español, tenga ya especial trascendencia la configuración del tipo subjetivo en el delito doloso.

2.1- El contenido del dolo en los delitos previstos en los artículos 390 y 392 CP

2.1.1-Introducción: elementos configuradores del dolo

Como acaba de indicarse, la estructuración del tipo subjetivo en el delito doloso de falsedad documental tiene gran importancia a la hora de plantear su

³⁹²En tal sentido, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 631-632, para quienes tal máxima ha de admitirse siempre que lo excluido en la hipótesis de realización imprudente de estos delitos sea el correspondiente elemento subjetivo de lo injusto, pues puede suceder que tal elemento subjetivo esté presente en casos de error vencible sobre un elemento objetivo del tipo; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 238, según quien en tales delitos no se excluye la imprudencia porque hayan de ser intencionalmente realizados, tal como postula la doctrina causalista, sino que en ellos la mera ausencia del dolo "no sería suficiente para que en la conducta se realizasen todos los elementos del tipo"; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 269; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 388, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, op. cit., p. 523.

compatibilidad con la comisión imprudente de este delito, cuando el sujeto activo sea funcionario público que actúa en ejercicio de sus funciones. No obstante, antes de iniciar la exposición de las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales vertidas sobre el tema, conviene referirse a las posiciones mantenidas en relación con el concepto genérico del dolo. La trascendencia de dicha cuestión, cuyo tratamiento excede con mucho los límites de este trabajo, tiene claro reflejo en el delito de falsedad documental, sobre todo en lo tocante a la admisión del dolo eventual en este ilícito.

En atención al contenido del dolo ha sido tradicional, desde que la doctrina finalista creara el concepto de dolo natural sistemáticamente ubicado en la parte subjetiva del tipo³⁹³, distinguir dos elementos en su configuración: el llamado elemento cognoscitivo y el volitivo. El primero supone el conocimiento real de la realización de todos los elementos del tipo objetivo. El segundo implica el “querer” la realización del tipo y supone un plus en relación con el mero conocimiento, al requerir la dirección de la voluntad en la realización del tipo. En puridad, las distintas clases de dolo -directo de primero y segundo grado y eventual- se estructuran en función de la diferente intensidad que en cada una de ellas alcance el elemento volitivo. Sin embargo, un entendimiento psicologizante de dicho elemento hace difícil admitir su existencia en aquella categoría del dolo -el denominado dolo eventual- que linda con la imprudencia consciente. Tanto es así que no han faltado autores que consideren que al dolo eventual una forma cualificada de imprudencia³⁹⁴.

³⁹³Si bien la doctrina española mayoritaria ha asumido dicho planteamiento de la doctrina finalista, no han faltado autores que hayan rechazado el concepto de dolo natural o que no hayan renunciado completamente a la ubicación del dolo en la culpabilidad. Mantienen un concepto de dolo que coincide esencialmente con el *dolus malus*, ubicado en la culpabilidad, entre otros, COBO/ VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 551 y ss., quienes lo conceptúan como forma esencial de la culpabilidad y pp. 555 y ss., en que identifican dolo con *dolus malus*; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, op. cit., pp. 459 y ss. Asumen la doble posición del dolo en nuestro país, TORÍO, *Sobre los límites de la incriminación por imprudencia*, op. cit., pp. 76 y ss, quien tras afirmar que el dolo pertenece a la culpabilidad, admite que el mismo puede asumir en el sistema distintos papeles, lo que en ocasiones hace posible que la voluntad de ejecución o el dolo natural sea elemento conformador del injusto. Acerca de la trascendencia de la doble posición del dolo en el tratamiento del error vencible sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación vid. CEREZO MIR, *La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española*, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, op. cit., pp. 198 y ss. Contra la doctrina actualmente dominante en Alemania de la doble posición del dolo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 401, para quien “la inclusión del dolo en el ámbito sistemático de la culpabilidad es sistemáticamente innecesaria si se trata de volver a contemplar el dolo típico desde nuevas perspectivas, y sospechosa de otorgar relevancia a actitudes internas, si se trata de extraer un dudoso aspecto emocional del dolo típico y ubicarlo en la culpabilidad”.

³⁹⁴En tal sentido, BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 312-313, quien, siguiendo a Rodríguez Muñoz y Ferrer Sama, considera que el dolo eventual es una forma de culpa, aunque, separándose de estos autores, defiende que se encuentra equiparado en penalidad al auténtico dolo, si bien con aplicación de la atenuante de preterintencionalidad. Abstracción hecha de que se compartan los postulados de su teoría, claramente minoritaria en la doctrina actual, lo cierto es que difícilmente podría defenderse en el actual Código penal la reducción penológica que el autor postula, habida cuenta de la desaparición de la atenuante de preterintencionalidad en el catálogo de circunstancias que el art. 21 CP incluye. Contra esta tesis, ZUGALDÍA ESPINAR, *La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual*, en ADPCP, 1986, fasc. II, pp. 401 y ss, para quien la circunstancia atenuante 9.4 CP de 1973 no está pensada para dar respuesta a la cuestión valorativa de la disminución del injusto que el dolo eventual representa frente al dolo directo, además de considerar huerfana de justificación la aplicación de dicha atenuante como muy cualificada -con la consiguiente rebaja de pena en

Con independencia de los problemas que el contenido del aspecto intelectual o cognoscitivo del dolo plantea³⁹⁵, lo cierto es que el caballo de batalla en la teoría del dolo lo ha constituido el elemento volitivo y los intentos de cohesionarlo con la categoría del dolo eventual. De tales intentos ha surgido la llamada teoría del consentimiento, articulada mediante las dos fórmulas de FRANK y sus posteriores desarrollos³⁹⁶. La tesis de FRANK ha sido, no obstante, objetivo de duras objeciones, tales como la dirigida a poner de manifiesto que plantea innumerables problemas de prueba³⁹⁷, que supone que el sujeto presta una aceptación que nunca prestó³⁹⁸, o que aboca en un Derecho penal de autor propio de un Estado autoritario³⁹⁹. Por contra, la teoría de la probabilidad, que pone su acento en el

uno o dos grados-, careciendo de sentido su aplicabilidad como atenuante ordinaria, pues la atenuación penológica que se conseguiría en este caso bien podría obtenerse con la aplicación directa de las reglas del art. 61 CP de 1973 aun sin concurrencia de atenuantes. La opción sugerida por BUSTOS en nuestro país entronca con la de aquellos autores alemanes que, ante las dificultades de distinguir el dolo eventual de la imprudencia, postulan la reunión de ambos conceptos en una categoría unitaria situada entre el dolo y la imprudencia, que se asemejaría a la "recklessness" anglosajona. Sobre la improcedencia de esta doctrina vid. ROXIN, *Derecho penal. Parte general. t I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., pp. 447-448; ampliamente DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 249 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de "lege data" y de "lege ferenda")*, en CPC, 1997, nº 62, pp. 347 y ss.

³⁹⁵En relación con la cuestión de si el conocimiento de los elementos del tipo objetivo ha de ser actual o potencial, si ha de alcanzar o no el resultado, y si resulta admisible una forma de conocimiento inconsciente de determinados elementos del tipo - "teoría de la co-consciencia" de Platzgummer-, puede verse la formulación amplia de las distintas teorías al respecto sostenidas por la doctrina en DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, op. cit., pp. 47-137, en que la autora expone las distintas teorías cognitivas.

³⁹⁶Acerca de la primera fórmula de FRANK, que reza "si lo que me parece probable fuera seguro, no obstante actuaría (dolo eventual), si lo que me parece probable fuera seguro, no actuaría (imprudencia consciente)" y la segunda de sus fórmulas, expresada en el brocardo "suceda así o de otra manera, en cualquier caso actúo", así como sus debilidades, vid. la exposición de las teorías volitivas -entre las que se incluyen la teoría del sentimiento o de la indiferencia- efectuada por DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, op. cit., pp. 139 y ss.

³⁹⁷Cfr. GIMBERNAT, *Acerca del dolo eventual*, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 252, quien llega a decir que lo que esta teoría exige es que "se pruebe un hecho que *no se ha dado en la realidad*". El rechazo frontal por parte de este autor a la teoría del consentimiento puede apreciarse cuando, en la fase inicial de su exposición, pp. 247-248, afirma que en los casos límite dolo-imprudencia "si ante esta "incómoda" situación, una teoría consigue demostrarnos que el autor, en realidad, ha querido el resultado, que ha consentido en él, que estaba *de acuerdo* con su producción, entonces lo menos que se puede decir es que esta teoría es fascinante: en casos en los que aparece indicado el castigo por delito doloso y en los que uno se resiste a afirmar que el resultado ha sido "querido", la teoría del consentimiento disipa nuestros posibles escrúpulos: nos dice que el hecho, en realidad, ha sido querido y que, por ello, no hay dificultad para imponer el castigo por delito doloso que parece exigir el "sentimiento de justicia". El problema se resuelve, pues, con gran facilidad. Con una facilidad tan grande que acaba por hacerse sospechosa".

³⁹⁸Vid. GIMBERNAT, o. u. c., p. 253, para quien esta teoría supone que el Juez se ha de plantear "por el sujeto activo lo que éste nunca se planteó (considerar como cierto lo que sólo le pareció probable) y que conteste por ese sujeto lo que éste nunca se contestó a la cuestión por él nunca planteada (si imaginado el resultado como seguro habría o no actuado)", de forma que se hace responder al sujeto por una aceptación del resultado que en realidad no prestó, por una voluntad que no tuvo o por algo que en realidad no ha hecho.

³⁹⁹Cfr. GIMBERNAT, o.u.c., p. 243, quien rotundamente afirma que "lo que en verdad decide la teoría del consentimiento es si el sujeto tiene aspecto de facineroso o de buena persona".

elemento cognoscitivo para afirmar la existencia del dolo eventual, tampoco ha estado ausente de críticas. Las objeciones han ido dirigidas a que supone una renuncia al elemento volitivo del dolo, conformándose con la presencia de la representación de la probabilidad de que el resultado lesivo se produzca, así como la indeterminación de esta teoría cuando de grados intermedios de probabilidad se trate⁴⁰⁰. La insuficiencia de las diversas teorías ha propiciado la admisión generalizada en la doctrina actual de tesis de carácter mixto⁴⁰¹. Incluso existen autores que plantean que en la frontera entre el dolo y la imprudencia ha de invertirse el planteamiento tradicional, preguntándose si dada una misma conducta y un mismo conocimiento de su peligrosidad intrínseca existe algún elemento que implique imprudencia, en vez de uno que suponga dolo⁴⁰².

Todas las teorías tradicionales que explican la distinción del dolo respecto de la imprudencia consciente parten de premisas que convierten al dolo eventual en una forma relajada de dolo en tanto en cuanto el elemento volitivo se concibe psicológicamente, y de ahí justamente la distinción tajante entre orientaciones cognitivas y volitivas. Sin embargo, la nueva orientación que se ha abierto paso en la doctrina alemana difumina las diferencias entre una y otra orientación. Las últimas formulaciones manejadas sobre el dolo en aquel país parten en todo caso del intento de dotarse de una definición unitaria del dolo que no discrimine al dolo eventual en relación con el directo. El punto de arranque de todas ellas es común, al dejar de lado consideraciones psicologizantes -que se deducen de planteamientos ontologicistas-, y tomar partido por posiciones normativizadoras que intentan encontrar una explicación coherente y común a la mayor penalidad de que se hace acreedor cualquier injusto de carácter doloso en relación con el imprudente. De entre estas teorías, que han encontrado ya seguidores en nuestro

⁴⁰⁰En tal sentido, por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 271; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 247; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, op. cit., p. 423.

⁴⁰¹En tal sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 269, para quien el dolo eventual significa que el autor "considera seriamente como posible la realización del tipo y se conforma con ella", esto es, la advertencia seria del peligro por parte del autor y su conformación -que no aceptación- de la realización del tipo; ZUGALDÍA ESPINAR, *La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual*, op. cit., pp. 398-399, para quien la teoría mixta o ecléctica, que combina la conciencia de la peligrosidad de la acción con un momento voluntativo, y que afirma la concurrencia del dolo eventual cuando "se actúa pese a haberse tomado seriamente en cuenta la posibilidad de lesión del bien jurídico. Es decir, cuando el autor *cuenta seriamente con ella y se conforma con la misma*", es la que menos problemas plantea. Acogen formulaciones semejantes para el dolo eventual, QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 340-343; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 247 y ss, para quien basta el "querer" como "aceptar" o "conformarse con", que no supone tanto como desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 126. Contra esta concepción, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, op. cit., pp. 424 y ss, para quien no siempre es posible la coincidencia de criterios y resultados entre las teorías del consentimiento y de la probabilidad, de ahí que asuma como correcta la teoría restringida del consentimiento o la aceptación, si bien interpretando la aceptación mediante una valoración objetivo-normativa, que supone que la misma "sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho".

⁴⁰²En tal sentido, CORCOY BIDASOLO, *En el límite entre dolo e imprudencia (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983)*, en ADPCP, 1985, fasc. III, pp. 979 y ss., quien, partiendo de que toda imprudencia supone error, admite que la conducta ha de considerarse imprudente siempre que exista error sobre la posibilidad que el autor se representa de evitar el resultado en aquellos casos en que el mismo tiene un control sobre el curso causal, mientras en aquellos otros en que dicho control no acontezca, cabe admitir la imprudencia cuando el autor yerra sobre la real peligrosidad de su conducta.

país, pueden distinguirse las de orientación cognitiva y las de orientación volitiva. Las primeras renuncian a ver en la voluntad un elemento del dolo⁴⁰³, conformándose, como ya apuntara FRISCH, con el conocimiento para configurar dicha categoría. No obstante, el conocimiento, que constituye esencia del dolo, no se refiere a la totalidad de elementos del tipo objetivo, como tradicionalmente se ha sostenido, no incluye el conocimiento del resultado, pues no puede exigirse al sujeto el conocimiento de algo que aún no ha acontecido⁴⁰⁴. Por contra, el conocimiento propio del dolo ha de establecerse desde una perspectiva *ex ante* y debe referirse tan sólo a una parte del tipo⁴⁰⁵. Ha de suponer la consciencia por parte del autor de que crea un riesgo no admitido para el bien jurídico que el respectivo tipo protege⁴⁰⁶, lo que en puridad supone el conocimiento de que el comportamiento que se efectúa es adecuado al tipo o es típico⁴⁰⁷. De ahí que FRISCH, al sostener que no puede hablarse de una distinta intensidad del conocimiento en el dolo eventual en relación con el directo, no admite la existencia de una forma especial de dolo que reciba la denominación de eventual⁴⁰⁸. Llega a afirmar que esta modalidad de dolo es la esencial o prototípica, constituyendo la intención- dolo directo de primer grado- y el dolo directo de segundo grado formas agravadas del dolo eventual⁴⁰⁹.

A pesar de que la nueva estructura del dolo preconizada por FRISCH ha encontrado adeptos en nuestro país⁴¹⁰, lo cierto es que un sector de la doctrina

⁴⁰³En tal sentido, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, pp. 300 y ss., para quien no es necesario afirmar un substrato psicológico del dolo, desde el momento en que el mismo -normativamente entendido- se encuentra ya ínsito en el elemento cognoscitivo, que FRISCH concibe como el conocimiento por parte del autor de que la acción que realiza contiene aquella dimensión que la convierte en comportamiento típicamente relevante.

⁴⁰⁴FRISCH, o.u.c., p. 58.

⁴⁰⁵FRISCH, o.u.c., p. 58.

⁴⁰⁶FRISCH, o.u.c. pp. 93 y ss.

⁴⁰⁷FRISCH, o.u.c., pp. 96 y ss, en que el autor afirma "der grundsätzliche Inhalt des tabestandsmäßigen Verhaltens offen zutage liegt, ist die *Adäquität des tatbestandsmäßigen Verhaltens als maßgeblicher Wissensgegenstand* mit Händen zu greifen". Para la determinación del tipo de riesgo cuyo conocimiento integra la esencia del dolo FRISCH, o.u.c., pp. 159 y ss, afirma que un comportamiento arriesgado sólo es típicamente relevante o adecuado al tipo cuando su ejecución, sobre la base de las circunstancias reconocibles *ex ante* de la concreta situación, aumenta el riesgo de lesión de un bien jurídico del modo en que el concreto tipo establezca. Por ello no pueda afirmarse que actúa dolosamente quien, a pesar de conocer el riesgo de su acción, pretende reducir el peligro de lesión del bien jurídico o quien conoce sólo abstractamente el riesgo de su acción, pero sin conocer las concretas circunstancias de su actuación.

⁴⁰⁸En tal sentido, FRISCH, o.u.c., p. 411, en que afirma que dicha postura sólo podría sostenerse de admitir la existencia de un elemento volitivo en el dolo que él rechaza.

⁴⁰⁹Cfr. FRISCH, o.u.c., pp. 496 y ss.

⁴¹⁰Abiertamente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 400 y ss, quien establece como único elemento del dolo el cognoscitivo, asumiendo que la voluntariedad se ha de entender como elemento de la acción tanto de los delitos dolosos como imprudentes, mostrándose conforme con considerar arquetipo del dolo al eventual. Con mayor moderación, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 247 y ss. quien, sin renunciar al elemento volitivo del dolo, concibe el elemento cognoscitivo como el conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado fuera del marco del riesgo permitido, entendiendo que el dolo se exige como elemento de la conducta peligrosa *ex ante*, sin incluir el resultado. En relación con la progresiva normativización del elemento subjetivo de justificación vid. VALLE MUÑIZ, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, op. cit., pp. 79 y ss., quien, en consonancia con la tesis que FRISCH defiende para el dolo, postula lo incertado de exigir para el elemento subjetivo de justificación una especial finalidad -en forma de motivo o intención o de voluntad final de actuar conforme a Derecho-, afirmando que "el

alemana, que ha adoptado una concepción del dolo separada de la visión ontológica propia del finalismo, se resiste a abandonar el aspecto volitivo como cofundamentador del concepto. También según estos autores, cuyas tesis podrían denominarse volitivas, se parte de un concepto unitario del dolo, pero no conformado únicamente por el conocimiento. Característica esencial de sus concepciones es que además de exigirse conocimiento, el dolo requiere voluntad, aunque no en un sentido psicológico, sino normativo. De este modo, ROXIN defiende que característica común a las tres clases de dolo es la “realización del plan” por parte del autor⁴¹¹, de manera que el resultado ha de considerarse doloso cuando “se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva”⁴¹². Para este autor actúa dolosamente quien se ha decidido conscientemente en contra del bien jurídico protegido por el respectivo tipo, desde el momento en que quien incluye en sus cálculos como posible la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, obra dolosamente⁴¹³. Pero la decisión que ROXIN identifica con el “contar con” o “conformarse con” el resultado no ha de entenderse como fenómeno estrictamente psicológico, como reflexión o resolución, sino desde parámetros normativos. Basta, pues, para poder hablar de “decisión” que al sujeto le sea completamente indiferente la producción del resultado percibido como posible o que le dé igual su producción o no producción⁴¹⁴.

En parecido sentido, también sin renunciar al elemento volitivo, HASSEMER, cuya teoría ha sido adoptada en nuestro país por DÍAZ PITA⁴¹⁵, se plantea que la distinción entre dolo e imprudencia sólo puede operarse desde un

conocimiento de la situación justificante, esto es, el conocimiento de la creación de posibilidades de salvación objetivamente valoradas como preponderantes debe ser, no sólo suficiente, sino también un límite normativo a la exigencia de contenidos subjetivos para afirmar la conformidad a Derecho de la conducta”. Claramente en contra de la normativización de los elementos subjetivos del delito, Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 297 y ss., quien, a pesar de no dudar de la necesidad de cierta normativización, considera que ésta no puede llegar tan lejos que desoiga la necesidad de comprobar si hay realidad psíquica individual.

⁴¹¹Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general. t I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., p. 416.

⁴¹²ROXIN, o.u.c., p. 417.

⁴¹³ROXIN, o.u.c., p. 425. De ello deduce el autor que no es correcto hablar de dolo eventual o condicionado, en p. 426, pues el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan del autor no es eventual, sino incondicional, dependiendo sólo la producción del resultado de eventualidades.

⁴¹⁴Cfr. ROXIN, o.u.c., p. 429.

⁴¹⁵Vid. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, op. cit., pp. 300 y ss, quien obviando la tradicional distinción entre elemento volitivo y cognitivo, partiendo del elemento común para todo tipo de dolo de la “decisión contraria a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal” y del elemento normativo de la mayor penalidad del dolo en relación con la imprudencia basado en tal decisión, concibe el dolo como “decisión consciente del sujeto contra el bien jurídico”. Para esta autora, constituye un concepto secuencial que se asienta “en primer lugar, en la existencia de una situación que implica, para el bien jurídico protegido, una certeza o un peligro inminente y concreto de lesión; en segundo lugar, esta situación típica debe ser aprehendida correctamente por el sujeto en toda su extensión y significado; (...) en tercer lugar, el sujeto debe adoptar una decisión contraria al bien jurídico amenazado, ya sea porque su objetivo lo constituye, precisamente, la destrucción del mismo, ya sea porque el menoscabo del mismo aparezca como consecuencia irrenunciable en la consecución del fin último al que el sujeto aspira”. La decisión contraria al bien jurídico representa el problema de su imposibilidad de constatación empírica, aun cuando sí puedan serlo las otras dos secuencias en base a los indicadores que la autora propone, que no son más que la capacidad de evitar el resultado por parte del sujeto o su valoración correcta de dicha capacidad. De la misma opinión, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed., op. cit., pp. 302 y ss.

punto de vista normativo, no ontológico, que encuentra expresión en la incriminación más grave del dolo en relación con la imprudencia⁴¹⁶. La diferencia de penalidad entre ambos tipos de injusto se justifica, según este autor, por la decisión del sujeto en contra del bien jurídico. La mayor gravedad del dolo estriba no sólo en la lesión del objeto de protección, sino también en la de la norma que obliga a respetarlo, con lo que el peligro para el objeto de tutela es mayor⁴¹⁷. El elemento volitivo del dolo estaría así formado por la “decisión” contraria al bien jurídico, sin necesidad de que el sujeto valore positivamente la lesión del objeto protegido, esto es, sin que sea necesario que se conforme con el resultado, bastando la decisión a favor del injusto⁴¹⁸. A partir de la determinación del elemento interno del dolo el autor establece una serie de indicadores externos que sirven para afirmar la concurrencia de dolo, habida cuenta de la inaccesibilidad de lo interno⁴¹⁹.

Con la asunción de un concepto normativo del dolo basado en la decisión, las diferencias tradicionales entre las teorías cognitivas y las volitivas se desdibujan⁴²⁰. Dado que el concepto de “decisión contraria al bien jurídico” ni siquiera es ajeno a la tesis cognitiva por excelencia, la preconizada por FRISCH - quien incluye este concepto dentro del término “conocimiento” por parte del autor del carácter típico de su comportamiento⁴²¹-, escasa importancia tiene que tal decisión se considere circunscrita en un concepto de conocimiento ampliamente entendido o como esencia del aspecto volitivo normativamente considerado. En puridad, lo esencial en las modernas teorías acerca de la configuración del dolo, que en lo sustancial coinciden, es haber puesto el acento en la conformación unitaria de las tres formas del dolo. Ello puede tener trascendencia a la hora de admitir el dolo eventual en la falsedad documental, más fácilmente configurable partiendo de un concepto unificador⁴²².

⁴¹⁶En tal sentido, HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo*, traducc. Díaz Pita, en ADPCP, 1990, fasc. III, p. 915.

⁴¹⁷Cfr. HASSEMER, o.u.c., p. 917.

⁴¹⁸Vid. HASSEMER, o.u.c., p. 918.

⁴¹⁹Cfr. HASSEMER, o.u.c., pp. 925 y ss., en que afirma que ha de haber varios indicadores -no sólo uno- y que además no pueden determinarse absolutamente *a priori*. Admite que los indicadores externos que caracteriza el dolo se ordenan en tres secuencias: peligro (externo), representación interna del peligro (interna) y decisión (interna) a favor de la realización, de las que sólo la primera puede ser descrita, habiendo de aprehenderse las dos siguientes de forma mediata a través de indicadores.

⁴²⁰En tal sentido, el mismo ROXIN, *Derecho penal. Parte general. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., p. 440, afirma que la tesis de FRISCH coincide en puntos esenciales con su concepción, a saber: en el esfuerzo por fundamentar político-criminalmente la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente, en explicarla a partir de su distinta necesidad de pena; en que se fija en la “decisión en contra del bien jurídico” y en la aplicación de los criterios de “tomarse en serio” y de “confiar en”; aun cuando ROXIN considera que el elemento volitivo que existe en la propia toma de postura del sujeto no ha de incluirse dentro del elemento cognitivo, si bien advierte que la distinta formulación conceptual no modifica en nada la coincidencia material de las teorías por ambos mantenidas.

⁴²¹Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, op. cit., p. 98, pues para este autor, de forma similar a como dijera ROXIN, quien actúa conociendo el riesgo típico de su comportamiento, decide el conflicto de intereses según un varemo distinto al del ordenamiento jurídico, con lo que su “decisión de actuar” supone “decisión contraria al bien jurídico”.

⁴²²En tal sentido, NUÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, op. cit., pp. 265 y ss, quien parte del concepto de dolo eventual preconizado por Díaz Pita, considera que la interpretación del dolo al amparo de esta teoría unitaria permite la admisión del dolo eventual en la falsedad documental, por lo menos en la de funcionario, en relación con la cual se positiviza la comisión imprudente. En contraposición, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 366-367, en cuya opinión la voluntad de provocar engaño a terceros sólo puede apreciarse de concurrir dolo directo de primero o segundo grado.

2.1.2- Contenido del dolo en la falsedad documental: posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

Por cuanto se refiere al posible contenido del dolo en la falsedad documental, la doctrina, así como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, no ha seguido soluciones de carácter generalizado, cuanto menos en países como España o Italia. En esencia, las tesis sostenidas al respecto podrían agruparse en aquellas que en la configuración del elemento subjetivo del delito siguen una concepción formalista, que se ha visto favorecida por los redactores del Código penal italiano ya derogado, y aquellas otras denominadas subjetivas o finalistas que exigen generalizadamente la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto -una causa específica en el delito o el llamado dolo reduplicado según los que mantienen una concepción causalista del delito-⁴²³. Se corresponde con esta duplicidad en la configuración del dolo la distinción en la doctrina tradicional española entre el dolo genérico, necesario para la falsedad en documento público, oficial y mercantil, y el dolo específico, exigido en la falsedad en documento privado -que tanto en el actual Código penal como en el de 1973, necesita del ánimo de perjudicar-⁴²⁴.

La más pura manifestación del formalismo en la concepción del dolo para el delito de falsedad documental se reconoce en la doctrina ya prácticamente abandonada por la jurisprudencia italiana del dolo *in re ipsa* o *in re inest*. Según esta concepción, bastaba para afirmar el dolo en la falsedad documental con la existencia de un documento falso cuya confección se deba al autor del delito. No se requería mayor indagación acerca de la existencia del dolo, por razón de que éste se encuentra ínsito en el hecho mismo de la falsificación. Dicha concepción ha sido objeto de innumerables y unánimes críticas por parte de la doctrina, que la ha

⁴²³En tal sentido, ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 167 y ss, para quien los partidarios de la tesis formalista son aquellos según quienes para afirmar el dolo en la falsedad documental es suficiente el obrar con consciencia y voluntad de perpetrar una falsedad, mientras quienes sostienen una opción finalista exigen que el agente haya procedido con la intención de causar daño, si bien reconoce que no existe acuerdo doctrinal sobre si el mencionado daño ha de predicarse de un derecho diferente de la fe pública o sólo cuando se refiera a un perjuicio patrimonial. En parecido sentido, QUINTERO OLIVARES, *Las falsedades documentales y la evolución en el Derecho positivo español*, op. cit., pp. 92-93, cuando afirma que la doctrina que argumenta que la falsedad tiene componentes de elementos subjetivos del injusto parte de una concepción material de falsedad que atiende mejor a los postulados del principio de intervención mínima; por contra, la jurisprudencia, que admite la comisión culposa de la falsedad, parte de un concepto formal de la misma; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 313 y ss., quien se refiere a las teorías formalista y voluntarista.

⁴²⁴Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 154-155, quien, a pesar de considerar baldía la discusión de si en la falsedad basta con un dolo genérico o específico, por entender que dichos conceptos son equívocos, considera que resulta lícito afirmar que el dolo genérico es suficiente para la falsedad porque en él se ha prefigurado el resultado legal en la voluntad del agente, porque se trata meramente de producir falsedades eficientes en el tráfico jurídico sin que sea necesaria la volición de otros resultados de daño o de lucro. Sobre la diferencia dolo genérico-dolo específico vid., además, CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 523; BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 67. También en Italia se ha seguido esta distinción, cfr. DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 45; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., pp. 799-800; CANTARANO, *Le Falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., pp. 157 y 309; LOASSES, *Della falsità documentale*, op. cit., pp. 522 y 526-527; CODAGNONE, *Sul fine di vantaggio nel delitto di falsità in atti*, en *La Giustizia Penale*, 1969, parte seconda, p. 969.

abandonado sin excepción⁴²⁵. Además de suponer una vulneración de los principios de culpabilidad y responsabilidad subjetiva que han de regir en el Derecho penal, supone una presunción *iuris tantum* de responsabilidad⁴²⁶ que implica una inversión de la carga probatoria tampoco conciliable con las normas procesales-penales vigentes⁴²⁷. No sólo esto, que de por sí sería ya bastante para descartar la admisión de la tesis, sino que además no resuelve el problema de fondo, en el sentido de no dar pauta alguna para determinar el dolo propio del delito de falsedad⁴²⁸. La teoría del *dolus in re ipsa* no constituye más que una construcción dirigida a facilitar -obviar- la prueba de la culpabilidad ante un hipotético proceso penal, pero no concreta -al presuponerlo- cuál ha de ser el contenido del dolo propio del ilícito penal respectivo⁴²⁹, lo que puede llevar a la incriminación de falsedades documentales imprudentes como dolosas⁴³⁰.

⁴²⁵En tal sentido, CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, op. cit., p. 307, § 3675; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 577, para quien la asunción de dicha teoría constituiría un auténtico anacronismo y un retorno a las concepciones de las épocas primitivas en las cuales la represión penal se basaba exclusivamente sobre la materialidad de hecho; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 800; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 27; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 50, según quien dicha teoría contraría la regla esencial de un Estado de Derecho "ninguna pena sin culpabilidad"; DINACCI, *Bene giuridico e dolo nelle falsità documentali*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze...*, op. cit., p. 30; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 407; SANTANIELLO, *Manuale di Diritto penale*, op. cit., p. 430; FOSCHINI, *Rilevanza penale del mandato a sottoscrivere*, op. cit., p. 464-465. También en España ha sido mayoritaria la crítica a este posicionamiento: cfr. DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 93 y 96, quien advierte, críticamente, que la concepción misma de falsedad postulada por Antón Oneca como argumento para negar la incriminación imprudente de la falsedad recuerda demasiado a esta denostada tesis; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 523; COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., p. 443; CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 369; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 355-357; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 250 y ss.; CALLE RODRÍGUEZ, *Teoría general sobre la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre la falsedad documental con especial referencia al documento mercantil*, op. cit., pp. 713-714.

⁴²⁶En tal sentido, FRASSATI, *Elementi costitutivi della falsità in atti*, op. cit., p. 110, quien expone que los autores que mantuvieron dicha concepción admitían la prueba contraria de la buena fe, con lo que se creaba una presunción *iuris* que podría ser destruida con prueba contraria; PABÓN GÓMEZ, *El tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública*, en *Nuevo Foro Penal*, 1991, nº 51, pp. 46 y 47, para quien constituye una presunción *in malam partem* o presunción de dañosidad, que supone la aplicación de criterios sancionatorios de responsabilidad objetiva, criminalizando conductas carentes de dolo.

⁴²⁷Para CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 179, dicha teoría puede suponer una inversión de la carga de la prueba desde el momento en que el elemento típico del dolo, que debería iluminar la materialidad de la conducta, encontraría en la conducta misma su prueba.

⁴²⁸En tal sentido MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 469, en que afirma que el *dolus in re ipsa* es un concepto jurídicamente inconcluyente, pues el carácter del dolo objetivamente deducido no es dolo, sino un criterio práctico para determinar el dolo de la manifestación del hecho; así CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., pp. 179-180, afirma que esta opinión ha de ser descartada por ser inconcluyente desde el punto de vista científico, pues se resuelve en la elusión de la cuestión conceptual, dado que, aun cuando existan dificultades procesales para probar el dolo, el intérprete tiene siempre obligación de determinar, en concreto, la subsistencia del elemento psicológico, necesidad que se impone abstracción hecha de cuestiones de práctica procesal.

⁴²⁹Claramente, CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, op. cit., p. 194, cuando afirma que tal doctrina constituye un criterio elaborado con finalidad más práctica, más incidente sobre el plano procesal, que sustancial,

La insostenibilidad de la doctrina del *dolus in re ipsa*, denunciada insistentemente por la doctrina, da paso a nuevas concepciones del dolo en la falsedad documental. Entre ellas, aun puede tildarse de formalista aquella sostenida por cierto sector, tanto en Italia como en España, que se conforma para afirmar el dolo propio de este delito con el conocimiento y la voluntad de la *immutatio veri*. Basta según esta orientación con el conocimiento y voluntad de realizar la acción falsaria, que habrá de ser probado en cada caso, renunciando a cualquier ánimo específico añadido. No se distingue esta tesis patrocinada por parte de la doctrina italiana⁴³¹ y seguida hasta la actualidad por la jurisprudencia en aquel país, de aquella dirección que en nuestra literatura jurídica tradicional afirma que basta el dolo genérico para el delito de falsedad en documento público, oficial o

para resolver los problemas de prueba y de la valoración del dolo en el caso concreto. No obstante, no es absolutamente inimaginable la traducción al Derecho penal material de esta teoría, según se desprende de las palabras de BRICOLA, *Il problema del falso consentito*, op. cit., p. 289, nota 53, quien afirma que con la expresión *dolus in re ipsa*, bien se alude a una cuestión de prueba, y es indudable que tanto el dolo genérico como el específico han de ser probados, o bien se alude a una cuestión de orden sustancial relativa a la insuficiencia de la tradicional noción del dolo en los delitos formales y al mismo tiempo se resucita toda la problemática relativa a la estructura del dolo.

⁴³⁰Cfr. MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 470.

⁴³¹De esta opinión, CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., pp. 33 y ss. y 242-243, en cuya opinión no constituye la aplicación de un rigorismo formal anacrónico la exigencia de que en la falsedad documental el dolo consista en el conocimiento y voluntad de formar en todo o en parte un objeto, un signo o un documento jurídicamente relevante con la consciencia de su no conformidad a la verdad. Para este autor la ampliación del dolo en el delito de falsedad más allá del conocimiento y voluntad de la *immutatio veri* termina por abocar a la incertidumbre de los límites en la aplicabilidad de la norma, por lo que concluye que ha de afirmarse la suficiencia del dolo genérico tanto en la falsedad ideológica como en la material de documento público; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op.cit., pp. 799, 817 y 837, quien, si bien exige inicialmente la voluntad de engaño para afirmar el dolo en la falsedad de documento público, posteriormente admite que para la imputación subjetiva del delito es suficiente el dolo genérico, o la voluntad consciente y libre y la intención de cometer el hecho en sí, sabiendo que se actúa sin derecho, sin que sea necesaria la intención de obtener provecho para sí o para otro o de dañar a un tercero, pues el delito de falsedad documental no exige la producción de daño público o privado y, aun en caso de que lo hiciese, se trataría de una condición objetiva de punibilidad (sic) respecto de la cual la opinión del autor es irrelevante; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 215, para quien el dolo está constituido por la voluntad y la consciencia de la falsedad en orden a hechos de los cuales el documento es destinado a probar la verdad, sin necesaria concurrencia de *animus nocendi* o *decipiendi*; ZUCCALÀ, *Brevi considerazioni sui delitti contro la fede pubblica*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze...*, op. cit., pp. 50-52, para quien exigir la consciencia del resultado significa lo mismo que exigir la consciencia de antijuricidad en el dolo, lo que iría contra el art. 5 CP italiano, por lo que basta para el dolo con que el agente sea consciente de la subsistencia de lo escriturado con la verdad; CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, op. cit., pp. 907 y 918; BRICOLA, *Il problema del falso consentito*, op., cit., p. 290, para quien negando el criterio del *dolus in re ipsa* se acaba considerando sustancialmente el dolo como conocimiento y voluntad de la *immutatio veri*, para tal concepción el dolo se construye como “consciencia y voluntad de falsificar con consciencia de ofender a la fe pública y consciencia (con aceptación del relativo riesgo: dolo eventual) al menos de poner en peligro los intereses garantizados por la genuinidad de los medios de prueba”; BATTAGLINI, *Falsità innocua o irrilevante in testamento pubblico*, op. cit., p. 1068, quien, a pesar de afirmar que la voluntad de la falsedad no es meramente la del movimiento corporal, considera suficiente para caracterizar el dolo la consciencia y voluntad de perpetrar la falsedad, no porque con ello se considere bastante la voluntariedad de la acción, sino para que haya de investigarse además la voluntariedad del daño social en sí o de otro daño posterior.

mercantil⁴³². Frente a este posicionamiento, se ha argüido que no se distancia

⁴³²Según FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 253, la concepción formalista -en concreto la teoría del *dolus in re ipsa*- ha tenido también influencia en nuestra doctrina, con una diferencia en relación con la doctrina italiana, y es haber dado mucha importancia a la falsedad imprudente, dejando de lado otros aspectos importantes. Sostienen una concepción predominantemente formalista del dolo en España, BENÉYTEZ MERINO, *Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público...*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., pp. 67 y 74, para quien el art. 302 CP de 1973 no contempla ningún elemento de carácter subjetivo, bastando el dolo genérico, para el que es suficiente el conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo, si bien acoge la doctrina jurisprudencial del “dolo falsario” con un elemento subjetivo del injusto que lleva consigo la intención de que el documento produzca en la vida del derecho los efectos que por su propia naturaleza está llamado a causar; QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., pp. 671-672, a *sensu contrario*, cuando afirma que no son inculminables por culpa las especialidades falsarias de uso del documento, por exigir ánimo de lucro o de perjudicar, ni la falsedad en documento privado, que exigen un dolo reduplicado; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t. II. Parte especial*, op. cit., p. 141, al afirmar que la falsedad en documento público no exige intención especial alguna; CUELLO CALÓN, *Manual de Derecho penal. t II (parte especial)*, vol 1º, op. cit., p. 271, para quien basta la voluntad de ejecutar la falsedad y la conciencia de la alteración de la verdad, sin ser preciso ni ánimo de lucro ni ánimo de perjuicio; sin embargo, CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (exposición y comentario)*, op. cit., pp. 184-185, había exigido un dolo específico, consistente en la necesidad de concurrencia de intención de causar perjuicio a la causa pública o a un tercero o de obtener beneficio para sí o para un tercero, interpretación a la que lo obligaba el propio tenor literal del precepto en el Código penal de 1928; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., pp. 523 y 524, en que considera suficiente la conciencia de la alteración de la verdad; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 981, para quienes el dolo en la falsedad en documento público no exige intención especial alguna; GONZÁLEZ CUELLAR, *La falsedad en documento público*, en AAMN, t. XXIX, 1988, p. 381, cuando afirma que en el delito de falsedad en documento público no se contiene ninguna expresión que constituya elemento subjetivo del injusto ni que requiera dolo específico; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., p. 171, para quienes la previsión expresa de un tipo de falsedad imprudente les permite afirmar que el Código utiliza un *concepto objetivo* de falsedad documental como contradicción entre la realidad y lo reflejado en el documento (sic); CONDE-PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 3679, quienes asumen la concepción jurisprudencial del dolo en la falsedad documental, que exige -formalmente- junto al dolo genérico un específico elemento subjetivo del injusto (sic) llamado “dolo falsario”, y que se traduce en la intención de transmutar la realidad de forma que el documento mendaz produzca las consecuencias propias de un documento verdadero en el tráfico jurídico, sin que se exija en el agente el concreto ánimo de perjuicio o de lucro. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, aun cuando se ha referido tradicionalmente al dolo del delito de falsedad documental como “dolo falsario”, lo ha definido en no pocas ocasiones como conocimiento de la *immutatio veri*. Cfr. STS 13 abril 1982 (RJ 2087) en que se define el dolo falsario como conciencia que se representa la *mutatio veritatis* y una voluntad que la quiere o la acepta, sin necesidad de que concorra en la misma un elemento anímico tendencial; 1 marzo 1983 (RJ 2744) que define el dolo falsario como la representación y propósito o volición de faltar documentalente a la verdad; 8 marzo 1985 (RJ 1601) que define el elemento subjetivo en la falsedad documental como la intención consciente del acto y de su ilicitud por parte del sujeto activo del delito, que no precisa ni ánimo de lucro ni perjuicio de tercero; 25 junio 1985 (RJ 3049) para la que el dolo falsario es un elemento subjetivo del injusto (sic) consistente en la conciencia de que se está faltando a la verdad y la intención de inveracidad o mendacidad; 31 diciembre 1985 (RJ 6477) según la cual el dolo falsario consiste en la conciencia y la voluntad de querer realizar la forma comisiva que se describe en el art. 302 CP de 1973; 6 febrero 1986 (RJ 569) para la que el dolo falsario constituye un elemento subjetivo del injusto, el conocimiento de que se altera la verdad y la voluntad de alterarla, con conocimiento de su ilicitud; 6 marzo 1986 (RJ 1265) para la que el

excesivamente del que afirma el *dolus in re inest* en la falsedad⁴³³. Además, proporciona una caracterización incompleta del dolo, desde el momento en que sólo atiende al conocimiento de la acción, pero no del resultado⁴³⁴. Según tal

dolo falsario constituye un elemento subjetivo caracterizado por la intención del agente de alterar la verdad con conciencia y voluntad de alterarla; 25 junio 1986 (RJ 3197) en el mismo sentido que la anterior, pero exigiendo además la conciencia de la ilicitud del hecho; 15 diciembre 1986 (RJ 7916) que define el dolo falsario en los mismos términos; 20 noviembre 1987 (RJ 8564) que caracteriza el dolo falsario como la conciencia en la que se representa la mutación de la verdad y una voluntad que la requiere y la acepta, sin necesidad de que concurra en el mismo un ánimo tendencial; 27 mayo 1987 (RJ 3849) para la que el dolo constituye un elemento subjetivo del injusto consistente en el conocimiento completo e incuestionado que tenía el procesado de que estaba alterando documentalmente la verdad genuina así como la voluntad de alterarla con consciencia de su ilicitud; 15 noviembre 1988 (RJ 9166) para la que el dolo falsario es la conciencia de la absoluta falta de verdad en aquello que aparenta ser verdadero, con advertencia de la mutación de la verdad que se realiza y decisión voluntaria de alterarla; 3 noviembre 1989 (RJ 9655) para la que el dolo falsario representa la conciencia de la ilicitud de lo que se efectúa y de que deliberadamente se está faltando a la verdad; 6 abril 1990 (RJ 3718) para la que el dolo falsario lo constituye la conciencia de la *immutatio veritatis* y la voluntad de alterar la verdad con imposición de la ilicitud que ello entraña; 26 noviembre 1990 (RJ 9162) según la cual el dolo falsario supone una intención maliciosa o elemento subjetivo del injusto que implica la conciencia y voluntad de trastocar la realidad para convertir en veraz lo que no lo es, consistente en la conciencia, como querer de la mente, de la alteración de la verdad, así como de la voluntad, intención y deseo para obtener ese cambio; 27 junio 1991 (RJ 4832) en parecidos términos a la anterior; 28 junio 1991 (RJ 4844) de parecido tenor, advirtiendo la innecesariedad del ánimo de lucro u otro elemento especial; 3 julio 1991 (RJ 5517) para la que el dolo falsario representa un elemento subjetivo del injusto consistente en el conocimiento de que se altera la verdad y la voluntad de hacerlo; 18 noviembre 1991 (RJ 8593) en los mismos términos; 12 febrero 1992 (RJ 1125) para la que el dolo o ánimo falsario consiste en el conocimiento de que la conducta que realiza altera la verdad genuina, en la voluntad de llevar a cabo la inmutación y con conciencia de la ilicitud de la actividad realizada; 16 junio 1992 (RJ 5386) para la que el dolo falsario constituye la conciencia y voluntad para trastocar la realidad, convirtiendo en veraz lo que no lo es; 18 mayo 1993 (RJ 4168) para el que el dolo falsario requiere el conocimiento de que se altera la verdad genuina y la voluntad de alterarla a conciencia de su ilicitud; 7 febrero 1994 (RJ 706) que identifica el dolo falsario con la conciencia de *la immutatio veritatis*; 11 mayo 1994 (RJ 4401) para la que el dolo falsario es la conciencia y voluntad de modificar la verdad para convertir en veraz lo que no lo es; 8 noviembre 1995 (RJ 8092) para la que el dolo falsario consiste en la voluntad de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que requiere trastocar la realidad, convirtiendo en veraz lo que no lo es; en semejantes términos, más recientemente, SsTS 20 febrero 1998 (RJ 1181), 31 marzo 1998 (RJ 2963), 8 junio 1998 (RJ 5155), 20 julio 1998 (RJ 5844).

⁴³³Vid. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 577-578, para quien no se alejan mucho de los que sostienen la teoría del *dolus in re ipsa* los autores que consideran que en la falsedad no se necesita más investigación que la concerniente a la conciencia y voluntad de la inmutación de la verdad, sosteniendo que para la subsistencia del dolo basta con ver que el culpable había querido el hecho de la falsificación. Admite que la jurisprudencia en su país ha ido formalizándose cada vez más en su doctrina, aplicando un rigorismo sin justificación; ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, op. cit., pp. 639-640; BOSCIA, *Della falsità in atti*, op. cit., p. 10; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 467.

⁴³⁴De esta opinión, DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 46-47, quien afirma que en los delitos de falsedad querer la acción no significa querer el resultado, pues se han de querer todos los elementos de la figura del delito, definiendo el dolo como "el conocimiento y voluntad de crear una falsa situación documental o de alterar una situación documental preexistente con la conciencia del peligro que se crea para el normal desarrollo del tráfico jurídico"; en parecidos términos DINACCI, *Bene giuridico e dolo nelle falsità documentali*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze...*, op. cit., pp. 31, en que acoge favorablemente el cambio de orientación jurisprudencial que

dirección, objeto de conocimiento en el dolo lo constituiría sólo la conducta típica, pero no el resultado típico -en su caso también material- del delito. Ya se ha puesto de manifiesto al tratar de las esenciales direcciones en torno a la cuestión del concepto general de dolo que no todas las opciones coinciden en afirmar que el resultado propio del delito -desde una perspectiva *ex ante*- haya de ser abarcado por el dolo. Sin embargo, objeto irrenunciable del mismo lo constituye, como mínimo, el conocimiento de la adecuación o de la peligrosidad de la conducta típica en relación con aquél, que tampoco se exige según esta dirección.

Abstracción hecha de la contrariedad intrínseca que esta concepción representa en relación con el concepto genérico del dolo, tampoco permitiría este posicionamiento excluirlo en aquellas falsedades que se cometan para gastar una broma -*iocandi causa*- o para tranquilizar a una determinada persona -el clásico ejemplo de quien, conocedor de la grave enfermedad de un amigo, falsifica una carta del médico quitando importancia a la dolencia, para evitarle preocupaciones- o para dar una alegría a otra persona -así el conocido supuesto para la doctrina alemana en que un hijo falsifica el boletín de notas para presentárselo al padre- o por mero afán de coleccionista⁴³⁵. Asimismo, tampoco es conciliable la mera

exige para el dolo del delito la consciencia -al menos potencial- de la ofensa, acercándose con ello al concepto de dolo que se deduce de la constitución italiana; DINACCI, *Falso ideologico ad opera dei funzionari degli Automovile Clubs provinciale, fede pubblica e dolo*, en *La Giustizia Penale*, parte seconda, 1981, p. 137; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 488-490, según quien no basta para determinar el dolo de la falsedad con la consciencia y voluntad de faltar a la verdad, sino que se requiere que la conducta lesione al bien jurídico protegido, de modo que el dolo no ha de referirse sólo a la conducta del agente, sino que ha de extenderse al resultado, en el sentido de que el resultado debe ser previsto y querido como consecuencia de la conducta consciente y voluntaria; NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 121 y ss., quien, evitando ir a soluciones finalistas en la falsedad documental, pero sin quedarse en la mera consciencia de la *immutatio veri*, exige que la incidencia de la conducta sobre el significado de comunicación de un enunciado constatativo o descriptivo sea objeto de la consciencia y voluntad del agente; CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contra la)*, op. cit., p. 180, para quien querer el resultado significa más que querer la conducta, pues querer la consecuencia de la propia actividad es distinto de la fase ideativa y deliberativa del mero comportamiento; querer la conducta significa tener la consciencia y voluntad de operar la alteración, mientras que querer el resultado deberá significar más que tener la consciencia y la voluntad de realizar una modificación relevante para las funciones a que el documento estaba destinado; FOSCHINI, *Rilevanza penale del mandato a sottoscrivere*, op. cit., p. 465, para quien no sólo ha de haber voluntad consciente de la acción, sino también del resultado, que no basta con que sea previsto, se lo represente o tenga consciencia de él el autor, sino que ha de quererlo, ha de actuar con la intención de producirlo; MONTANARA, *Il dolo nei delitti di falso*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze...*, op. cit., pp. 72-73, para quien no basta la simple volición del comportamiento, sino que se ha de querer también el resultado, esto es, se ha de tener la ulterior consciencia del peligro que se crea en el normal desenvolvimiento del tráfico; DE MARISCO, *Il dolo nei reati di falsità in atti*, op. cit., pp. 438 a 441, en que se muestra crítico con el formalismo jurisprudencial en la determinación del dolo en el delito de falsedad documental, arguyendo que la supresión de la necesidad de daño del articulado no justifica que el daño propio del delito haya de considerarse condición objetiva de punibilidad; BATTAGLINI, *Osservazioni sul dolo nelle falsità in atti pubblici*, op. cit., pp. 455-456, para quien además de la consciencia y voluntad de la acción -*immutatio veri*- el dolo ha de entenderse referido también al resultado propio del delito; PABÓN GÓMEZ, *El tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública*, op. cit., p. 47.

⁴³⁵En este último sentido, objeto GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 357, la imposibilidad de esta teoría para excluir el dolo falsario en tales casos. Ya VILLANUEVA SANTAMARIA, *El dolo del delito de falsedad*, en *Información Jurídica*, nº 38, 1950, p. 212, había puesto de manifiesto la imposibilidad de dicha teoría para excluir el dolo falsario en quien para gastar una broma a sus amigos extiende aparentemente un testamento en el que aparece como heredero.

consciencia de la *immutatio veri* con la descripción que aquí se ha dado de la conducta típica. Si, como se expuso en el lugar correspondiente, la falsedad documental requiere para su consumación la introducción del documento en el tráfico jurídico, el dolo deberá abarcar también ese extremo de la conducta típica, por lo que no puede reducirse a la consciencia del mudamiento de la verdad.

El laconismo en la delimitación del dolo en la falsedad que las tesis formalistas representan, junto a la escasa capacidad limitadora de un delito que ya en el tipo objetivo se caracteriza por su gran amplitud, hizo surgir la segunda de las grandes concepciones del dolo en tal delito, la que al inicio de esta exposición se denominó subjetiva o finalista. Común a todas las opiniones que se edifican con base en la exigencia de elementos subjetivos del tipo o concretan el dolo en el delito de falsedad es el intento de establecer límites, introducidos en el tipo subjetivo del delito, a la amplitud con que la infracción se concibe. Tales intentos tienen o no su anclaje en la ley, en función de cuál sea el tenor de la descripción típica según los distintos textos punitivos. En Italia, en que la regulación de las falsedades en documento público no incluye ningún elemento tendencial o anímico expreso, la limitación del tipo subjetivo ha dependido de la elaboración doctrinal. Contrariamente, en el Derecho penal alemán, el § 267 StGB contiene un elemento subjetivo expreso positivizado en la locución “para engañar en el tráfico jurídico”, por lo que la doctrina se ha limitado a desarrollar la exigencia legal requiriendo la concurrencia del ánimo de engaño.

Por lo que a la literatura italiana se refiere, han sido ya autores tradicionales, como CARNELUTTI o CARRARA, quienes exigen la concurrencia de un elemento intencional expreso⁴³⁶. El primero exige *la causa fraudandi*⁴³⁷ para la concurrencia del delito de falsedad documental⁴³⁸, que presupone el propósito de producir daño o una ventaja que ha de ser en todo caso injusta⁴³⁹. CARRARA, por su parte, no llega tan lejos como CARNELUTTI en su afán limitador del dolo, exigiendo el *animus nocendi*, que el autor distingue de la más limitada *intentio nocendi*⁴⁴⁰. Se conforma

⁴³⁶CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., p. 38, considera, partiendo de tal exigencia, que la falsedad es un delito causal, desde el momento, en que tres son las causas que el legislador exige para su punición: la *causa decipiendi*, la *causa nocendi* y la *fraudandi*.

⁴³⁷Tal exigencia causal se distingue según el autor de la *causa decipiendi* -o voluntad de engañar- y de la *causa nocendi*- más grave que la anterior, consistente en el ánimo de dañar- en relación con las cuales es todavía más cualificada la *causa fraudandi*, pues en ella el daño perseguido ha de ser en todo caso ilícito. Cfr. CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., pp. 31 y ss, en que se argumenta que la falsedad se pena sólo en tanto se produce un daño de especial gravedad, cual el presente en la *causa fraudandi*. Sobre las tres formas causales en la falsedad documental vid. NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., pp. 123-125.

⁴³⁸Aun cuando CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., pp. 29 y ss, parte de la equiparación entre falsedad y engaño, deducida del concepto de dolo civil, utiliza la identificación como paso previo a la exigencia de intención de daño, sobrepasando el límite que la *causa decipiendi* introduce.

⁴³⁹Para este autor no basta la posibilidad de producir un daño justo o injusto - *causa nocendi*- sino que el daño o ventaja deben ser necesariamente injustos. De ahí su crítica al tenor del art. 485 CP italiano, al no exigir que la ventaja que el autor del documento privado se procura sea con daño de otro, admitiendo como suficiente la *causa nocendi*. Para el autor sería más correcto que el precepto dijera “con el fin de provocar a otro un daño, o con el fin de procurar a sí o a otro una ventaja con daño de otro”. Cfr. CARNELUTTI, *Teoría del falso*, op. cit., pp. 34 y 35.

⁴⁴⁰Para CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, op. cit., p. 300, § 3670, ambos conceptos han de diferenciarse. Mientras la intención de hacer daño expresa una condición de la voluntad, la dirección por la cual la falsedad es puesta en ejecución con el fin preciso de causar daño a otro, el ánimo de hacer daño expresa una condición del entendimiento unida a una condición más limitada de la voluntad, o sea, que el agente tiene la previsión de

para la concurrencia del dolo con que el autor haya previsto la posibilidad de acarrear un daño a otro con su acción falsaria, aun cuando tal causación no constituyese finalidad esencial en su comportamiento⁴⁴¹.

No sólo estos, sino también otros autores en la doctrina italiana han preconizado interpretaciones del dolo según las cuales no basta con la mera consciencia de la *immutatio veri*, sino que, al decir de ANTOLISEI, resulta también necesario que el autor se haya representado la posibilidad de producir daño a otro, es decir, de lesionar o poner en peligro intereses que no son de su competencia o incumbencia⁴⁴². La concepción de ANTOLISEI -coherente con su consideración de la falsedad documental como delito pluriofensivo-, al igual que las sostenidas por CARNELUTTI o CARRARA, no ha encontrado muchos seguidores en la doctrina⁴⁴³, ello a pesar de que quienes sostienen que la falsedad constituye un delito de peligro puedan acercarse a tales planteamientos⁴⁴⁴. Cabe encontrar en la literatura

que el hecho, aunque no esté dirigido al fin del mal ajeno, puede eventualmente convertirse en ocasión de mal y, a pesar de ello, quiere obrar de ese modo.

⁴⁴¹En tal sentido, CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, op. cit., p. 301, § 3671 y p. 302, § 3672, en que afirma que cuando conste que no hubo previsión de daño, la falsedad no puede imputarse. Cuando el daño puede considerarse como actualmente previsto, la falsedad documental es siempre imputable, aunque el fin del agente no fuera precisamente el de ocasionar ese daño. Vale para el autor, p. 303, § 3673, el dolo indeterminado en la falsedad documental, en el sentido de que la intención a la falsedad ha de ser siempre determinada, a pesar de que puede ser no determinada para el daño.

⁴⁴²Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., pp. 578 y ss., para quien la falsedad se ha de negar, por no concurrencia del dolo: a) cuando uno falsifica una orden de la autoridad para gastar a otro una inocentada; b) cuando se imita la firma de otro exclusivamente para demostrar la habilidad caligráfica; c) en la reproducción de una moneda con finalidad estricta de estudio artístico; d) o en el caso en que una industria falsifique unas pocas cartas filigranadas sólo a modo de experimento.

⁴⁴³Asumen, sin embargo, la concepción de ANTOLISEI, MONTANARA, *Il dolo nei delitti di falso*, en DINACCI/LATAGLIATA/MAZZA, *Riflessioni ed esperienze...*, op. cit., p. 75, para quien sólo con la exigencia de la intención de poner en peligro o lesionar los intereses de un tercero puede superarse la doctrina del *dolus in re ipsa* y negar el dolo en casos de falsedad en que sólo se pretende demostrar la propia habilidad caligráfica. En parecido sentido, BOSCIA, *Della falsità in atti*, op. cit., p. 10, quien sólo por esa vía logra excluir el tipo subjetivo en la falsedad cometida por juego o por estudio; RANIERI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 654. En la doctrina latinoamericana, ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 178, 181 y 251-252, establece que el daño es fin último de la intención en la falsedad documental, y como quiera que el daño no puede ser ocasionado a la fe pública, porque ese es elemento de la voluntad por fuerza, hay que llegar a la conclusión de que el delito de falsedad es intencional cuando el agente se propone causar un daño a un bien jurídico particular distinto de la fe pública, sin que baste la voluntad de dañar a la fe pública, pues la misma constituye un bien abstracto cuya existencia no se presenta de un modo autónomo, sino siempre ligado a otros bienes. El dolo de la falsedad ha de trascender siempre a la intención de lesión de derechos particulares, tanto si la falsedad es material como ideológica; PABÓN GÓMEZ, *El tipo subjetivo de los delitos contra la fe pública*, op. cit., pp. 49, 50 y 51, quien, sin asumir explícitamente tal opción, considera que en el tipo subjetivo de la falsedad ha de encontrar acomodo la voluntad de ocasionar un daño o posibilidad de perjuicio, a los efectos de no inculpar falsedades inocuas. En España, había sostenido ya la tesis de Carrara, VILLANUEVA SANTAMARÍA, *El dolo en el delito de falsedad*, op. cit., p. 213 y ss; en tal sentido admitía que el único Código penal que había supuesto en nuestro país un avance en la configuración del dolo falsario era el de 1928, que dió entrada al móvil en los delitos de falsificación. En nuestro país, sostiene recientemente una tesis del dolo semejante a la antolisiana CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 314 y ss.

⁴⁴⁴En tal sentido, DELITALA, *Il dolo nel reato di falsità in bilanci*, en *Revista Italiana di Diritto Penale*, 1934, pp. 315-316, quien, partiendo de que la falsedad en documento público constituye un delito de peligro, no considera necesario que el delito vaya dirigido al

científica más razones para el abandono de tales posicionamientos que para su sostenimiento. En primer lugar, por la propia indeterminación del concepto de daño en la falsedad documental, que puede predicarse del daño a la fe pública o al bien jurídico que en cada caso se considere protegido en este delito -en nuestro caso las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico- o referido a intereses o derechos de terceros intervinientes en dicho tráfico. Optando por la primera de las posibilidades, la inclusión en el dolo de la consciencia de lesión de la fe pública o de la funcionalidad del documento no representa más que el conocimiento de uno de los elementos del tipo objetivo de la falsedad documental. Mal puede calificarse entonces de elemento subjetivo que trascienda al tipo objetivo y que lo limite, en tanto no va más allá de la previsión del engaño a la generalidad, que es consustancial a la falsedad. Por ello, cuando de daño se habla, por lo menos cuando estos autores lo hacen, el referente lo constituyen derechos subjetivos de terceros que pueden resultar afectados por la falsedad. Con ello -como ocurría en el tipo objetivo- se está despojando a la falsedad de un contenido de injusto propio e incluso de un propio contenido autónomo del dolo⁴⁴⁵, que podría así alcanzar la

concreto fin de producir un daño a un tercero, pero sí exige que el agente se haya representado el daño. Esto es, el dolo propio de la falsedad se da si el autor asume el daño que del delito se derivará con dolo directo o eventual, pero si el agente no ha previsto la posibilidad del daño o, previéndolo abstractamente como posible, considera que en aquel singular caso no acontecerá, no puede afirmarse la existencia de dolo. También concibe como delito de peligro a la falsedad DE MARISCO, *Il dolo nei reati di falsità in atti*, op. cit., p. 445, sin embargo, para este autor el peligro no es, como en el caso de DELITALA, predicable de bienes jurídicos de carácter individual, razón por la cual considera que el dolo propio del delito ha de consistir en la consciencia y la voluntad de crear el estado de peligro propio de la falsedad documental, que no es más que el peligro de dañar o menoscabar la prueba de una relación jurídica o de cualquier hecho jurídicamente relevante; de ahí que critique, en p. 450, la tesis de DELITALA o CARRARA, porque para ellos la indagación del dolo se relaciona con un elemento extraño a él y al entero esquema del delito, como es el fin, confundiendo la consciencia del peligro como previsión del daño con la voluntad de producirlo; para este autor, pp. 452 y ss., basta con que el autor sepa que el documento sobre el que desarrolla su acción tiene o puede tener cualquier importancia para el derecho, sea consciente del peligro, sin que sea necesario -en contra de Delitala- que el autor haya previsto el concreto peligro o que tenga la consciencia del daño específico que podría provenir de la falsedad, a lo que se ha de añadir la intención por parte del falsario de poner la causa del peligro, de la supresión o menoscabo de la prueba de una circunstancia jurídicamente relevante. La tesis de DE MARISCO no ha estado tampoco huérfana de críticas, cfr. CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 242, para quien la misma se agota en fórmulas vagas que no contribuyen en la práctica a defender con la necesaria firmeza el bien jurídico de la fe pública, y no indica los elementos sintomáticos de los que poder deducir la consciencia del peligro del agente. Contra la afirmación del dolo de peligro en la falsedad documental, MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 503 y ss.

⁴⁴⁵Rechazan esta construcción del dolo, dentro de la doctrina italiana, MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 481 y ss., en que critica la tesis de CARRARA, en el sentido de que el fin del delito de falsedad no puede ser otro que el producir a través o mediante la falsedad un engaño sobre la veracidad o conformidad de la verdad de un hecho, sin que sea necesario nada más allá, pues cuando se requiere cualquier otro fin nos adentramos en el campo de lo indeterminado o genérico; GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, op. cit., pp. 111 y ss, quien critica la tesis de la *causa fraudandi* de CARNELUTTI por conducir a la concepción de la falsedad como delito medio, pues en ese caso la falsedad no debería ir tanto dirigida a engañar como a lesionar el derecho de otro, confusión que según el autor no sólo se ha trasladado a la configuración del dolo en este delito, sino que también ha sido trasladada a la conducta típica; CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 186; FRASSATI, *Elementi costitutivi della falsità in atti*, op. cit., pp. 111-112, quien, junto con la refutación de la teoría que ve en la falsedad la necesidad de *intentio nuocere*, rechaza también aquella que requiere la concurrencia de ánimo de lucro, al ver en aquella primera teoría la exclusión de la incriminación de una serie de delitos no menos punibles y no menos perfectos que otros que sí se incriminan; FIORE, *Il falso autorizzato non punibile*,

consideración de indeterminado, con todos los riesgos que tal concepto acarrea. En la inseguridad a que tal posicionamiento podría conducir puede encontrarse la explicación de que autores que en nuestro país sostienen el carácter pluriofensivo de la falsedad no hayan seguido a los italianos hasta sus últimas consecuencias, y no consideren necesaria la intención de lesionar bienes jurídicos individuales para la construcción del tipo subjetivo en este delito⁴⁴⁶.

Otro de los graves escollos que no pueden salvar estas teorías atendiendo al Derecho positivo español- sobre todo tras la aprobación del Código penal de 1995- es la distinción positiva entre los delitos de falsedad en documento público, oficial o mercantil y privado. Si ya para los delitos previstos en el los arts. 390 y 392 CP se exige un ánimo de dañar específico, no se entiende la razón por la cual el legislador incluye expresamente el ánimo de perjuicio en el art. 395 CP para la falsedad en documento privado. La aparente contradicción podría entenderse salvada de exigir el tipo de la falsedad en documento privado la causación efectiva del perjuicio -que en el art. 306 CP de 1973 sí se preveía alternativamente al ánimo de producirlo-. Tal circunstancia no aparece, sin embargo, en nuestro Derecho vigente, con lo que la necesidad de incluir ese específico ánimo se tornaría inexplicable⁴⁴⁷, máxime teniendo en cuenta la interpretación amplia que tanto doctrina como jurisprudencia sostienen del término "perjuicio". En este concepto se incluye no sólo al menoscabo económico, sino también el moral. La distinción, en cuanto a elementos subjetivos del injusto se refiere, entre la regulación de la falsedad en documento público, oficial y mercantil y la falsedad en documento privado puede ser otra de las razones de peso que explique que en nuestro país prácticamente no haya encontrado eco esta tesis.

op. cit., p. 326, para quien el dolo de falsedad como voluntad del resultado consiste en la voluntad de engaño producido a la generalidad acerca de la subsistencia y el contenido de la situación jurídica incorporada al documento, sin que la voluntad del resultado incluya también la voluntad de determinar el perjuicio concreto de un bien-interés específicamente puesto en peligro por la falsedad; en parecidos términos, BATTAGLINI, *Falsità innocua o irrelevante in testamento pubblico*, op. cit., p. 1068; BATTAGLINI, *Osservazioni sul dolo nella falsità in atti pubblici*, op. cit., p. 457, en que afirma que no hay duda de que no se requiere en este tipo de falsedad *animus nocendi*, aun cuando ello no signifique que no se requiera un dolo consistente en la voluntad dirigida a lesionar la fe pública y la integridad del medio probatorio constituido por el documento público; AMATO, *Osservazioni in tema di evento e di dolo: in particolare per quanto concerne i reati di falso*, op. cit., p. 725. En España, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 358-359, considera que la concepción que incluye en el dolo la intención o ánimo de perjudicar no es más que un reflejo de aquella que ve en el delito de falsedad documental un mecanismo para la lesión o puesta en peligro de intereses particulares.

⁴⁴⁶No se nos escapa, sin embargo, que otra razón para explicar tal divergencia pueda constituir la el debate doctrinal existente en nuestro país -antes de la aprobación del nuevo Código penal- sobre la admisión de la falsedad imprudente, que no se ha producido en Italia. Cfr. COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., p. 444, para quien el dolo en este delito quedaría configurado por un elemento subjetivo del injusto -que el autor no concreta- y que alejaría la posibilidad de incriminar la falsedad culposa, pese a no desconocer el especial deber objetivo de cuidado que gravita sobre autoridades y funcionarios públicos a efectos penales, y que podría sustanciarse tan sólo con la nulidad del documento y con la suspensión de empleo o cargo público; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 254-256, para quien no puede hablarse de daño o perjuicio porque nuestro Código penal no lo exige aunque sí de menoscabo o trastorno que la falsedad provoca "en el bien jurídico colectivo que se protege" -obsérvese que no en derechos individuales-

⁴⁴⁷En tal sentido GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 359, para quien tal posicionamiento haría difícil explicar la exigencia expresa del ánimo de perjudicar en determinados delitos de falsedad, que se convertiría en redundante.

Dentro de las concepciones finalistas de la falsedad, ahora auspiciada por la misma regulación del delito, puede incluirse la tesis prácticamente unánime de la intención de engaño como elemento de tendencia interna trascendente en la falsedad documental preconizada por la doctrina alemana. La misma dicción del § 267 StGB que, tras la reforma de 1943, dejó de exigir el uso del documento falso para la consumación del delito, e incluyó en el precepto la locución “para engañar en el tráfico jurídico”, constituye apoyo de tal doctrina. Es concepción unánime en la literatura alemana que en la falsedad documental, junto al dolo propio del delito, que ha de suponer el conocimiento y la volición de cada uno de los elementos conformantes del tipo objetivo, es además necesario un elemento subjetivo del injusto⁴⁴⁸, el ánimo de engañar, que constituye un elemento de tendencia interna trascendente⁴⁴⁹. Se configura así la falsedad como un tipo incongruente por exceso subjetivo, desde el momento en que el engaño no necesita llegar a producirse para que la infracción se consume⁴⁵⁰. No obstante, el autor no ha de perseguir cualquier engaño, sino uno que se opere sobre la base del documento⁴⁵¹ y al que se ligue la

⁴⁴⁸A este respecto ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que un sector de la doctrina más reciente exige una cierta objetivización de este elemento subjetivo. Cfr. STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 87 y ss, para quien el ánimo de engañar en el tráfico jurídico no se corresponde ni con el dolo directo, pues la intención no siempre coincide con la representación segura del resultado característica del dolo directo, sino que se corresponde con el dolo propio del delito, y ha de objetivizarse en el sentido de que la producción del documento inauténtico sólo puede ser penada cuando para un observador imparcial el hecho haya de suponer la presunción de que la acción se comete con una intención antijurídica de engaño. Propone este autor, de *lege ferenda*, que haya acción de engaño sólo cuando el autor tiene consciencia de que a través de su comportamiento se concluye una declaración de pensamiento determinada que se sabe inveraz. Objetiviza también la intención de engaño, FREUND, *Grundfälle zu den Urkundendelikten. 2. Teil*, op. cit., pp. 126 y ss, para quien la necesidad de actuar para engañar en el tráfico jurídico ha de servir por lo menos para incluir una dimensión de peligro objetiva que justifique la desaprobación del comportamiento y su tipicidad, lo que sólo se da cuando en concreto se observe que la falsedad tenía tal finalidad, esto es, cuando aparezcan “intereses de evitación específicos” que sean suficientemente importantes según el bien jurídico protegido en el delito.

⁴⁴⁹Vid., por todos, MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 219; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (2. Teil)*, op. cit., p. 662.

⁴⁵⁰Cfr. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, op. cit., p. 245, implícitamente cuando dice que el engaño es elemento común a la falsedad y la estafa, estableciendo la diferencia en que el primero de los ilícitos consiste en un engaño intentado; OETKER, *Zur Urkundenlehre im Strafrecht*, op. cit., p. 75; MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 219; BLEI, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 316; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 193; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 98, para quien con la expresión legal “um zu” se considera suficiente la concurrencia subjetiva del engaño.

⁴⁵¹Aun cuando no es necesario que el engañado tome su determinación en consideración exclusiva a aquella del documento que ha sido objeto de la falsedad. Cfr. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., p. 625; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 151, nm. 74, en que afirman que no es necesario que el comportamiento del engañado sea determinado exclusivamente por el documento; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 190, en que afirma que, a pesar de que el objeto del engaño ha de ser la autenticidad del documento y su contenido objetivo, no es necesario que se pueda ocasionar un error precisamente sobre la relación jurídica para cuya prueba había sido creado el documento.

consecuencia de que el destinatario del engaño realice una actividad u omisión con relevancia jurídica⁴⁵².

El mayor problema que se ha planteado en la doctrina alemana en relación con la específica intención es si la misma ha de entenderse en sentido técnico, esto es, si sólo cabe concurriendo dolo directo de primer grado -clase de dolo al que el StGB denomina en ocasiones "intención"-, o si cabe también con dolo directo de segundo grado⁴⁵³. La mayoría de la doctrina se inclina por esta segunda posibilidad, atendiendo a que el engaño constituye la verdadera vulneración del bien jurídico protegido en la falsedad⁴⁵⁴, y a que la primera opción impediría la incriminación de los falsificadores profesionales⁴⁵⁵. De identificarse intención de engaño con

⁴⁵²De ahí que la doctrina alemana mayoritaria considere que los casos en que se falsifica un boletín de notas para tranquilizar a los padres o se altera la edad en un pasaporte para aparecer más joven ante el amante no se realizan con ánimo de engañar en el "tráfico jurídico"; cfr. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., pp. 624-625; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 411; OETKER, *Zur Urkundenlehre im Strafrecht*, op. cit., pp. 72-73; EBERMAYER, *Urkundenfälschung*, op. cit., pp. 427-428; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., pp. 2027-2028, nms 87-87a y 87b; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1149, nm. 25, para el que el comportamiento jurídicamente relevante lo ha de querer el autor por lo menos con dolo eventual, sin que sea necesario que esté predeterminada la persona contra la que el engaño se dirige. Contrariamente, DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1381, nm., 29, para quien es el engaño y la determinación a la actuación jurídicamente relevante han de estar alcanzados por el dolo directo, de primero o segundo grado; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 192, para quien no constituyen engaños en el tráfico jurídico aquellos que afectan a un mero tráfico social o se producen dentro de una relación humana; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 173, nm. 24; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 89; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 295, nm. 689, en que afirma que el engaño se ha de operar sobre el tráfico jurídico, no en el tráfico meramente social o intersubjetivo; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil-1*, op. cit., p. 175, para quien no puede hablarse de engaño en el tráfico jurídico cuando se falsifica el documento para obtener el favor de una chica, puesto que ello es sólo constitutivo de un engaño en el ámbito interhumano; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 365; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 770; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 189, nm. 502; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 104; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 152, nm. 75, para quienes ha de determinarse al engañado a un comportamiento -activo u omisivo- jurídicamente relevante, lo que no acontece cuando el documento falso se presenta para favorecer la imagen del autor, ocultar negligencias internas, evitar a otro un dolor o darle una alegría. Reconocen que las fronteras son inciertas, por ejemplo, en los casos en que se envía un artículo a un periódico utilizando el nombre de un conocido columnista o artista, en que no habría intención de engaño cuando ello se hace para favorecer el nombre del artista, pero sí cuando se hace para engañar sobre la proveniencia del escrito. Por cuanto se refiere a la presentación de un escrito a un periódico bajo el nombre falso de un escritor, SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 376, considera que hay intención de engaño cuando se usa el nombre de un autor famoso para provocar la decisión de publicarlo por parte del redactor, aun cuando no puede afirmarse el elemento finalístico cuando se usa un nombre distinto al propio para permanecer en el anonimato.

⁴⁵³En tal sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 411.

⁴⁵⁴Cfr. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 86; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 100, quien, atendiendo a que el engaño constituye ese verdadero momento lesivo, llega admitir la comisión con "dolo eventual" también en relación con ese resultado.

⁴⁵⁵Vid. ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 190, nm. 503, para quienes la intención del § 267 se corresponde con la del § 263 StGB, excluyéndose con la concurrencia del dolo eventual, pero considerando bastante el dolo directo de segundo

intención en sentido estricto, no podría decirse que obran dolosamente aquellos que confeccionan documentos falsos por encargo sin intención de engañar directamente con ellos, aun cuando prevean esta consecuencia como necesaria al efectuar la acción falsaria. Así, aunque el dolo en relación con los elementos del tipo objetivo del delito de falsedad pueda ser eventual⁴⁵⁶, la previsión expresa de la intención de engaño obliga a que este elemento se vea, como mínimo, necesitado de dolo directo de segundo grado, hurtando con ello a la discusión la posibilidad de comisión imprudente del delito.

Sin embargo, la trasposición de tal configuración del tipo subjetivo de la falsedad al Derecho español presenta una serie de inconvenientes que hacen dudosa su aplicabilidad. El primero y fundamental lo representa la problemática planteada con el sentido del término intención y el grado de volición que el mismo ha de suponer. Ya se ha visto como en la doctrina alemana intentan buscarse argumentos que permitan relajar las exigencias del dolo, ampliándolo al dolo directo de segundo grado e incluso al eventual. No resulta muy acertado adoptar una característica del delito que tantos problemas interpretativos ha planteado en otros países. En segundo lugar, porque nuestro Código penal criminaliza la falsedad

grado; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2028, nms. 91 y 92; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 376, para quien la locución típica no se identifica con "intención" (en el sentido de dirección a un fin), que sólo abarcaría lo perseguido con dolo directo de primer grado, sino que también incluye el dolo directo de segundo grado, esto es, el supuesto en que el autor ha previsto el resultado como seguro; asimismo SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung (2. Teil)*, op. cit., p. 662; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Stragesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 99, bajo la advertencia de que intención en sentido estricto sólo la tendría quien quisiera producir el engaño por sí mismo o por medio de otro en su beneficio, pero no el falsificador profesional. En tal sentido, CRAMER, *Anmerkung. Bay ObLG Beschluß v. 18.4.1967-RReg. 3 a St 5/67*, op. cit., pp. 31 y ss, quien, partiendo de argumentos político-criminales -la producción del engaño en el tráfico jurídico es igualmente lesiva para la seguridad o fiabilidad del tráfico jurídico, tanto si el autor persigue ese resultado, lo considera seguro o lo ha tomado en consideración- y dogmáticos -no está claro qué entiende el StGB por "intención"- concluye que el § 267 no parece referirse a intención dirigida a fin, pues el precepto sólo parece excluir con dicha dicción aquellas conductas en que el engaño se produce fuera del "tráfico jurídico", de manera que basta para admitir la concurrencia de esta necesidad con que el autor de la falsedad quiera crear un medio de prueba en el tráfico jurídico, con lo que se incluye sin problemas la actividad del falsificador profesional; con argumentos parcialmente distintos, LENCKNER, *Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB*, llega a soluciones parecidas. Parte este autor, p. 1891, de que el entendimiento del engaño como intención en sentido estricto, si se considera que ha de incriminarse la conducta de los falsificadores profesionales, llevaría a diferenciar la intención de engaño en función de que el falsificador quisiera usar él mismo el documento -intención en sentido estricto- o hubiese falsificado el documento para otro sabiendo de manera segura que ese otro lo usaría. Desecha tal posibilidad, tanto por el entendimiento uniforme que ha de tener la locución típica, como por la equivalente lesión del bien jurídico protegido que ambas posibilidades representan, en p. 1892. Y concluye que el término "intención" tiene en el Código un doble sentido, pp. 1893-1895: más amplio -incluyendo el dolo directo de segundo grado- cuando, en casos como la falsedad documental, se trata de reforzar la protección de un determinado bien jurídico adelantando el momento consumativo del delito, y más estricto- que se identifica con el dolo directo de primer grado y para la que propone que se reserve la denominación de delitos de tendencia interna trascendente- en aquellos casos, como muchos delitos patrimoniales, en que de lo que se trata es de una limitación en la protección del bien jurídico protegido. Conforme con los argumentos manejados por este último, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nms. 198 y 199.

⁴⁵⁶De esta opinión, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 187; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1148, nm. 24 OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 365; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Stragesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 94.

documental imprudente por parte del funcionario, que difícilmente podría hacerse conciliable con un tipo subjetivo de carácter marcadamente anímico, ello con independencia de los problemas que la admisión del ilícito falsario imprudente pueda plantear aun sin asumir la existencia de dicho elemento subjetivo del tipo⁴⁵⁷. En tercer lugar, porque al desarrollar el concepto penal de falsedad ya se advirtió, dentro del tipo objetivo, la necesidad de que el documento fuese idóneo para el engaño en el tráfico jurídico. Este aspecto sí debe ser abarcado por el dolo, pero sin necesidad de que se integre como elemento de tendencia interna separado del mismo⁴⁵⁸. Por último, y más importante, porque el tipo objetivo de la falsedad documental, según la opción aquí asumida, no se agota con la mera confección del documento falso, sino que requiere también la introducción del producto en el tráfico jurídico. Siendo que el momento consumativo está cronológicamente mucho más cercano al engaño -que en muchas ocasiones se producirá instantáneamente- no se ve la necesidad de configurar como elemento subjetivo del injusto trascendente aquello que puede abarcarse con el mismo dolo, al constituir parte del tipo objetivo. Esto es, la exigencia de un elemento de tendencia interna trascendente como el mencionado viene propiciada en el Derecho penal alemán por la reforma de 1943, que acaba con la naturaleza de delito de dos actos de la falsedad documental -ya no es necesario el uso para la consumación-. En tanto, según se desprende de los argumentos desarrollados en el apartado dedicado al *iter criminis*, la falsedad de los arts. 390 y 392 CP se consume con el uso, desaparece la necesidad de construir dicho elemento subjetivo del tipo⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷Las dificultades en este orden son fácilmente constatables en las tesis planteadas por autores, como VARGAS CABRERA, *La culpabilidad en las falsedades documentales. Incriminación a título de imprudencia*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p.234-241 y 265, quien considera que en el delito de falsedad documental, además de la consciencia de que se está alterando la verdad, es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto implícito -derivado del término "cometer falsedad"- consistente en la intención de engañar o de inducir a error en el tráfico jurídico. Para este autor, la acción típica falsaria incorpora no sólo el elemento anímico genérico de la consciente alteración de la verdad, sino también el específico de la intención de engañar en el tráfico jurídico, que es un verdadero elemento subjetivo del injusto típico. En distinto sentido BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., pp. 332 y ss, quien, a pesar de exigir, junto al dolo propio de la falsedad, la intención de engañar en el tráfico jurídico, no ve en ello escollo alguno (sic) para admitir la falsedad imprudente.

⁴⁵⁸Conviene al respecto remarcar que la doctrina alemana mayoritaria no incluye en el tipo objetivo dicha necesidad, de ahí que el tipo subjetivo tenga una gran importancia en este ámbito a los efectos de limitar el abanico de conductas típicas. Distinta es la situación en nuestro Ordenamiento Jurídico, en que, al describir las modalidades falsarias, el art. 390.1.2º exige que la simulación se haga "de manera que induzca a error sobre su autenticidad". En sintonía con lo que se acaba de exponer GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 360-361, afirma que puede observarse una doble faceta del engaño: "que la conducta falsaria sea objetivamente idónea para causar error y que sea necesario que el sujeto quiera efectivamente inducir a error". Para esta autora, pp. 361-363, existe aún otro peligro en la consideración de la intención de engañar como elemento subjetivo del tipo separado del dolo, que consiste en la confusión del error con la perturbación del tráfico, con lo que en el contenido del dolo se incluiría la consciencia de antijuricidad, tratándose como *dolus malus* -desde una perspectiva causalista- inconciliable con la finalista por ella asumida.

⁴⁵⁹En tal sentido, resultan clarificadoras las palabras de STEHLING, *Die Urkundenfälschung*, op. cit., p. 89, en que afirma "si como uso entendemos el uso adecuado para engañar en el tráfico con un medio de engaño, el dolo ha encontrado su expresión externa en la modalidad de uso. En contraposición, no se acomodan en la producción del documento la acción externa y la voluntad de engaño". También en p. 261, en que dice que en la modalidad de producción del documento inauténtico del § 267 StGB, si se quieren adelantar a este momento las barreras de protección penal, se ha de exigir la concurrencia del elemento subjetivo del engaño que trasciende a la conducta objetiva,

Por la misma razón -por consumación de la falsedad documental en el momento en que el autor se desprende del documento-, no puede asumirse tampoco la opinión de aquellos autores que, junto al dolo propio de la falsedad, incluyen un elemento subjetivo del injusto consistente en la voluntad de usar el documento en el tráfico jurídico⁴⁶⁰.

2.1.3- Conclusiones: posición personal acerca del contenido del dolo en este delito

En las líneas precedentes han sido analizadas las opciones genéricas en orden a la configuración del tipo subjetivo en el delito de falsedad en documento público, oficial y merantil. Ya se ha advertido que tanto aquellas de carácter formal, que consideran suficiente el conocimiento y voluntad de la acción falsaria para la concurrencia del dolo, cuanto aquellas de carácter finalístico no resultan asumibles. Las primeras por trasladar también al tipo subjetivo una visión formalista del delito. Las segundas ya por no conseguir determinar un objeto del dolo autónomo del delito de falsedad, ya por exigir la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto no conciliable con la regulación del delito en el Código penal español, no resultan tampoco asumibles.

Ninguna de las posiciones extremas apuntadas es capaz de explicar con suficiente claridad el dolo propio de la falsedad documental, razón que explica -sin entrar ahora en la admisibilidad de la falsedad imprudente- que gran cantidad de autores hayan asumido una posición intermedia. Existe un no desdeñable sector doctrinal que, sin conformarse con la mera consciencia de realización de la

mientras en el uso del documento inauténtico “como se trata de esa intención de engaño, se ha de renunciar a esta característica (intención), pues aquí el dolo encuentra en el tipo objetivo su expresión”. En parecido sentido. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, op. cit., 754, quienes, a pesar de considerar que tanto en la falsificación como en el uso ha de darse la intención de engaño, consideran que “tal intención vale en la primera parte de la acción (falsedad) también como móvil; mientras en la segunda parte vale como dolo sólo la consciencia”.

⁴⁶⁰En tal sentido, en Italia, AMATO, *Osservazioni in tema di evento e di dolo: in particolare per quanto concerne i reati di falso*, op. cit., pp. 724 y 725, para quien cuando el delito de falsedad respectivo exige la puesta en circulación del documento falso, el dolo consiste en la consciencia y voluntad de una cierta situación que se sabe existente, como consecuencia de una actividad propia, una situación de no genuinidad o no veracidad atinente a un objeto puesto en circulación o usado e idóneo para el engaño de terceros; mientras en los casos en que no se necesita el uso para la consumación, es requerido un dolo específico, que supone el fin del agente de poner en circulación o usar del documento. En España, BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 347; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 367; MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, *Manual de Derecho penal (parte especial) III*, op. cit., p. 483, quienes, de forma no tan terminante como los anteriores, afirman “es necesaria la ejecución dolosa por exigencia de un dolo falsario que, en principio, consideramos que toda falsedad lleva implícita. Está compuesto por la voluntad general de delinquir y el ánimo de utilizar la cosa como auténtica”. En el mismo sentido aquí apuntado, QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 519, para quien el dolo del delito de falsedad, abarca, además, el deseo de introducir el documento en el flujo social, aunque con ello no se trata de añadir un nuevo y especial elemento subjetivo del injusto, sino de subrayar que estamos ante la forma plástica del dolo en la falsedad documental, en que se trata de conocer y querer una falsedad en tanto que alteración del tráfico jurídico; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 322, para quien tampoco puede admitirse la exigencia de dicha intención, aunque considera que las falsedades se consuman con la *editio falsi*. En la doctrina latinoamericana, PABÓN GÓMEZ, *El tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública*, op. cit., *passim*, para quien el destino finalístico de los medios probatorios al tráfico jurídico ha de analizarse antes de entrar a considerar otras posibles finalidades, como las de producir engaño o la de perjudicar al alguien.

actividad falsaria, no llega, sin embargo, a exigir la concurrencia de un determinado elemento subjetivo del injusto en las falsedades. Dichas opciones que, en esencia, conciden con la que aquí se defenderá, exigen para el dolo en la falsedad, además de la consciencia de la *immutatio veri*, bien la consciencia de la alteración de una situación probatoria determinada⁴⁶¹, bien la consciencia de la idoneidad al engaño del objeto falsificado⁴⁶². En puridad, tales tesis no presentan diferencias sustanciales, desde el momento en que para dotar de contenido al dolo en la falsedad atienden al bien jurídico protegido y a la necesaria vocación al tráfico de todo documento como elemento conformador del delito. Que para definir la trascendencia del documento falso en el tráfico se atienda a su condición de prueba o al engaño que la prueba -en tanto es prueba- puede ocasionar a terceros, no supone una variación esencial, pues la creación de una situación probatoria falsa no es más que una forma específica de engaño producida por un medio determinado.

⁴⁶¹En tal sentido, DINACCI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 180, para quien ha de existir consciencia de alteración de la verdad, pero no de cualquier aspecto de la verdad, sino de aquella verdad en función de la cual el objeto existía antes de la falsificación y que el sujeto agente debe haber querido alterar, sabiendo que con la continuación de la conducta la realidad probatoria ínsita en el documento habría sido, por lo menos, perjudicada. En los mismos términos, CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., p. 371. En parecido sentido, QUINTERO OLIVARES, *Sobre la falsedad en documento privado*, op. cit., p. 40, que exige para el dolo en la falsedad la finalidad de creación de un falso medio de prueba.

⁴⁶²En tal sentido, DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., pp. 48-49, para quien el dolo en el delito de falsedad incluye la voluntad de engaño, que significa el conocimiento del agente de turbar el tráfico jurídico, la consciencia del valor del documento y la consciencia de una concreta y específica agresión o turbación del bien jurídico; MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 494, para quien el dolo en la falsedad se define como la previsión y la voluntad de producir un engaño sobre una determinada situación jurídica que tiene eficacia respecto al contenido del documento como consecuencia de una voluntad consciente y voluntariamente cometida en un documento público; DE MARISCO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 598-599, para quien el engaño en el tipo subjetivo en la falsedad implica un doble momento intelectual del dolo, la consciencia de la conducta y del peligro, que define como "la consciente voluntad de crear una falsa situación documental o de alterar una situación documental preexistente, con la consciencia del peligro que se crea para el normal desarrollo del tráfico jurídico", para lo que basta con que el autor sepa que la situación que surgirá del documento tenga o pueda tener relevancia para la esfera jurídica; más claramente acerca de la necesidad de la consciencia de engaño, DE MARISCO, *Il dolo nei reati di falsità in atti*, op. cit., p. 444; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 407, para quienes lo esencial para el dolo del delito es que el agente sea consciente de que provoca una modificación dotada de relevancia jurídica y potencialmente idónea para engañar en el tráfico jurídico; FOSCHINI, *Rilevanza penale del mandato a sottoscrivere*, op. cit., pp. 465-466; FIORE, *Il falso autorizzato non punibile*, p. 326, aun cuando la opinión de este último autor se encuentra muy próxima a la de la doctrina alemana mayoritaria; PABÓN GÓMEZ, *El tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública*, op. cit., pp. 31 y 49-51, si bien sin posicionarse acerca de si el engaño es parte integrante del dolo o constituye un elemento subjetivo del tipo separado del mismo. En España, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 364-365, para quien lo más acertado es considerar incluida en el dolo la consciencia segura de que puede tener lugar la provocación del error en terceros, desde el momento en que sea usado el documento en el tráfico jurídico; en parecidos términos, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 322, quien exige que se actúe con conocimiento y voluntad de que el documento falso es capaz de inducir a error, de ser tenido por auténtico o verdadero en el tráfico jurídico, y de que puede desplegar sus efectos en cuanto medio de prueba y dar lugar a que las relaciones jurídicas se conformen de acuerdo con la falsa situación probatoria creada; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 796.

Según lo expuesto al inicio de este espígrafe sobre el concepto genérico del dolo, para el mismo es necesario el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y su volición, en el sentido de que el autor, a pesar de ser consciente del peligro que su conducta entraña para el bien jurídico, decide continuar con el desarrollo de su plan. Trasladando dicho esquema general a la falsedad, nos encontramos con que el autor ha de tener conocimiento de que su conducta produce -o crea- un objeto con apariencia de documento público, oficial o mercantil, y que la misma se desarrolla en una de las formas que describe el artículo 390 CP. Ha de saber que afecta a una o varias de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico. No es necesario que el autor conozca con detalle las características técnico-jurídicas del concepto de documento; tratándose de un concepto normativo, bastará con que sepa que opera sobre una declaración de pensamiento humana y con autor determinado plasmada sobre un soporte material⁴⁶³. Junto a estos extremos, cuando de la falsedad específica de funcionario se trate, el autor deberá ser conocedor de que actúa en su condición de funcionario y sobre uno de aquellos documentos que en tal condición puede emitir.

Conocidos todos estos extremos, en tanto en cuanto la capacidad del documento para inducir a error en el tráfico jurídico forma parte del tipo objetivo del delito de falsedad, el autor debe ser consciente de que la maniobra operada en el documento tiene virtualidad para engañar a las personas que toman parte en dicho tráfico y, a pesar de este conocimiento, ha de decidirse a actuar, decidirse a introducir el documento en el tráfico jurídico. No es así necesario que el autor se dirija tendencialmente a engañar en el tráfico o a inducir a error a una determinada persona. Tomar en consideración la idoneidad al engaño y, aún así, actuar, no constituye más que la aplicación a la falsedad de la teoría general de los elementos básicos del dolo -cuya forma más débil es el dolo eventual-. Si además de decidirse en contra del bien jurídico aun a consciencia de la peligrosidad de la acción, el autor persigue directamente ese resultado o lo asume como consecuencia necesaria de su actividad con ello no añade nada al grado de conocimiento y volición básicos para poder admitir la concurrencia de dolo. De ahí que en el delito quepan tanto las formas de dolo directo de primero y segundo grado, cuanto la de dolo eventual⁴⁶⁴ -cabe imaginar el supuesto en que el autor firma un documento con

⁴⁶³Es suficiente, como admite la doctrina mayoritaria, para el conocimiento de los elementos normativos del tipo con la "valoración paralela en la esfera del profano". En concreto, para el concepto de documento en la falsedad documental, vid. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 84; SAMSON, *Grundprobleme der Urkundenfälschung*, op. cit., p. 376; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2027, nm. 83; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 173, nm. 24; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 151, nm. 72; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, op. cit., p. 365; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 189, nm. 501; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 103; MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 87. En distinto sentido, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 95, para quien los términos declaración o documento no son conceptos normativos, aun cuando advierte, como el resto de autores, que en la falsedad documental se producen problemas de deslinde entre el error de tipo y el de prohibición.

⁴⁶⁴Además de la opinión favorable a la admisión del dolo eventual en este delito por parte de NUÑEZ CASTAÑO y la no admisión por GARCÍA CANTIZANO, a pesar de considerar que la lesión al bien jurídico es igualmente grave independientemente del grado de intensidad con que se persiga la obtención del resultado, ya citadas -vid. supra nota. 422- existen otras opiniones en la doctrina favorables y contrarias a la admisión del dolo eventual en este delito. Se muestran favorables a su admisión, CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., p. 524; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 258, en que admite que el mismo se produce en aquellos casos en que representándose el sujeto como probable la incidencia de su actuación en el ámbito de las relaciones jurídicas mediante la ejecución de

el nombre de otro a pesar de no estar seguro de si ese otro lo ha apoderado para firmar ese documento y lo introduce en el tráfico jurídico⁴⁶⁵.

Ahora bien, el autor debe ser consciente de que introduce el documento en el "tráfico jurídico", en un ámbito relacional en el que el mismo pueda producir efectos jurídicos. Ha de saber que el documento puede desencadenar reacciones jurídicamente relevantes de terceras personas⁴⁶⁶, sin que baste su mera operatividad en el ámbito social. Por tal razón, difícilmente podrá admitirse la existencia de falsedad documental en aquellos supuestos en que una persona falsifica un boletín de notas para presentárselo a sus padres, a los efectos de evitar un castigo. Si tal falsedad puede considerarse atípica por ausencia de dolo, más fácil será afirmar la atipicidad de la falsedad en aquellos casos en que la misma se comete por mero afán coleccionista o a los efectos de instruir a otra persona en la confección de determinado tipo de documentos -ejemplo del profesor que explica a sus alumnos cómo rellenar una letra de cambio-. En la mayoría de ocasiones, ni siquiera se habrá perfeccionado el tipo objetivo -pues los documentos no han sido introducidos en el tráfico-, y aunque así fuera, difícilmente el dolo del autor abarcará tal extremo⁴⁶⁷. Lo mismo puede decirse del supuesto de falsificación de una carta

la falsedad, actúa aun a pesar de tal representación, advirtiendo que en estos casos debería rebajarse la pena en aras al principio de proporcionalidad (sic); MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 239; CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contra la)*, op. cit., p. 180; LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1067. Contrarios a su incriminación se muestran, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 155, sobre la base de que el dolo eventual resulta difícilmente conciliable con el dolo de peligro, lo que resulta poco coherente con su defensa de la incriminación de la falsedad imprudente. En Alemania, las reticencias a la admisión del dolo eventual en la falsedad prevista en el § 267 StGB, se invierten, admitiéndose generalizadamente el dolo eventual en los supuestos de falsa documentación de funcionario, previstos en el § 348 StGB, que no prevé un elemento subjetivo del injusto expreso, cfr. PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 348, nm. 26; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., p. 1366, nm. 10; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 348, nm. 21. DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1633, nm. 9; ARTZ/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 217, nm. 600; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 113; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., p. 2314, nm. 13.

⁴⁶⁵En tal sentido PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 94.

⁴⁶⁶Aún cuando ya en el propio concepto de documento, por mor de lo establecido en el art. 26 CP, ha de tenerse en cuenta la necesidad de relevancia jurídica, lo cierto es que la misma gana además operatividad en la configuración del dolo propio del delito. En este sentido, KIENAPFEL, *Urkunden und andere Gewährschaftsträger*, op. cit., pp. 190-192 y 202, quien no admite dentro del concepto de documento la relevancia jurídica, pero considera que la misma tiene importancia en orden a determinar la intención de engaño a que se refiere el § 267 StGB, en tanto en cuanto el agente ha de actuar para inducir al engañado a la realización de un comportamiento jurídicamente relevante.

⁴⁶⁷Es mayoritaria en la doctrina la opinión que excluye la tipicidad de este tipo de falsedades, denominadas falsedades con *animus ludendi* -así como de las realizadas con *animus iocandi*-, si bien no como aquí, considerando ya excluido el tipo objetivo, sino por ausencia del dolo propio de la falsedad. Cfr., por todos, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 579; ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., p. 177. En parecido sentido al aquí apuntado MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 87, para quien si ya bajo el aspecto objetivo podría excluirse la destinación a la prueba de un documento con firma falsa para demostrar la habilidad del calígrafo, se excluye necesariamente la posibilidad de que se considere el documento así falsificado como destinable a la prueba de la formación, modificación o extinción de derechos y deberes y, con ello, un requisito del dolo. Existen incluso autores, como OETKER, *Zur Urkundenlehre im Strafrecht*, op. cit., p. 37, que niegan la cualidad de

del médico para tranquilizar al amigo que padece una grave enfermedad, en que el dolo no abarcará la introducción del documento en un ámbito relacional en el que desempeñe una determinada relevancia jurídica⁴⁶⁸.

Sin embargo, la exclusión del dolo en este tipo de falsedades no ha de confundirse con la consideración de los móviles en orden a la conformación del dolo en la falsedad documental⁴⁶⁹. Esto es, si el dolo propio de la falsedad documental supone el conocimiento y voluntad de la introducción de un documento con sus funciones alteradas en el “tráfico jurídico”, con previsibilidad del engaño acerca de la misma funcionalidad, habrá de excluirse el dolo -e incluso en ocasiones el mismo tipo objetivo- en aquellos supuestos en que el agente no pretenda introducir el documento en un ámbito relacional con sentido jurídico, sino sólo en el ámbito de una relación intersubjetiva de carácter social. La exclusión del dolo no tiene entonces nada que ver con su exclusión por consideración a cuestiones ajenas a la decisión contra el bien jurídico conociendo todos los elementos de la parte objetiva del tipo. No cabrá, pues, negar la concurrencia del dolo por razón de que el agente persiga una finalidad supuestamente altruísta con la falsedad, como había hecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aquellos casos en que se reconocía como hijo legítimo a uno que no lo era en el Registro Civil⁴⁷⁰. Sólo tienen virtualidad atenuatoria o de exclusión de la pena aquellos “móviles” con valoración jurídica positiva que conformen el tipo subjetivo de una

documento, por ausencia de voluntad de fijación de la declaración (sic), en casos de redacción de un escrito con finalidad de gastar una broma o de instrucción o como mero modelo.

⁴⁶⁸En tal supuesto NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p.126, afirma que con la exclusión de la tipicidad, el fin de ventaja o daño asume el rol de un elemento impeditivo, más que constitutivo, en la estructura del tipo criminal.

⁴⁶⁹Consideran que el móvil del agente ha de desligarse del dolo en la falsedad documental, entre otros, CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, op. cit., pp. 382-383, según quien no importa que el móvil sea egoísta o altruísta, pues no ha de confundirse éste con el dolo del delito; ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 180-181, según quien no se excluye el dolo por razón de que un individuo falsifique un documento para defender su honor, aun cuando admite la exclusión del dolo en este delito en cuanto no haya intención de dañar (sic); CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 359 y ss.; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 801; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 471 y ss, quien critica la doctrina del delito de falsedad como delito causal -y la diferencia, en general, entre delito causal y formal- sobre la base de la separación entre el dolo y los móviles; GRANATA, *Falso in atto pubblico e responsabilità penale dei notai*, en *La Giustizia Penale*, parte seconda, 1952, p. 398, si bien no descarta completamente su consideración con finalidades de atenuación de la pena. Por contra, VILLANUEVA SANTAMARÍA, *El dolo en el delito de falsedad*, op. cit., p. 215, según quien el móvil debe formar parte del dolo en los delitos de falsedad.

⁴⁷⁰CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t. II (parte especial)*, vol. 1º, op. cit., p. 271, quien no se muestra conforme con estas decisiones del Tribunal Supremo partiendo de la consideración de que los móviles no pueden excluir el dolo del delito; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 487, en que afirma que tales supuestos son, sin duda alguna, delitos de falsedad dolosos; DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 97 y 98, quien, en relación con el conocido caso de la “peinadora madrileña”, manifestó su desacuerdo con la decisión del Tribunal, que consideró los hechos constitutivos de delito imprudente, aun cuando reconoció la justicia material de la decisión, habida cuenta de que cuando se vió el caso aún no había sido introducido en el Código penal el art. 318, que preveía la rebaja facultativa de la pena en uno o dos grados. Critica también la confusión de la jurisprudencia entre móviles y dolo falsario, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 170.

causa de justificación o que puedan suponer la aplicación de una circunstancia atenuante⁴⁷¹.

Íntimamente relacionada con esta cuestión se encuentra la de la llamada falsedad veraz. Esto es, el supuesto que objetivamente cumple el tipo del delito de falsedad, pero que presupone la adecuación del contenido del documento a la verdad objetiva. No son unívocos los casos que cabe incluir bajo esta denominación, pues con el fin de adecuar un documento a la realidad objetiva cabe la comisión de distintas modalidades de las previstas en el art. 390 CP. Piénsese en el caso en que el deudor, que ha pagado ya la deuda, confecciona un recibo de pago en nombre del acreedor, o el Notario que, siendo consciente de que uno de los comparecientes no se adecúa en su declaración a la verdad, documenta la declaración de éste de forma distinta a cómo ha acaecido, o aquél en que el autor del documento, siendo posteriormente consciente de que ha incurrido en un error, modifica algún extremo de lo documentado. Ya se advirtió, en relación con este último caso, cómo la alteración de documento por parte del propio librador sólo es objetivamente típica en tanto en cuanto se efectuara tras haber sido el documento introducido en el tráfico jurídico, por lo que sólo en tales supuestos habrá de plantearse la presencia de dolo a los efectos de excluir la tipicidad subjetiva de la conducta. En relación con los demás supuestos, no cabe excluir la tipicidad objetiva, de mantener, como aquí se hace, que falsedad no es contrariedad a la verdad, sino afección a las funciones que el documento desarrolla. Ni siquiera cabrá, en algunos de los casos, excluir el dolo propio de la falsedad -por lo menos eventual-, en tanto el sujeto conozca los elementos del tipo objetivo y, previendo la posible afección del bien jurídico, decida actuar⁴⁷². Sin embargo, habrá que

⁴⁷¹En tal sentido, PABÓN GÓMEZ, *El tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública*, op. cit., pp. 42-43, para quien, a pesar de que los procesos motivacionales pueden influir en el dolo, “la importancia de establecer las causas motivacionales de la conducta humana en general y de la particular delictuosa radica en poder determinar si esa causa obedece a funciones racionales o a funciones extrarracionales, pues, dependiendo de una u otra situación, variará el tratamiento penal que deba aplicarse”. De forma tal, tratándose de móviles no recogidos y valorados por el Derecho penal, el delito de falsedad se configura cuando se trate de móviles que obedecen a funciones racionales. Semejante opinión puede verse en las palabras de MIRTO, *Falsità in atti*, op. cit., p. 474, nota 23, en que afirma “el legislador ya tiene en cuenta las causas al tipificar los delitos, aun cuando no modifiquen el hecho, pues fuera de las causas discriminantes ningún otro tipo de causas tiene eficacia para acabar con la naturaleza de delito del hecho”.

⁴⁷²La problemática de la falsedad veraz ha tenido en la doctrina italiana una especial trascendencia, por razón de que el Código penal italiano de 1989, en su art. 282, preveía una rebaja para estos supuestos, al respecto vid. MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., p. 475; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 802; CARNELUTTI, *Teoria del falso*, op. cit., p. 36, quien ni siquiera en tales supuestos excluye siempre la *causa fraudis*; CATELANI, *I delitti di falso*, op. cit., p. 36, quien no excluye el dolo propio de la falsedad, siguiendo a la jurisprudencia, en aquellos supuestos en que se modifican, para adecuarlos a la realidad, documentos públicos tras su formación. En sentido contrario, DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, op. cit., p. 59 y 60, para quien “punir a quien no es consciente de la ilicitud de la conducta equivale a negar cuanto se ha dicho, obstaculizando el libre desenvolvimiento de la persona humana”, coherentemente con su opinión, que incluye dentro del dolo propio de la falsedad la conciencia de antijuricidad, conceptuándolo como *dolus malus* (sic); GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, op. cit., p. 136, según quien en la falsedad cometida para probar un hecho veraz existe la misma *iniuria* que en la falsedad dirigida a probar algo falso, aun cuando se trate de una injusticia sólo en sentido instrumental, que deriva sólo del medio usado para conseguirla, y que se diferencia de aquella injusticia existente en las hipótesis ordinarias de falsedad, donde el agente se propone provocar una ventaja en sí y por sí ilícita; CANTARANO, *Le falsità documentali nella giurisprudenza*, op. cit., p. 219, para quien no existe conciencia de la inmutación de la verdad en los casos en que el funcionario público, al redactar el documento, ha omitido declaraciones ante él efectuadas teniéndolas erróneamente por ficticias; NAPPI, *Falso e*

examinar en cada caso la posible concurrencia de un error, que en la mayoría de supuestos tendrá la virtualidad de excluir o disminuir la culpabilidad.

Que la falsedad documental no requiere ningún elemento subjetivo del injusto separado del dolo propio del delito y que trascienda a la realización del tipo objetivo está claro cuando el delito se consuma, esto es, cuando el documento se introduce en el tráfico jurídico con consciencia de su idoneidad para inducir a engaño sobre hechos con relevancia jurídica. No puede compartirse, pues, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que tildaba al “dolo falsario” de elemento subjetivo del tipo⁴⁷³ -a veces incluso sin introducir un elemento anímico específico-. La utilización de tal denominación es técnicamente incorrecta para describir el contenido del dolo en un determinado delito, y esencialmente contradictoria con la admisión de la falsedad imprudente por parte de la jurisprudencia, razones que han favorecido su abandono por el alto Tribunal⁴⁷⁴. No

legge penale, op. cit., p. 125, quien se muestra conforme en no excluir tampoco en estos casos el delito. La doctrina alemana, en los escasos supuestos en que se ha planteado esta cuestión como problemática, no excluye el dolo propio de la falsedad, vid. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., p. 625, quien admite la comisión del delito en el caso en que se confeccione un recibo falso sobre una deuda ya pagada; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 87, en que admite el dolo tanto en el caso en que se confecciona un recibo falso para probar algo verdadero, como aquel en que se corrige la declaración inveraz de otro; BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., pp. 103-104; OTTO, *Die Probleme der Urkundenfälschung (§ 267) in der neueren Rechtsprechung und Lehre*, op. cit., p. 770, para quien es irrelevante que el contenido del documento sea verdadero, siempre y cuando sea inauténtico.

⁴⁷³Cfr. SsTS, 19 diciembre 1985 (RJ 6350), que identifica el dolo falsario con el elemento subjetivo del injusto representado por el conocimiento de que se altera la verdad y la voluntad consciente de la ilicitud que ello supone; 6 febrero 1986 (RJ 569) en el mismo sentido; 30 mayo 1987 (RJ 4058) en que se define el dolo falsario como el ánimo o propósito específico, o la paladina intención de crear o contribuir a la creación de un documento cuyo texto no responde a la verdad, pretendiendo con ello unas veces perjudicar a terceros y otras formar un pseudo medio probatorio con el cual atentar a la fe pública y contra la fiabilidad y confianza que dimana de estos instrumentos; 27 mayo 1988 (RJ 3849); 11 febrero 1991 (RJ 997) que denomina al dolo falsario “elemento subjetivo del injusto” y lo caracteriza como el conocimiento de que se altera la verdad genuina y la voluntad real de alterarla “con consciencia de su ilicitud”; 10 junio 1991 (RJ 4549) que se refiere al dolo propio del delito como “ánimo falsario”; 20 septiembre 1991 (RJ 6512) en que el elemento subjetivo del injusto o dolo falsario se define como el conocimiento de que se altera la verdad y la voluntad de alterarla, con conciencia de su ilicitud, en el sentido de trastornar los efectos del documento, la idea o propuesta de que pase por auténtico en el tráfico jurídico; 16 octubre 1991 (RJ 7287) en el mismo sentido; 7 abril 1992 (RJ 2866) para la que el dolo falsario constituye un elemento subjetivo del injusto consistente en la “intención maliciosa a través de la cual se persigue una finalidad ilegal o inmoral”; 29 mayo 1993 (RJ 4288) para la que el dolo falsario tiene el carácter de elemento tendencial o teleológico que lo convierte en un elemento subjetivo del injusto; 19 julio 1993 (RJ 6307) en el mismo sentido; 26 octubre 1993 (RJ 7961) según la cual el dolo falsario es un “verdadero” elemento subjetivo del injusto, que debe hallarse constituido por el conocimiento de que se cambia la verdad genuina y por la voluntad real de alterarla con conciencia de su ilicitud, para trastocar así los efectos del documento, haciéndolo pasar por auténtico en el tráfico jurídico; 31 marzo 1997 (RJ 2815); 12 junio 1997 (RJ 4891); 20 febrero 1998 (RJ 1181); 31 marzo 1998 (RJ 2963); 26 mayo 1998 (RJ 4995); 8 junio 1998 (RJ 5155).

⁴⁷⁴Cfr. SsTS 18 octubre 1994 (RJ 8026) para la que el llamado “dolo falsario” no es un elemento subjetivo del injusto, sino la aplicación a las falsedades del dolo como elemento genérico de todos los delitos dolosos y que consiste en el conocimiento y voluntad de realizar la correspondiente conducta típica, esto es, la conciencia y voluntad de que se está alterando la verdad de alguna de las formas concretas recogidas en el art. 302 CP de 1973, habiéndose además de conocer y querer el que el documento tenga aptitud de producir un trastorno en el tráfico jurídico; 15 noviembre 1994 (RJ 9012) en el mismo sentido; 31 diciembre 1996 (RJ 9666) para la que el dolo falsario no tiene ninguna diferencia

obstante, que en los supuestos de consumación la representación subjetiva del autor coincida con la conducta objetivamente desarrollada no significa que esto mismo pueda afirmarse en aquellos otros en que la conducta se interrumpa en el momento de concluirse la confección del documento falso -sin que el autor haya llegado aún a desprenderse de él-. En tales supuestos, que representan formas de imperfecta ejecución, sí será necesario el ánimo de introducir el documento en el tráfico, por lo que difícilmente será admisible en ellos el dolo eventual, aun cuando quepa concebir su comisión tanto con dolo directo de primero como de segundo grado en relación, por lo menos, con la futura inclusión del documento en el tráfico -ello con independencia de que esta ulterior actividad la lleve a cabo el propio falsificador o un tercero-. Esto es, sólo cabrá admitir en estos casos el dolo eventual en referencia a aquellos elementos típicos que tienen que ver con la actividad falsaria en sí -concepto de documento y modalidades de conducta típica- pero no en relación con el segundo acto -el de introducción en el tráfico-, que ha de ser “perseguido” por el agente, como fin último o como consecuencia necesaria de la meta propuesta.

2.1.4- Ausencia de dolo: el error de tipo. Consideraciones acerca de su deslinde con el error de prohibición en la falsedad

Establecidos los extremos que han de formar parte del objeto del conocimiento necesario para el dolo en la falsedad documental y sobre los que ha de recaer la decisión del sujeto contra el bien jurídico, procede seguidamente determinar qué tratamiento ha de darse a aquellos supuestos en que falta el conocimiento de alguno de estos extremos.

La ausencia de conocimiento de uno de los elementos típicos integra, por definición, un supuesto de error de tipo, que constituye el reverso del dolo. Distinto de este supuesto, para quienes conceptúan el dolo como natural y ubican la conciencia de antijuricidad en la culpabilidad -que aquí se comparte-, es aquél en que el sujeto no yerra sobre la conducta que efectúa, sino sobre el significado jurídico de la misma, que da lugar al llamado error de prohibición, y que conduce a la exclusión o disminución de la culpabilidad⁴⁷⁵.

conceptual con el dolo de cualquier otro delito, y consiste, como en todos los otros casos, en el conocimiento de la idoneidad de la acción para la realización del comportamiento típico. De ahí que en el caso del delito de falsedad, el dolo requiera simplemente el conocimiento de la idoneidad de la acción para alterar la autenticidad del documento, o para confeccionar un documento inauténtico; 3 febrero 1997 (RJ 689) en que se advierte que el dolo falsario no constituye un elemento subjetivo del injusto especial en los delitos de falsedad, sino tan sólo la aplicación a éstos del concepto genérico del dolo.

⁴⁷⁵El tratamiento punitivo distinto que el art. 14 CP -lo mismo que el art. 6 bis a) CP de 1973- otorga al error de tipo y de prohibición vencible -al error de tipo vencible se le aplica la misma pena que al delito imprudente, mientras el error de prohibición vencible supone la rebaja de la pena en uno o dos grados- constituye apoyo para afirmar que el Código penal opta por la teoría de la culpabilidad en el tratamiento del error de prohibición directo. Esto, sin embargo, nada representa en relación con la solución aplicable al error de prohibición inverso, en concreto en los supuestos de error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, que han de tratarse como error de tipo según la teoría limitada de la culpabilidad, y como error de prohibición según la teoría estricta de la culpabilidad. Ello no obstante, ha de tenerse en cuenta que no toda la doctrina ha sido unánime en admitir que el Código penal o los proyectos del mismo (en especial el de 1980) regularan de forma separada ambos tipos de error. En este sentido, vid. BACIGALUPO, *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal de 1980*, en *La Ley*, 1981-1, pp. 919 y ss, en relación con el PrCP de 1980. A pesar del distinto tratamiento penológico de ambos tipos de error en el Código penal, un sector de la doctrina en nuestro país continúa sosteniendo la teoría del dolo también para el error de prohibición, que presupone una concepción del dolo como *dolus malus* incluido en

La distinción entre error de tipo y error de prohibición, sea cual sea la teoría que se asuma para su tratamiento, no plantea problemas cuando la errónea representación del sujeto se refiere a elementos descriptivos del tipo -como el concepto de persona- pues en tales casos las categorías del error de tipo y de prohibición se corresponden con aquellas obsoletas del error de hecho y de derecho -penal o extrapenal-. Sin embargo, los problemas surgen en tanto el error que sufra el agente se refiera a un elemento normativo del tipo o bien a uno de aquellos elementos que se contienen en la descripción típica aunque referidos a la antijuricidad. En los tipos de falsedad documental previstos en los arts. 390 y 392 CP podemos encontrar elementos de las dos clases: cuando el art. 390 CP menciona al funcionario que obra “en ejercicio de sus funciones” incluye, según algunos, un elemento referido a la antijuricidad⁴⁷⁶, si bien se acercaría más al

la culpabilidad. De esta opinión, COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 595 y 611, para quienes el último apartado del art. 14 puede ser entendido conforme a la teoría del dolo si se concibe la atenuación como forma de tratamiento específico de la *culpa iuris* y no como atenuación aplicada al delito doloso; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, op. cit., p. 634, bajo la consideración de que el pfo. 3º del art. 6 bis a) CP de 1973, se refería solamente a causas de justificación putativas, pero no a los errores de prohibición directos; RODRÍGUEZ RAMOS, *Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal*, en *La Ley*, 1980-1, pp. 1072 y ss, en que critica el sistema diferenciador regulativo del error en el art. 20 PrCP de 1980, y se adhiere a la teoría de la culpabilidad por un argumento más de justicia material que técnico, aludiendo a la improdecencia de castigar siempre un comportamiento de cuya ilicitud no sea consciente su autor (sic), salvo aquellos casos en que le sea reprochable su error o ignorancia. En contraposición con esta opinión, la mayoría de la doctrina en nuestro país se muestra conforme con el tratamiento diferenciado de ambos tipos de error, asumiendo la teoría de la culpabilidad, si bien las opiniones difieren en cuanto a la asunción de la misma en su modalidad estricta o limitada. Cfr. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, pp. 115 y ss., en que acoge la teoría estricta de la culpabilidad, aunque, al no existir regulación penal del error en aquellos momentos, propone la punición como delito imprudente del error de prohibición vencible; QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 433 y ss., en que acoge la teoría estricta de la culpabilidad; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 490, en el mismo sentido; BACIGALUPO, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. La Reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol 1º, pp. 77 y ss, de la misma opinión; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 430 y ss., quien asume la teoría restringida de la culpabilidad aun sin aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 559 y ss, quien acoge una posición cercana a la de la teoría restringida de la culpabilidad; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, op. cit., pp. 462, quien, con plena coherencia, dado que asume la teoría de los elementos negativos del tipo, defiende la teoría limitada de la culpabilidad. Interesante es el planteamiento efectuado por MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 43 y ss, quien, tras haber analizado las ventajas e inconvenientes de las teorías tradicionales sobre el tratamiento del error, acaba proponiendo una teoría del error orientada a las consecuencias, desligada de los prejuicios de las analizadas, que tenga en consideración las consecuencias político-criminales, y que, sin asumir todos los postulados de la teoría estricta de la culpabilidad, lo conduce al tratamiento del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación como error de prohibición.

⁴⁷⁶Según BACIGALUPO, en *Comentarios a la Legislación penal*, t. V, vol 1º, p. 66, el concepto de funcionario en todos los delitos de funcionarios constituye un elemento que aparece en la descripción del comportamiento que el legislador realiza pero que se refiere a la antijuricidad. No es en la falsedad propia de funcionario el mero concepto de tal lo que se refiere a la antijuricidad, sino la relación que del tipo se deriva entre el funcionario y el documento que confecciona -según se desprende de la exigencia típica del obrar en ejercicio del cargo-, puesto que es justamente esa conexión entre el funcionario y el documento que emite la que determina el contenido de injusto propio de ese delito. Para

concepto de elemento normativo al haber de completarse según lo establecido por la normativa extrapenal reguladora de cada uno de los tipos de funcionario⁴⁷⁷. También puede considerarse elemento normativo el concepto de documento, así como su condición de público, oficial o mercantil.

El problema fundamental planteado en los casos en que el objeto del error lo constituye uno de tales elementos viene determinado porque el conocimiento de los mismos suele entrañar simultáneamente el de la antijuricidad de la conducta, mientras que su desconocimiento corre parejo a la ausencia de conocimiento de la ilicitud del hecho. Esto es, error sobre el objeto y sobre la valoración del objeto no se diferencian con nitidez. De ahí que para quienes sostienen una distinta ubicación sistemática del dolo natural y del conocimiento de la antijuricidad⁴⁷⁸ se plantea la cuestión de si estos casos han de tratarse conforme al error de tipo o al de prohibición. Obsérvese que tal cuestión no es en absoluto baladí, teniendo en cuenta el sistema de incriminación cerrada de la imprudencia en el actual Código penal.

Considerando que los números 1 y 2 del art. 14 CP disciplinan las consecuencias jurídicas del error de tipo, mientras el núm. 3 hace lo propio con el error de prohibición⁴⁷⁹, el tratamiento que se le otorgue al error sobre un elemento normativo resulta fundamental a la hora de determinar la relevancia penal de la conducta en caso de vencibilidad. Si el error vencible sobre un elemento normativo se trata como de tipo, por mor de este precepto, habrá de aplicársele la pena de la infracción imprudente cuando la misma se halle, a su vez, criminalizada. Por contra, esta limitación en la incriminación no existiría de solventarse por la vía del error de prohibición. Así, el particular que efectúa una falsedad sobre un objeto que tiene la consideración de documento errando sobre tal extremo no realizaría una conducta

GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, p. 143, este elemento típico contenido en el art. 390 CP tiene una doble función: la de ser un elemento integrante de la infracción penal y, al mismo tiempo, constituir un indicio de la antijuricidad.

⁴⁷⁷En virtud de lo expuesto al tratar la cuestión relativa al sujeto activo en el delito de falsedad previsto en el art. 390 CP, la expresión “en el ejercicio de sus funciones” nada indica en relación con la antijuricidad de la conducta del funcionario. Constituye un elemento destinado a delimitar el círculo de posibles sujetos activos, que son aquellos que se encuentran en una determinada relación funcional con el documento, sin prejuzgar acerca del ejercicio correcto o incorrecto de la propia función. Otra cosa sería que el tipo se refiriese a que el funcionario obrara en ejercicio “legítimo” o “ilegítimo” de sus funciones. Ni siquiera en este último supuesto, en opinión de GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 194-195, nos hallaríamos ante un elemento referido a la antijuricidad, pues según él sólo han de recibir esta denominación aquellos que aluden a la ausencia de una causa de justificación (así “el que sin estar legítimamente autorizado”).

⁴⁷⁸No se plantea este problema, por lo menos con tanta trascendencia, en aquel sector doctrinal que ubica el *dolus malus* en el seno de la culpabilidad. Tanto si se trata de error de tipo como de prohibición la vencibilidad del error debería según esta opinión determinar siempre la ausencia de dolo y la posibilidad de incriminación del delito imprudente.

⁴⁷⁹Dicha afirmación se ha comenzado a poner en duda atendiendo a la dicción del art.14.1, según cuyo tenor el error ha de recaer “sobre un hecho constitutivo de la infracción penal”, a diferencia del art. 6 bis a) 1º CP de 1977, que incluía al error “sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal”. La referencia al “hecho”, en vez de al “elemento” de la infracción, podría determinar que no se incluyeran en el tipo los elementos normativos, por lo que podría quedar una zona no cubierta entre el error sobre el “hecho” y sobre la “ilicitud” del mismo. Para atajar este problema, que GIMBERNAT puso de manifiesto en el Prólogo a la edición del CP de la Ed. Tecnos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, p. 254, propone entender incluidos en el término “hecho” también a los elementos normativos del tipo. Tal problema se hace especialmente grave en los elementos normativos, pues, como pone de manifiesto BACIGALUPO, *Problemas del error*, en *La Ley*, 1996-3, p. 1429, dichos elementos no son ni elementos del hecho ni elementos de la ilicitud en sentido estricto.

penalmente relevante si se entiende que ha incurrido en error de tipo vencible, mientras que debería aplicársele la pena prevista en el art. 392 CP, reducida en uno o dos grados, de considerarse que ha incurrido en error de prohibición vencible.

La dificultad en el deslinde entre uno y otro tipo de error en referencia a un elemento normativo ha determinado que las opiniones doctrinales no sean unánimes. Existen opciones proclives a la consideración como error de prohibición⁴⁸⁰, mientras otras lo conciben como error de tipo⁴⁸¹, y no son tampoco desdeñables aquellas que lo tratan diferenciadamente según los supuestos⁴⁸². A

⁴⁸⁰BACIGALUPO, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1º, op. cit., pp. 68 y ss., defiende que el error que recae sobre elementos referidos a la antijuricidad como el relativo a elementos normativos ha de tratarse conforme a las reglas del error de prohibición. En relación con los primeros considera que el error sobre las circunstancias de los elementos especiales de la antijuricidad constituye error sobre el deber o autorización que se deriva de las mismas, aunque el acento de la valoración jurídica ha de ponerse sobre el conocimiento de la antijuricidad, atendiendo a las consecuencias prácticas del tratamiento de uno y otro tipo de error -sobre todo por la posibilidad de participación en el delito cometido con error de prohibición vencible- exigiéndose con ello un mayor cuidado del autor frente a las consecuencias de su acción frente a otras personas. La adopción del tratamiento como error de prohibición en el segundo grupo de casos -elemento normativo- lo fundamenta en que la falsa valoración del elemento por parte del autor no excluye el dolo, al no requerir éste una subsunción técnicamente perfecta. Posteriormente, BACIGALUPO, *Problemas del error*, op. cit., p. 1430, modifica su opinión, al considerar que el error sobre los elementos normativos del tipo, que no puede incluirse estrictamente ni en el error de tipo ni en el de prohibición tal como los describe el actual art. 14 CP, ha de tratarse análogamente al error de tipo -error sobre un hecho integrante de la infracción penal-, sobre la base de que quien padece un error sobre un elemento normativo no tiene el conocimiento de todos los elementos integrantes del tipo; QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 427, considera que el error de tipo que versa sobre un elemento normativo conlleva en el fondo un error de prohibición.

⁴⁸¹En Alemania un sector de la doctrina asume dicho posicionamiento, vid., por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 277, para quien si el autor no ha comprendido el significado de estos elementos normativos o jurídicos falta el dolo, sin que baste con que el autor haya conocido la base fáctica del concepto jurídico. En España, asumen tal posición, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 193-195, para quien tanto los elementos normativos del tipo cuanto aquellos elementos normativos que se refieren a la legalidad o ilegalidad global de la conducta -que para él son auténticos elementos normativos- forman parte del tipo del delito, y deben ser abacados por el dolo del autor, por lo que un error sobre ellos determina la concurrencia de un error de tipo; MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, op. cit., pp. 60 y ss, 117 y ss y 129 y ss, según quien, aun cuando en los errores en relación con estos elementos pueden coincidir error de tipo y de prohibición, habrá que operar según el carácter secuencial de las distintas categorías del delito, que obliga a abordar primero el error de tipo, para una vez solucionado éste, acudir al problema del error de prohibición, por lo que el tratamiento tanto dogmática como político-criminalmente coherente cuando se trata de un elemento que condiciona la tipicidad es el de error de tipo; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 106; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 254 y 554 y 564.

⁴⁸²Es esta teoría la que goza de mayor predicamento en Alemania. Vid., por todos, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. t.I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, op. cit., pp. 462 y ss, para quien el tratamiento como error de tipo o de prohibición depende de las características del elemento: cuando el sentido social de una circunstancia del hecho es comprensible sin conocimiento del concepto jurídico que la caracteriza, las falsas interpretaciones jurídicas dan lugar al error de prohibición, pero cuando una concepción jurídica equivocada vela al sujeto el sentido social de su actuación, entonces nos encontramos ante un error de tipo que excluye el dolo. También le siguen en España, entre otros, BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 429-430, para quien constituye error de tipo el referido a un elemento normativo cuando recae sobre su

pesar de esta diversidad de pareceres, lo cierto es que tanto la condición de funcionario que obra en ejercicio de su cargo cuanto la consideración de documento del objeto sobre el que se opera la acción falsaria forman parte del tipo legal del delito previsto en el art. 390 CP, por lo que su conocimiento, aunque se entienda como valoración paralela en la esfera del profano, es necesario para poder afirmar el dolo. Ello es así, tanto porque se ha de respetar, como apunta MUÑOZ CONDE, la secuencia lógica de las categorías dogmáticas en la teoría jurídica del delito -de forma que sólo habrá que interrogarse acerca de la conciencia de antijuricidad del agente cuando no haya duda sobre la tipicidad de la conducta- cuanto porque una interpretación en distinto sentido entraña el peligro de retorno a la obsoleta distinción entre error de hecho y de derecho. Si el binomio error de tipo y error de prohibición vino a sustituir al de error de hecho y de derecho justamente porque se consideró que también había de formar parte del dolo el conocimiento de elementos normativos del tipo, afirmar -una vez realizada esta operación lógica- que el error acerca de uno de estos elementos constituye error de prohibición supone reducir el error de tipo, de nuevo, al mero conocimiento del sustrato fáctico de la conducta, lo que resulta inadmisibles. Según la teoría orientada a las consecuencias que MUÑOZ CONDE formula, existe un argumento de política-criminal que apoya este posicionamiento, consistente en que no han de verse peor tratados quienes incurrir en error sobre un elemento normativo que quienes lo hacen sobre uno descriptivo. En ambos casos el error vencible habrá de ser sólo punible cuando el hecho sea comisible imprudentemente y también en ambos casos la conducta del partícipe habrá de ser objeto de igual tratamiento punitivo⁴⁸³.

Admitido que el tratamiento más acorde de este grupo de supuestos tanto desde un punto de vista dogmático como político-criminal es el propio del error de tipo, conviene observar las consecuencias de tal conclusión en el ámbito de la falsedad documental⁴⁸⁴. Comencemos por el supuesto en que el funcionario yerra sobre la circunstancia típicamente establecida de estar obrando en ejercicio de sus funciones. Las reglas establecidas para el error de tipo en el art. 14 CP nos llevarían a considerar que la conducta es impune cuando el error sea invencible, y que será inculpa en base al art. 391 CP cuando sea vencible. Sin embargo, que el funcionario sufra error sobre esta circunstancia, no significa que lo sufra sobre todos los demás elementos que forman parte del tipo legal de la falsedad documental del art. 390 CP, y que son comunes con el del delito de falsedad de particular previsto en el art. 392 CP. El dolo del sujeto activo continuará abarcando en tales supuestos la condición de documento del escrito, así como la clase de actividad falsaria desarrollada y la introducción del documento en el tráfico, por lo que sí puede afirmarse la comisión dolosa del tipo previsto en el art. 392 CP. Por falsedad del art. 392 CP podrá, pues, pensarse al funcionario que cree obrar en las mismas condiciones que un particular, máxime teniendo en cuenta que entre ambos

presupuesto, como cuando está referido a su valoración propiamente tal, aunque pasa a ser error de prohibición cuando atañe a la prohibición o a la significación jurídica en el injusto de tal elemento normativo.

⁴⁸³No debemos olvidar, sin embargo, que los argumentos de política-criminal constituyen en ocasiones un arma de doble filo, que puede utilizarse también en perjuicio del reo. En relación con el error sobre un elemento normativo, puede observarse como BACIGALUPO, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol.1º, op. cit., p. 68, había acudido justamente a estos argumentos para favorecer su posicionamiento de que tales casos habían de tratarse como error de prohibición, para evitar con ello la impunidad del autor o del partícipe en los supuestos de vencibilidad.

⁴⁸⁴Ya FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 288, reconoce la posibilidad de que se planteen problemas de diferenciación entre error de tipo y error de prohibición, aunque sin tomar posición al respecto.

preceptos no existe una relación lógica de exclusión. En conclusión, aunque el contenido del injusto del delito previsto en el art. 390 CP constituya un *aliud* -por su mayor gravedad- en relación con el contemplado en el art. 392 CP, a los efectos del error ha de ganar terreno la consideración de que este elemento es de carácter accidental, pues al ser suprimido deja subsistente el completo injusto de la falsedad propia del particular. Al tratarse de elemento accidental, el régimen del error aplicable será el establecido en el art. 14.2 CP para el hecho que califica la infracción, por lo que en todo caso, sea vencible o invencible, habrá de irse al tipo básico -que en este caso es el previsto en el art. 392 CP-⁴⁸⁵. Dicho de otra manera, quien comete la falsedad del art. 390 CP está cometiendo al mismo tiempo la del art. 392 CP. Cuando uno de los elementos de la falsedad propia de funcionario falta, puede acudir al tipo preterido -el art. 392 CP- al solventarse el concurso de normas.

La solución que se propone es la más acorde con el principio de proporcionalidad, al establecer igual penalidad para el funcionario que cree actuar como particular que para el particular o el funcionario que lo hacen en tal condición, sin privilegiar al primero aplicándole la pena del delito imprudente. Ahora bien, dicha solución podrá sostenerse solamente cuando la modalidad comisiva sea una de las previstas en los tres primeros números del art. 390.1 CP. Cuando faltando a la verdad en la narración de los hechos el funcionario yerre sobre la circunstancia de actuar en ejercicio de sus funciones -supuesto realmente difícil de imaginar- no quedará más solución que la impunidad para el error invencible y la aplicación del delito imprudente para el vencible.

Distinto al anteriormente tratado es el supuesto en que funcionario o particular desconocen la consideración de documento del objeto sobre el que operan, puesto que dicho elemento es esencial a cualquier delito de falsedad documental. En tales casos, sólo el funcionario que, actuando en ejercicio de sus funciones, sufre el error podrá ver incriminada su conducta con base en el art. 391 CP cuando el mismo sea vencible, mientras la conducta del particular será siempre impune, habida cuenta de la ausencia de incriminación de la falsedad imprudente del no funcionario⁴⁸⁶. No ha de olvidarse, sin embargo, que la valoración paralela en

⁴⁸⁵Obsérvese que la solución propuesta supone un mayor rigor punitivo que el resultante del tratamiento del error de tipo sobre elemento esencial. Si consideramos que estamos ante un elemento esencial, el error invencible habrá de conducir a la impunidad, mientras para el vencible -art. 391 CP- quedará subsistente la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año. Con la solución aquí propuesta, en ambos casos podría aplicarse al funcionario una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

⁴⁸⁶De esta opinión, MALINVERNI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 87, en que pone como ejemplo de exclusión del dolo el caso de quien para vengarse de la ofensa que otro le profirió incendia la casa de éste sin pensar que en ella se encuentra un testamento ológrado, cometiendo entonces el delito de incendio, pero no el de destrucción de documento; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, op. cit., § 267, nm. 186, en que pone como ejemplos de ausencia de dolo los supuestos en que una persona falsifica un inventario-borrador para el tráfico interno de la empresa; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 142-143; ya GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 370 y 371, había sostenido esta opinión, poniendo como ejemplo el caso de quien falsifica una partida de nacimiento bajo la consideración de que la misma ya no tiene eficacia jurídica (sic). En sentido contrario, BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., pp. 330-331, considera, sin embargo, que el error sobre el carácter de documento es un mero error de subsunción irrelevante, utilizando como ejemplo el supuesto de quien altera una cifra sobre una cantidad adeudada contenida en una carta personal, que no se considera documento, entendiéndose que bastará para el conocimiento en la esfera del lego con la consciencia de que la modificación de la carta es idónea para el engaño. Distinto es el tratamiento otorgado a estos casos por un sector de la doctrina alemana, que los califica

la esfera del profano acerca del concepto de documento implica tan sólo el conocimiento de que se trata de una declaración de pensamiento de una persona determinada fijada sobre un soporte perdurable. No es necesario que el sujeto conozca exactamente la validez jurídica del escrito, puesto que éste es un tema que ni siquiera desde un punto de vista jurídico ha sido completamente resuelto. Lo esencial será la consciencia de la virtualidad del documento para la utilización como prueba en el tráfico jurídico. De ahí que el conocimiento del concepto de documento esté íntimamente ligado con la consciencia de la idoneidad para el engaño de la actividad falsaria desarrollada, más que con la relevancia jurídica del documento en sí. Resulta difícil afirmar la existencia de error de tipo, por ejemplo, cuando el autor altera un documento informático y alega creer que sólo constituyen documento los cartáceos, o cuando hace lo propio con una grabación contenida en una cinta magnetofónica cuyo autor resulta reconocible.

Para el dolo propio de la falsedad en documento público, oficial o mercantil no basta con que el autor conozca la condición de documento del objeto, sino que es además preciso que sepa que el mismo es de una de aquellas clases. También en este supuesto será suficiente la valoración paralela en la esfera del profano y, del mismo modo, el desconocimiento sobre tal circunstancia deberá determinar el tratamiento como error de tipo⁴⁸⁷. Ahora bien, volvemos a encontrarnos en este supuesto con que el sujeto que falsifica un documento, desconociendo que su falsificación está especialmente protegida por el Derecho penal, no deja de ser consciente de estar alterando la funcionalidad de un documento -aun cuando lo considere privado-. Por tal razón, a los efectos de evitar la impunidad de una acción que puede tener el mismo contenido doloso que la falsedad en documento privado, cabrá acudir al art. 395 CP, por lo menos cuando el sujeto activo sea un particular, tratando el supuesto como un error sobre elemento no esencial de la infracción, siempre y cuando concurra el ánimo de perjudicar que el tipo exige. Menos problemas plantea este supuesto cuando quien sufre el error sobre la clase de documento es un funcionario, en que cabe acudir al art. 391 CP en caso de vencibilidad -al subsistir la imprudencia en relación a la clase de documento- y siempre también al art. 395 CP en el supuesto de invencibilidad, en que, aun cuando no haya ni dolo ni imprudencia en relación con la clase especial de documento, subsiste el dolo de estar alterando la funcionalidad del género "documento".

Que la idoneidad para engaño -y consiguiente error- forma parte del tipo legal de la falsedad documental es un extremo que en este trabajo no se pone en duda, por lo que también como error de tipo habrán de tratarse los supuestos en que el sujeto yerra sobre este extremo al desarrollar la acción falsaria⁴⁸⁸. En este

diferenciadamente: DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1381, nm. 28, para quienes se ha de dar el tratamiento del error de tipo cuando el autor desconoce alguno de los elementos del documento, pero habrá de considerarse como error de prohibición el caso de quien, a pesar de conocer las características del documento, no va contra él al efectuar la acción falsaria. En la doctrina española también hay quien ha tratado diferenciadamente los supuestos de error recayentes sobre el objeto material, así CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., pp. 353-354, considera invencible el error que recae sobre la falta de los elementos esenciales para la existencia del documento, si bien afirma la concurrencia de error vencible cuando se actúa sobre documento auténtico en la creencia errónea de que no es tal.

⁴⁸⁷En distinto sentido, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 800, para quien no tiene importancia que el agente supiera o no que el documento por él contrahecho o alterado tuviera la consideración de público o privado, pues la tutela penal de los documentos públicos no se ve condicionada por la opinión del falsario acerca de la naturaleza jurídica del documento que falsifica, y entonces el error no recae sobre el "hecho" que constituye el delito, sino sobre la naturaleza jurídica del documento falsificado.

⁴⁸⁸En tal sentido, NAPPI, *Falso e legge penale*, op. cit., p. 122, en que admite la posibilidad de ausencia de dolo en los casos en que el falsario haya actuado en la errónea

aspecto conviene tener presente que la relevancia jurídica de lo alterado tiene su trascendencia, aunque no ha de confundirse relevancia jurídica en tanto que alteración de la realidad probatoria que el documento encierra con inocuidad de la falsedad en orden a afectar derechos subjetivos de terceras personas. De ahí que no sea trascendente el error del sujeto acerca de la posibilidad de que su actividad sea idónea para lesionar bienes jurídicos distintos de la funcionalidad del documento en el tráfico jurídico, que no forman parte del injusto propio de la falsedad⁴⁸⁹.

También en relación con la autenticidad del documento cabe imaginar supuestos de error, sobre todo en aquellos casos en que el autor se considera apoderado para utilizar el nombre de otro. Ya se afirmó como la cuestión de la autenticidad del documento había de solventarse en sede de tipicidad, sin que en ningún caso el consentimiento pudiera operar aquí como causa de justificación. No hay duda de que la autenticidad del documento, fijada conforme a la teoría de la imputación jurídica, constituye un concepto normativo⁴⁹⁰, por lo que el tratamiento del error sobre este extremo habrá de regirse por los mismos parámetros antes fijados para cualquier error de la misma naturaleza. Se tratará, por tanto, de solventar estos problemas conforme al error de tipo cuando lo que se discuta sea el enjuiciamiento de conductas consistentes en la simulación de documento⁴⁹¹. Si el sujeto se cree apoderado sin estarlo, o se excede en los límites de su poder, no cometerá delito alguno cuando el error sea invencible y, en caso de error vencible, podrá ser autor de un delito imprudente de falsedad cuando el Código prevea su incriminación.

Diferente es el tratamiento del error en los denominados supuestos de falsedad veraz, aquellos en los que el sujeto activo confecciona un documento en nombre de otra persona que se corresponde con la verdad objetiva y aquellos otros en que se corrigen errores en un documento para adecuarlo a la realidad. En tales casos el sujeto no yerra sobre ninguno de los elementos del tipo legal, ni siquiera sobre el referido a la idoneidad para el engaño. Tal extremo no se considera en el

convicción de que la falsedad fuera jurídicamente irrelevante e inidónea para el engaño. CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, en *Digesto delle Discipline penalistiche*, op. cit., p. 196, no prevé una solución unívoca para estos casos, afirmando la necesidad de que se tengan en cuenta las circunstancias en concreto: afirma la ausencia del dolo cuando el sujeto crea una falsedad que considera completamente burda, a modo de caricatura, pero no lo excluye cuando alguien destruye un documento sabiendo que existen otras copias del mismo.

⁴⁸⁹En sentido contrario, CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, op. cit., p. 296, § 3667, quien admite la buena fe del agente cuando conoce la falsedad pero cree que es inofensiva -entiéndase que para perjudicar a un tercero-; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 579.

⁴⁹⁰De distinta opinión, PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., § 267, nm. 95, quien considera que el concepto de autenticidad no es elemento normativo, no requiere de un acto de valoración, sino sólo de los conocimientos esenciales sobre el funcionamiento del tráfico jurídico y comercial que tenga cualquier persona, por lo que el autor no necesita conocer abstractos conceptos jurídicos como el de la "imputación jurídica".

⁴⁹¹A pesar de la distinta naturaleza otorgada al elemento típico "autenticidad", considera también que tales casos han de tratarse conforme al error de tipo PUPPE, o.u.c., § 267, nm. 95, para quien constituyen este tipo de error los casos en que el autor del documento cree que puede utilizar válidamente el nombre de otro, tanto si esa creencia tiene su base en falsas representaciones fácticas (el autor toma erróneamente una declaración de otra persona por un apoderamiento) como jurídicas (cuando el representante se excede en los límites de su poder); MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., p. 151, nm. 72. De distinta opinión, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, op. cit., pp. 1148-1149, nm. 24, en cuya opinión en estos supuestos nos encontraremos ante un error de tipo o de prohibición según la representación del autor.

concepto de falsedad aquí mantenido como falta de veracidad o contrariedad a la verdad, sino como capacidad para provocar error acerca de la normalidad funcional del documento. El sujeto que simula un documento para probar un hecho verdadero o el que corrige un documento emitido por otra persona es consciente de que opera sobre un documento y de que comete una de las modalidades típicas descritas, así como que tal operación es susceptible de inducir a error acerca del sujeto que la ha operado. No falta, pues, ninguno de los extremos del conocimiento necesarios para el dolo. No pudiéndose excluir el tipo subjetivo, puede, no obstante, excluirse o disminuirse el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, pues el sujeto puede no ser consciente de que su conducta se encuentra jurídicamente desvalorada. No se tratará generalmente en tales casos de un error de permisión⁴⁹² -que un sector de la doctrina trata como error de tipo y otro sector como error de prohibición- puesto que ninguna causa de justificación de las previstas en el art. 20 CP ampararía este supuesto⁴⁹³. Nos hallamos ante un error de prohibición directo que ha de solventarse con base en las reglas que para el mismo prevé el art 14.3 CP⁴⁹⁴. Éste constituirá, pues, el único supuesto de error en que la conducta del particular será jurídico-penalmente incriminable como falsedad del art. 392 CP, con la pertinente reducción de penalidad, en caso de vencibilidad del error.

⁴⁹²En tal sentido, implícitamente BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, op. cit., p. 104, al afirmar que cuando el autor de la corrección de un error actúa con dolo, pero considerando que le está “permitido” adecuar el documento a la realidad, incurre en error de prohibición. Admitiendo la existencia de un error de tipo cuando desconoce que está prohibido modificar el documento.

⁴⁹³Debe hacerse, sin embargo, la salvedad del error acerca de la posible concurrencia de los presupuestos necesarios de la eximente de ejercicio legítimo de un Derecho, oficio o cargo -art. 20.7ª CP- en aquellos casos en que la adecuación a la verdad de la declaración se produzca en el mismo momento en que se documentan las manifestaciones que el otorgante hace ante un fedatario. La posible operatividad de la misma será muy limitada, sólo en aquellos casos en que al funcionario se le otorgue la función de dar forma jurídica a las declaraciones de los otorgantes.

⁴⁹⁴Claramente en contra de esta posibilidad, al menos por lo que a cierto grupo de funcionarios respecta, GONZÁLEZ CUÉLLAR, *La falsedad en documento público*, op. cit., p. 384, para quien el Notario jamás podrá hallarse en situación de error de prohibición ni aun en caso de error vencible en lo que respecta a la ignorancia de obrar antijurídicamente cuando comete un delito de falsedad. En sentido parcialmente distinto, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 144 y 144, para quien cuando tales conductas las lleve a cabo un particular no se plantea dudas acerca de su consideración como error de prohibición. Paradójicamente, los problemas se los plantea la autora en el caso en que la actividad correctora la realice un funcionario, por la exigencia típica de obrar “en el ejercicio de sus funciones”, que considera elemento típico afectante al contenido antijurídico de la conducta. En su opinión, los casos en que exista error sobre el cumplimiento de este elemento típico -en que la corrección de errores se haga sin seguir el procedimiento reglamentario- habrá que admitir la existencia de un error de tipo. El inusitado privilegio que dicho tratamiento supone para la conducta del funcionario no pasa desapercibido a la autora cuando afirma “teniendo en cuenta que el conocimiento inexcusable de los deberes que impone el cumplimiento de su función al funcionario público o autoridad, difícilmente podrá excluirse la consideración dolosa de su actuación”. Por nuestra parte, consideramos que la dificultad en excluir el dolo en tales casos viene determinada justamente porque no es el dolo lo que se excluye. Si se concibe, como aquí se hace, que el elemento de obrar en ejercicio de sus funciones sólo describe la relación funcional que ha de existir entre el empleado público y el documento sobre el que opera, sin presuponer nada acerca de la corrección o no de la actividad, basta con que el sujeto activo sepa que era competente para confeccionar el documento de que se trate a efectos del dolo. Todo ulterior desconocimiento -así el del procedimiento reglamentario establecido para la corrección de errores- sólo puede hacer desaparecer el conocimiento de la antijuricidad.

2.2- La falsedad documental imprudente

2.2.1- Debate doctrinal en vigencia del anterior Código Penal

Una de las novedades más destacables en la regulación de las falsedades documentales que incorpora el Código penal de 1995 es, sin duda, la criminalización específica del delito imprudente, enmarcado dentro del nuevo sistema cerrado en este tipo de ilícitos. El tipo previsto en el art. 391 CP no carece, sin embargo, de antecedentes en el Derecho penal anterior proyectado. La falsedad imprudente se preveía ya en el art. 420 PrCP de 1980 y en el art. 353 PANCP de 1983. De esta tónica se apartó el PrCP de 1992 que, además de no prever la incriminación de la falsedad imprudente en un texto punitivo que instauraba un sistema de *numerus clausus* del delito imprudente, vetaba claramente otro entendimiento de la falsedad que no fuera el doloso cuando en la definición que de la misma incluía el art. 377 utilizaba el adverbio “intencionadamente”.

La diversidad de criterios en la admisión de la imprudencia en las falsedades documentales en el Proyecto de Código Penal de 1994, no constituye más que una muestra del divorcio que tradicionalmente ha existido en nuestro país entre los partidarios de la admisión de la conducta imprudente y aquellos -representantes del sentir doctrinal mayoritario- que no la consideraban posible. Al mismo tiempo, la opción predominante de la doctrina contrasta con aquella que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido, proclive a la criminalización de las conductas imprudentes salvo en alguna contada excepción.

La discusión acerca de la falsedad imprudente, que se había mantenido incluso en épocas recientes, no ha tenido en otros países de nuestro entorno jurídico la importancia que aquí se le ha dado⁴⁹⁵. Razones para esta escasa relevancia pueden buscarse en la incriminación cerrada de la imprudencia que Códigos penales como el alemán o el italiano contemplan, sin criminalizar la falsedad imprudente. Esta circunstancia unida a la inclusión de elementos subjetivos del injusto en la falsedad dolosa del Derecho alemán, han hecho impensable una opción jurisprudencial favorable a su admisión y la consiguiente reacción de parte de la doctrina.

Ciertamente son pocos los autores que en nuestro país se han mostrado abiertamente partidarios de la punibilidad de la falsedad imprudente con anterioridad a la aprobación del Código penal de 1995. Uno de sus más destacados defensores ha sido QUINTANO RIPOLLÉS⁴⁹⁶, aunque no hay que olvidar que

⁴⁹⁵Ello a pesar de que QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 163-164, utilizase como argumento a favor de la incriminación imprudente de la falsedad la existencia de Códigos penales modernos con incriminación cerrada que preveían tal posibilidad entre los delitos específicos de funcionarios: así el Código Penal suizo, el polaco, el ruso, el sueco, o el alemán, que en su § 163 incrimina el perjurio, que es morfológicamente muy semejante a la falsedad documental según este autor. En Alemania la doctrina ni siquiera se plantea tal posibilidad y en Italia los escasos autores que lo han hecho la han negado unánimemente. Cfr. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, op. cit., p. 799; MIRTO, *La falsità in atti*, op. cit., pp. 466-468, según el cual la culpa es una forma excepcional de imputación que sólo puede darse en aquellos casos de particular importancia del bien jurídico, lo que no parece ocurrir con la fe pública en el caso de conducta imprudente; RANIERI, *Manuale di Diritto penale*, op. cit., p. 660; CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 179; BATTAGLINI, *Osservazioni sul dolo nella falsità in atti pubblici*, op. cit., p. 456; GRANATA, *Falso in atto pubblico e responsabilità penale dei notai*, op. cit., pp. 399-400. También contra la incriminación de la falsedad imprudente, en la doctrina colombiana, ROMERO SOTO, *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 182-183.

⁴⁹⁶Al respecto, QUINTANO RIPOLLÉS, *La humanización del delito de falsedad y su posible incriminación culposa*, op. cit., pp. 143 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 158 y ss.

juristas como JIMÉNEZ ASENJO⁴⁹⁷, DÍAZ PALOS⁴⁹⁸, PUIG PEÑA⁴⁹⁹, RODRÍGUEZ MUÑOZ⁵⁰⁰, CUELLO CALÓN⁵⁰¹, RODRÍGUEZ DEVESA⁵⁰² o BACIGALUPO⁵⁰³ no habían mostrado ni mucho menos su disconformidad con tal posibilidad.

Los argumentos cruzados que se han esgrimido tanto a favor como en contra de la relevancia penal de la falsedad imprudente son de carácter dogmático y político criminal. Unos y otros contestados desde cada una de las posiciones encontradas.

Desde el punto de vista dogmático, se afirmó la posibilidad de comisión imprudente de la falsedad con apoyo en el sistema de incriminación abierta de la imprudencia que establecían artículos como el 565 CP de 1973, en aquellos ilícitos falsarios en que el dolo era genérico, esto es, en los que no se exigía un requisito de la voluntad finalístico junto al dolo⁵⁰⁴. Frente a esta argumentación, se ha esgrimido un elenco de razones en contra que han aducido los detractores de la falsedad imprudente. Uno de los motivos que más prontamente se utilizaron en contra de dicha posibilidad era el atinente a que no basta en el delito de falsedad en documento público la mera consciencia y voluntad de la modificación de la verdad para afirmar el dolo, sino que se exigía además el conocimiento de la capacidad de la alteración para ocasionar un perjuicio y que el agente hubiera obrado con intención fraudulenta⁵⁰⁵. Deberían, pues, formar parte del dolo no solamente aquellos resultados conseguidos por el agente, sino también los queridos por éste, aun cuando sea con dolo eventual⁵⁰⁶. Junto a esto se afirma que no es necesario que un delito concreto tenga un dolo específico o incluya un elemento subjetivo del injusto para afirmar la imposibilidad de su incriminación imprudente, puesto que

⁴⁹⁷Cfr. JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., pp. 487 y ss.

⁴⁹⁸Vid. DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 94 y ss. Conforme con la doctrina desarrollada por este autor, CALLE RODRÍGUEZ, *Teoría general sobre la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre la falsedad documental con especial referencia al documento mercantil*, op. cit., pp. 716 y 717.

⁴⁹⁹PUIG PEÑA, *Derecho penal. t. III. Parte especial, vol 1º*, op. cit., pp. 209 y ss.

⁵⁰⁰Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t. II. Parte especial*, op. cit., p. 141.

⁵⁰¹Vid. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t. II (Parte especial), vol. 1º*, op. cit., pp. 272-273, quien no acaba de mostrarse disconforme con la doctrina jurisprudencial en relación con la falsedad imprudente.

⁵⁰²Vid. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pp. 981-982.

⁵⁰³Cfr. BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 332 y 337.

⁵⁰⁴En tal sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *La humanización del delito de falsedad y su posible incriminación culposa*, op. cit., pp. 145 y ss, en que defiende el sistema de *numerus apertus* previsto en el CP de 1973 para la regulación de la imprudencia, así como la posibilidad de criminalización imprudente en aquellos delitos falsarios que no exigían un dolo reduplicado, excluyendo esta posibilidad en los delitos falsarios previstos en los arts. 306, 307 -en que es necesaria la doble volición de falsear y perjudicar-, en el art. 304 -uso de documento público oficial o mercantil falso con intención de lucro- y 311- falsedad de certificados de facultativos-, sin excluir dicha posibilidad en los delitos incriminados en los arts. 302 y 302 CP de 1973, "perfiladas con una técnica formalista y objetiva, sin contenido finalístico actual alguno"; en el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 158-160; DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 95; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t. II. Parte especial*, op. cit., pp. 141 y 147.

⁵⁰⁵Cfr. ANTÓN ONECA, *Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales*, op. cit., p. 98, en que acoge la interpretación del dolo preconizada por los autores y la jurisprudencia francesa.

⁵⁰⁶ANTÓN ONECA, o. u. c., pp. 101 y ss, lo que le conduce a afirmar que en el dolo propio de la falsedad han de considerarse ínsitos el conocimiento de los hechos incluidos en la figura delictiva, el de los elementos normativos también incluidos en la misma y la consciencia de atacar un interés que está protegido por el Derecho penal.

existen delitos, como la falsedad, que llevan ínsito el dolo⁵⁰⁷. La necesidad del dolo se deduce en la falsedad documental del propio origen etimológico del término, derivado de *falsum*, que proviene de *fallere*, y que significa “engañar, seducir, hacer traición, disimular, ocultar, disfrazar, fingir, simular”⁵⁰⁸. De ello se infiere que “falsificar”, según el uso vulgar, “es cambiar la verdad por la mentira conscientemente: falsificar no es equivocarse”⁵⁰⁹. Por tal razón, se decía, no era necesario incluir en el tipo la expresión “a sabiendas”, que sería superflua, habida cuenta de que la acción en este delito incorpora en sí misma la idea de intención⁵¹⁰.

La utilización de argumentos semánticos, relacionados con el propio significado del término “falsificar”, e históricos, derivados del origen etimológico de la palabra, no terminan, sin embargo, con los acabados de mencionar, esgrimidos por ANTÓN ONECA. Otros autores han utilizado motivaciones semejantes. Así FERRER SAMA, para quien las conductas descritas en el art. 302 CP de 1973 no podían interpretarse sino refiriéndolas al concepto de falsedad, que las preside⁵¹¹, y que es sinónimo de mendacidad, que se opone al error que entraña toda conducta negligente⁵¹². Según este autor, el tipo no sólo exige la producción del resultado “falta de verdad”, sino que el mismo se origine en “ejecución de una falsedad”, excluyéndose con ello aquellos casos en que el mismo se produce por un error o por falta de cuidado⁵¹³. En conclusión, parece admitir la postura sostenida por cierto sector de la doctrina italiana en consonancia con la cual el dolo propio de la falsedad exige el *animus ius laedendi*, que lo convierte en “dolo malo”⁵¹⁴, además de admitir que el deber conculcado en la falsedad imprudente es distinto de aquel que fundamenta la incriminación de la conducta⁵¹⁵.

⁵⁰⁷En tal sentido ANTÓN ONECA, o. u. c., pp. 117-118.

⁵⁰⁸Cfr. ANTÓN ONECA, o.u.c., p. 118, para quien lo determinante es el significado que se otorga al término en el lenguaje vulgar.

⁵⁰⁹Vid. ANTÓN ONECA, ibidem, en que afirma “nadie llama falsificador al que ha puesto en el escrito, por torpeza o ligereza, una cosa por otra”.

⁵¹⁰Cfr. ANTON ONECA, o.u.c., pp. 118-119, en que afirma que sólo es necesario para el legislador introducir el dolo dentro del tipo, mediante la expresión “a sabiendas” u otras semejantes, en aquellos casos en que el delito es susceptible de comisión culposa, pero no cuando la acción incorpore en sí misma el dolo. Como falsificar no es posible sin dolo, hubiera sido redundante que el legislador exigiera además el “a sabiendas”. Asume las palabras de ANTÓN ONECA en este concreto aspecto, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 334; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 244.

⁵¹¹Cfr. FERRER SAMA, *El dolo como elemento del delito de falsedad*, en AAMN, 1957, t. IX, p. 527, en que deduce esta conexión de la expresión “cometiere falsedad” al iniciarse el redactado del art. 302 CP de 1973. Tal expresión, según establece en p. 534, equivale a exigir el precepto -art. 302 CP de 1973- “expresamente ese dolo que consiste en el conocimiento de la falta de tal verdad”. En el mismo sentido, ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 244, para quien “cometer falsedad” tiene connotaciones evidentemente subjetivas.

⁵¹²Vid. FERRER SAMA, *El dolo como elemento del delito de falsedad*, op. cit., pp. 528 y 529, en que también acude al sentido etimológico del término *-falsum* como derivado de *fallere* que significa “fraude y según el uso común del lenguaje quiere decir engaño intencionado de palabra o de obra”. Afirma que “con los preceptos penales dedicados a la falsedad se tutela la fe pública mediante el castigo de los que incumplen *su deber de fidelidad con respecto a la verdad*. Sólo al incumplimiento de ese deber se limitan los tipos legales, sin posibilidad de extender la pena a casos de incumplimiento de otros deberes, como el de cuidado y diligencia, incumplimiento que puede dar lugar a responsabilidad de orden bien diferente”.

⁵¹³FERRER SAMA, o.u.c., p. 529.

⁵¹⁴Vid. FERRER SAMA, o.u.c., pp. 530-531.

⁵¹⁵Al respecto, FERRER SAMA, o.u.c., p. 533, en que afirma que no satisface el argumento de la admisibilidad de la comisión imprudente con base en la conculcación de especiales deberes, puesto que el deber que con la falsedad se quebranta es el de “fidelidad con respecto a la verdad” (sic), mientras el incumplimiento de especiales

No obstante, los argumentos de carácter semántico, basados en la acepción vulgar del concepto de falsedad tienen una importancia muy relativa; sobre todo en un delito como el que aquí nos ocupa que, a juicio de QUINTANO RIPOLLÉS, requiere de una “exquisita precisión técnica”⁵¹⁶. Los argumentos históricos derivados del origen etimológico del vocablo pueden encontrar asimismo su contraargumento en las modificaciones que han sufrido los delitos de falsedad en los distintos Códigos penales en lo que a referencias al tipo subjetivo atiende⁵¹⁷. Incluso los mismos detractores de la falsedad imprudente han reaccionado en ocasiones a este tipo de argumentos, que recuerdan demasiado a la teoría del *dolus in re ipsa*. Aluden a su debilidad y flexibilidad⁵¹⁸, así como a la imposibilidad

obligaciones de diligencia en el ejercicio de funciones no puede equipararse al incumplimiento del mismo. En parecido sentido, en la actual doctrina, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 353, para quien la constatación que se realiza conforme al incumplimiento de la diligencia debida nunca podrá denominarse “falsa”, sino “no verdadera”. Para esta autora el sentido de la ley penal permite excluir en este caso la falsedad, tanto por el abuso de oficio que requiere el tipo como por la misma configuración de la acción falsaria, de otro modo “nada distinguiría a quien falsifica una letra de cambio para usarla de quien lo hace para enseñar a sus alumnos”.

⁵¹⁶Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 161, para quien la falsedad consiste en algo más que la mutación de lo verdadero, requiriendo antes que nada la existencia de una obligación normativa profesional o no de manifestar ciertos hechos o actos con ciertas formas. Si este deber se infringe maliciosamente surge el dolo, pero si la infracción se ocasiona con ausencia de tal voluntad maliciosa, cabe la imprudencia. Rebate la tesis del sentido vulgar del término falsificación de ANTÓN ONECA, diciendo que aunque sea cierto que nadie llamará falsificador al secretario, notario o registrador negligente, tampoco cree “que nadie llame vulgarmente homicida al conductor de un automóvil que causa la muerte de un peatón en iguales condiciones, ni prevaricador al juez ignorante”. A ello añade QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 676, que ANTÓN se basa en el término “falsificación” en vez de en el de “falsedad” como argumento, cuando la “sinonimia legal de ambos vocablos es perfecta”, y además, cuando el término “falsedad” es el que se usa como valor genérico en el epígrafe del Título III. En parecido sentido, DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 96, para quien el argumento semántico carece de consistencia por la constante evolución del lenguaje.

⁵¹⁷En tal sentido, PUIG PEÑA, *Derecho penal. t III. Parte especial*, vol. 1º, op. cit., p. 217, quien fundamenta la condición de dolo genérico del delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil sobre la base de que la expresión “a sabiendas” se había incluido en todos los cuerpos legales hasta el Código penal de 1822, excluyéndose tales palabras a partir del CP de 1848, lo que ciertamente fundamenta la posibilidad de incriminación imprudente. En el Código penal anteriormente vigente se empleaban los términos semejantes sólo en los arts. 304, 313 y 307 y 306, lo que, a primera vista, no excluiría la imprudencia en los restantes.

⁵¹⁸Vid DÍAZ Y GARCÍA, *¿Son punibles las falsedades imprudentes en documento público u oficial? (comentario a la STS de 13 de diciembre de 1985. Ponente: Sr. Moyna Ménguez)*, en *Poder Judicial*, 2ª época, nº 1,1986, p. 91, para quien los argumentos etimológicos o de pura literalidad no convencen, por su carácter relativo, y porque el sentido literal no está “forzosamente condicionado por la acepción etimológica; caben también acepciones actuales, y las falabras de “falsedad o falso”, tanto en el uso normal del lenguaje como en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, admiten un doble sentido objetivo y subjetivo”. En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *Falsedad imprudente en certificado médico de defunción*, op. cit., pp. 251-252, en que comenta las misma STS; VARGAS CABRERA, *La culpabilidad en las falsedades documentales. La incriminación a título de imprudencia*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., pp. 230-232, quien manifiesta que uno y otro tipo de argumentos no son definitivos, siéndolo más los de carácter sistemático: hay comportamientos ubicados fuera del título III, Libro II, CP de 1973, en los que los verbos nucleares de la acción tienen la misma configuración semántica y estructural de la falsedad, para los que se exige un elemento subjetivo de expresión, de ahí que en los arts. 302 y 303 esté implícita la idea de dolo (sic).

de excluir la posible imprudencia en un ilícito que no contempla un elemento subjetivo del injusto⁵¹⁹.

Pero no terminan en estos argumentos fácilmente rebatibles las razones aducidas por quienes se muestran contrarios a la admisión de la falsedad imprudente. Junto a la afirmación del dolo como consustancial a la falsedad ha habido quien afirma la existencia de un elemento subjetivo del injusto en tal delito. Mientras algunos autores se refieren a la concurrencia de tal elemento sin concretar excesivamente su contenido⁵²⁰, otros establecen expresamente en qué consiste. Junto a los ya mencionados en relación con la intención de introducir el documento en el tráfico jurídico y aquellos que exigen una específica intención de engaño distinta del dolo en la falsedad⁵²¹, ha habido quien circunscribe este elemento en un “elemento subjetivo de expresión”. Con dicho elemento la falsedad se asemejaría a algunos delitos contra la Administración de Justicia -así el delito de falso testimonio- al suponer la existencia de una discrepancia entre lo que el sujeto conoce y lo que expresa por escrito, entre lo conocido y lo expresado, para poder hablar también de falsedad documental⁵²². Ciertamente, la presencia de tal elemento dificultaría en mucho la falsedad no sólo imprudente, sino también la dolosa eventual. No consistiría en un elemento de tendencia interna trascendente -que puede llegar a hacerse compatible con el dolo eventual en relación con los elementos del tipo legal del delito-, sino que se trataría de la tendencia interna intensificada, mucho más cercana a la intención en sentido estricto y, por tanto, casi imposible de armonizar con otra clase de dolo que no sea el directo de primer grado. Por otro lado, si el elemento subjetivo de la falsedad se sustenta en la discrepancia entre la verdad subjetiva y la declarada, cabe preguntarse si con ello no se vuelve a la denostada teoría de la protección de un hipotético deber de veracidad en la falsedad, confundándose el delito con la simulación civil o con la reserva mental, con todos los peligros de ampliación del tipo objetivo que ello puede representar⁵²³.

⁵¹⁹Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 866-867, para quien la acción “cometiere falsedad” requiere, como cualquier otra acción, la existencia de una voluntad o finalidad del sujeto proyectada sobre la alteración de la verdad, constitutiva de la parte objetiva del hecho falsario. No obstante, la exigencia de tal elemento subjetivo no está en situación de ofrecer base para excluir la posibilidad de comisión imprudente, dado que “no es la finalidad o dolo dirigida a la parte objetiva del correspondiente hecho típico, sino únicamente los elementos subjetivos proyectados sobre una meta trascendente a dicha parte objetiva los que pueden conducir a descartar, en los delitos comprensivos de esta última clase de elementos, la admisibilidad de la ejecución del hecho por imprudencia”. Según su parecer, a la vista de la actual regulación de la falsedad en documento público, no puede admitirse la existencia de un tal elemento subjetivo trascendente, a pesar de que la jurisprudencia se haya empeñado en ocasiones en destacarlo.

⁵²⁰En tal sentido, ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 244, quien a los argumentos semánticos añade la exigencia típica de “abuso de oficio”. De todo ello deduce que “en las falsedades por la existencia de un elemento subjetivo del injusto, común a todas ellas, y reforzado en muchas por el conjunto de la descripción típica, o sustituido por otras (a sabiendas, en connivencia) la comisión por imprudencia es impensable, por su intrínseca incompatibilidad con un acontecer no intencional”. No descarta el autor que de *lege ferenda* pueda incriminarse la conducta imprudente, aunque manifiesta su incompatibilidad con la regulación contenida en el CP de 1973. En parecido sentido, COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., p. 444.

⁵²¹Vid. supra cap. III, apartado 2.1.2.

⁵²²De esta opinión, GONZÁLEZ CUSSAC, *Falsedad documental e imprudencia*, op. cit., pp. 241-242, quien, aun a pesar de exigir este elemento subjetivo admite la posibilidad de que el delito se cometa con dolo eventual.

⁵²³Una opinión semejante a la que aquí se critica sostienen LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., p. 171, cuando afirman que la previsión del delito imprudente en el nuevo Código penal permite llegar a la conclusión de que en el texto se sostiene un concepto objetivo de

No obstante, el argumento de mayor peso esgrimido por quienes rechazaban la imprudencia consistía en el derivado de la locución “abuso de oficio” incluida en el art. 302 CP de 1973. En conjunción con otros o en solitario, la doctrina mayoritaria lo utilizaba para fundamentar su posición restrictiva. Se ha considerado que el “abuso” únicamente puede afirmarse en aquellos supuestos en que el sujeto vaya contra las funciones que tiene atribuidas justamente para evitar la conducta por él cumplida con la falsedad; esto es, ha de existir una voluntad o finalidad “dirigida” a incumplir aquella norma que lo obliga⁵²⁴. Sólo cabrá hablar de “abuso de oficio”, así, cuando la conducta del sujeto sea dolosa⁵²⁵, cuando se dirija directamente al incumplimiento de dicha norma. En caso contrario -cuando la conducta se produce por negligencia-, el resultado vendrá motivado por la vulneración de la norma de cuidado, distinta de la obligación de ser veraz⁵²⁶. En conclusión, el “abuso” supondrá siempre la voluntad o intención de efectuar una conducta indebida, en tanto que implica el “mal uso” de las propias facultades. Ello tanto incluyendo la voluntad de contradicción a la norma que obliga dentro del dolo propio de la falsedad⁵²⁷, cuanto concibiendo el “abuso de oficio” como expresión de un elemento subjetivo⁵²⁸, a añadir al dolo, que implica usar mal del oficio queriéndolo.

Que dicho argumento era posiblemente el de mayor peso, lo demuestra que el nuevo Código penal, sustituye en el actual art. 390 el “abuso de oficio” por el “ejercicio de sus funciones”. Pero tampoco ante él ha dejado de contestar el sector doctrinal que sostiene una opinión encontrada. Se había afirmado al respecto que el término “abuso de oficio” constituía un elemento subjetivo atinente a la antijuricidad que no prejuzgaba el problema de la culpabilidad⁵²⁹, y que no añadía

falsedad -podrían decir “concepto objetivo de verdad”-como contradicción entre la realidad y lo reflejado en el documento. En parecidos términos FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 280 y 285.

⁵²⁴CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 869.

⁵²⁵Al respecto, FERRER SAMA, *El dolo como elemento del delito de falsedad*, op. cit., p. 534, considera que el abuso de oficio se encuentra directamente ligado al elemento de la consciencia de la falta o alteración de la verdad. En los casos en que se falta a la verdad por descuido podría hablarse más bien de “abuso del cargo”, que del oficio.

⁵²⁶En tal sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 869, según quien “la norma motivadora del deber de ciudadano, violada por la actuación negligente, no es en rigor la indicada de ser veraz, sino otra que, si bien puede entenderse derivada de ésta, es distinta a la misma”.

⁵²⁷Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, op. cit., p. 551; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 347; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 353.

⁵²⁸En tal sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *Falsedad imprudente en certificado médico de defunción*, op. cit., pp. 253-254, en que manifiesta que quien imprudentemente falta a la verdad no abusa de su oficio, sino que se descuida en el ejercicio del mismo. Para este autor “la falsedad imprudente sólo implica una relación de coexistencia entre el ejercicio del oficio y la infracción del deber de cuidado (...), mientras que el abuso conlleva una relación de conocimiento y voluntad del quebrantamiento del propio oficio y la obligación de veracidad que el mismo impone”; en el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *¿Son punibles las falsedades imprudentes en documento público u oficial?*, op. cit., p. 93; VARGAS CABRERA, *La culpabilidad en las falsedades documentales. Incriminación a título de imprudencia*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 265.

⁵²⁹Cfr. PUIG PEÑA, *Derecho penal. t.III. Parte especial. vol 1º*, op. cit., p. 209, para quien así entendida, esta expresión típica no impediría que el delito pudiera ser cometido lo mismo por dolo que por culpa, al haber un abuso del oficio propio por negligencia si por ello se entiende dar mal uso a una persona o cosa; DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., p. 96.

nada a la voluntad delictiva general⁵³⁰. Al mismo tiempo, que el argumento de mayor trascendencia en orden a excluir la falsedad imprudente fuese referido a un elemento incluido en el tipo falsario específico de funcionario nada decía en relación con la posibilidad de que los particulares pudiesen cometer falsedad imprudente en documento público, oficial o mercantil⁵³¹. Ha llegado incluso a afirmarse que, aun cuando se concibiera el abuso de oficio como elemento subjetivo del tipo, la argumentación podría invertirse y sostener que si el elemento subjetivo está íntimamente ligado al dolo ha de seguir su suerte y no tenerse en cuenta para configurar el delito de falsedad imprudente⁵³². Sin embargo, tampoco ha faltado contestación a estos contraargumentos, aduciéndose que la confrontación valorativa del art. 303 en relación con el 302 CP de 1973 conduce a aplicar al primero la misma solución⁵³³. Además se ha matizado -en relación con la admisión de la comisión imprudente aun en presencia de un elemento subjetivo del injusto- que el término “hecho” del art. 565 CP de 1973 no puede identificarse sólo con el aspecto externo y objetivo de la falsedad, sino que equivale a “hecho falsario”, en el que han de incluirse todos los elementos necesarios para afirmar la antijuricidad de la conducta, entre los que también se encuentran las referencias anímicas⁵³⁴.

Junto a las consideraciones dogmáticas, los defensores de la criminalización de la falsedad imprudente, han aducido asimismo argumentos de carácter político-criminal en favor de esta ampliación de la responsabilidad penal. No resulta extraño el recurso a motivaciones de carácter preventivo. Así, la falta de interés que provoca la lesión de un derecho ha de estimularse compensando ese defecto por medio de la reponsabilidad penal⁵³⁵, necesidad que va haciéndose cada vez mayor atendiendo a la importancia que adquieren determinados documentos en nuestra

⁵³⁰Vid. JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 486, para quien dicha expresión sólo subraya una calificación moral condenatoria del acto a quien falta a sus deberes profesionales, determinando con ello la reprobación normativa de su acción.

⁵³¹En tal sentido, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 928, nota 14, para quien “debe hacer reflexionar que para el particular no se requiera abuso alguno, por lo que la conclusión que se podría inferir del art. 302 no es susceptible de ser generalizada a todas las formas de falsedad documental. A esto se añade que, siendo el art. 565 aplicable a los particulares, serían entonces de peor condición que los funcionarios”, de lo que deduce que el término “abuso” se refiere a la relación del documento expedido con el oficio que desempeña el funcionario, con lo que se encuentra en este aspecto al mismo nivel que el particular.

⁵³²En tal sentido, BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 332.

⁵³³De esta opinión CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 897-898, ello aun cuando el art. 303 CP de 1973 no se refiera al “abuso de oficio”, pues, de otro modo, se incurriría en el contrasentido de rechazar la responsabilidad penal del funcionario por imprudencia y afirmarla, en cambio, para el particular, lo que representaría una aplicación desmesurada del art. 565 CP de 1973, como la preconizada por la jurisprudencia; DÍAZ Y GARCÍA, *¿Son punibles las falsedades imprudentes en documento público u oficial?*, op. cit., p. 93; GONZÁLEZ CUSSAC, *Falsedad documental e imprudencia*, op. cit., p. 242.

⁵³⁴Rebate con este argumento la tesis de BACIGALUPO, GONZÁLEZ CUSSAC, *Falsedad documental e imprudencia*, op. cit., p. 242, quien además afirma, en contra de este autor, que “no es que el elemento subjetivo esté estrechamente ligado al dolo, sino en todo caso al revés. Y por eso mismo, los tipos que requieren elementos subjetivos no pueden realizarse directamente por culpa, sino tan sólo por dolo”; VARGAS CABRERA, *La culpabilidad de las falsedades documentales. Incriminación a título de imprudencia*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 265.

⁵³⁵En tal sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 162-163, quien añade que el funcionario que comete una falsedad imprudente infringe un deber no ya genérico de cuidado, sino el específico preestablecido en normas que precisan una necesidad de defensa eficaz.

sociedad⁵³⁶. El problema de tales argumentos, como se ha contraindicado, es que los principios de última ratio y de fragmentariedad que informan el Derecho penal aconsejan justamente lo contrario, la previsión de la criminalización de la imprudencia tan sólo en aquellos supuestos más graves, so pena de incurrir en una inflación penal en caso contrario⁵³⁷. Ello aun cuando se pretenda, como hizo QUINTANO, que la criminalización de la imprudencia en este delito sirva para acabar con su rigor formalístico, humanizándolo⁵³⁸, de forma que constituya una *media vía* que permita incriminar sólo casos excepcionales de falsedad culposa⁵³⁹. Ni aun así se logra evitar el riesgo de incremento de la responsabilidad penal por falsedad⁵⁴⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, se ha mostrado generalmente favorable a la admisión de la falsedad imprudente, aunque no haya faltado alguna que otra excepción⁵⁴¹. Este Tribunal, frente a las tres posiciones

⁵³⁶QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 162, se refiere a la mayor necesidad de criminalización de las falsedades documentales imprudentes de funcionarios que a otros tipos de falsedades “en una época tan decididamente papelística y crediticia como la nuestra”; en el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 678, en que se refiere al “burocratismo papelerero”; QUINTANO RIPOLLÉS, *La humanización del delito de falsedad y su posible incriminación culposa*, op. cit., p. 154, en que además de utilizar argumentos de prevención general y especial, califica a la época actual de “Edad del Papel”.

⁵³⁷Cfr. ANTÓN ONECA, *Las formas de culpabilidad en las falsedades documentales*, op. cit., pp. 120-121, para quien en una futura reforma del Código penal debería reducirse la punibilidad de los delitos culposos a muy contados casos, puesto que la inflación de la justicia criminal suele tener consecuencias negativas para la eficacia de la prevención general; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 868; GONZÁLEZ CUSSAC, *Falsedad documental e imprudencia*, op. cit., p. 243.

⁵³⁸Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *La humanización del delito de falsedad y su posible incriminación culposa*, op. cit., p. 157, en que afirma que el principio del rigor formalístico con que ha sido tratado este delito pugna con las “esencias del subjetivismo y humanismo que hoy son inexcusables en la ciencia penal”.

⁵³⁹QUINTANO RIPOLLÉS, o.u.c., p. 161, en que propone la responsabilidad imprudente “no de modo ciego y automático, por la mera ausencia de dolo, sino atemperando la incriminación a las normas de finalismo y humanización (...), es decir, a una norma de conducta humana y no de mero resultado logístico”. Afirma la imposibilidad de acudir a la culpa -impunidad, por tanto- sólo en aquellos casos en que la finalidad falle por intrascendencia del evento y ausencia de deber específico, o por haber sido absorbida la culpa en un dolo extraño. En el mismo sentido QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 679; DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 99-100, según quien la “*media vía* de la culpa ni es tan sólo una solución intermedia situada de un modo matemático entre los extremos del dolo y el fortuito a la manera de un *tertium genus*, sino que tiene perfecta vigencia psíquica en el delito de falsedad documental en el plano de lege ferenda”, por lo que, como no hay nada de *lege data* que impida esta posibilidad, no ha de renunciarse a ella. Si bien este autor liga directamente el mencionado humanitarismo con el supuesto de móvil altruísta en el delito falsario.

⁵⁴⁰De esta opinión, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 868, para quien admitir la forma culposa en un delito no comporta la restricción del ámbito de un cierto tipo en beneficio del otro, sino la creación de una nueva causa o título de imputación, con la consiguiente ampliación del ámbito de lo punible; GONZÁLEZ CUSSAC, *Falsedad documental e imprudencia*, op. cit., p.243.

⁵⁴¹Cfr. SsTS 19 diciembre 1985 (RJ 6350) en que el Tribunal razona que no es posible la comisión imprudente de las falsedades previstas en los arts. 302 o 303 CP de 1973, dado el elemento intencional que representa el “dolo falsario”, que en este caso viene definido como el elemento subjetivo del injusto representado por el conocimiento de que se altera la verdad y la voluntad consciente de la ilicitud que ello supone; 30 septiembre 1989 (RJ 6828) en que se afirma que “malamente cabe cohonestar la referencia normativa del abuso de oficio con la infracción de un deber de cuidado”; 4 noviembre 1989 (RJ 8554), en

posibles en relación con la comisión imprudente de la falsedad ---negar siempre dicha posibilidad por su consideración de infracciones esencialmente dolosas, admitirla en todos los casos o adoptar una postura mixta--- ha asumido lo que denomina “posición ecléctica”⁵⁴². Niega la posibilidad de falsedad imprudente en aquellos casos en que el Código exige un dolo reduplicado o un ánimo especial, así como los casos de falsedades materiales y las de alteración fraudulenta, y la admite en todos los demás supuestos en que el legislador no consigna ninguna exigencia específica⁵⁴³. Sin embargo, la doctrina, en su mayoría, denuncia que

que, a pesar de que la resolución admite la comisión imprudente de la falsedad, se formula voto particular del Excmo. Sr. D. Marino Barbero Santos, quien se refiere a razones tales como la posible existencia de un elemento subjetivo del injusto implícito que configura un delito de tendencia interna trascendente en el art. 303 CP de 1973, así como al “abuso de oficio” del art. 302 CP de 1973 para negar la posible incriminación de la falsedad culposa; 29 febrero 1992 (RJ 1511) en que el alto Tribunal retoma su doctrina de que el delito de falsedad contiene un elemento anímico, el dolo falsario, que impide que pueda cometerse culposamente.

⁵⁴²En tal sentido, MOYNA MÉNGUEZ, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 1322; BONE PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, op. cit., p. 139.

⁵⁴³Cfr. SsTS 27 diciembre 1982 (RJ 7868) para el caso de un facultativo que emite certificación necesaria para celebrar un espectáculo taurino, en que debía designar el nombre de dos ATS, dejándolo en blanco para que posteriormente lo pusiera el empresario, quien falsifica las firmas de los diplomados; 21 noviembre 1983 (RJ 5675) en que se admite la posibilidad de comisión imprudente del núm. 7 del art. 302 CP de 1973; 26 diciembre 1984 (RJ 6644) en que se admite la comisión imprudente de la falsedad en documento público, oficial y mercantil por particular, aunque en el presente supuesto no apreciase tal imprudencia; 13 diciembre 1985 (RJ 6258) en que se condena por imprudencia al médico encargado del Registro Civil -así como al médico que había sido requerido por la familia en primer lugar- que extiende un certificado de defunción sin hacer constar la posibilidad de muerte violenta, a pesar de haber reconocido el cadáver y observar signos de violencia, apelando a que en el delito imprudente de falsedad por funcionario la norma infringida no sería el deber de ser veraz, sino el de evitar la posible alteración de la verdad, y que en la imprudencia deben sustituirse las referencias al “abuso de oficio” por aquellas de “abandono de deberes” o “prevalimiento de la función”; 25 noviembre 1987 (RJ 8606) en que el Tribunal admite la existencia de imprudencia simple con infracción de reglamentos, en relación con el art. 302.4 CP 1973, en el caso de un particular que declara en escritura pública de hipoteca que dos vehículos eran de su propiedad cuando estaban sometidos a reserva de dominio, aunque el resto de bienes hipotecados garantizaban la deuda; 22 julio 1987 (RJ 5606) en que el Tribunal Supremo modifica la calificación de la Audiencia Provincial, considerando doloso el comportamiento de quien acepta dos letras de cambio con su propia firma sabiendo que el nombre del librado no era el suyo, que el Tribunal inferior entendió imprudente, a pesar de no negar la posibilidad en abstracto de la falsedad imprudente; 4 noviembre 1989 (RJ 8554) en que considera imprudente la conducta del Corredor de Comercio que intervino en el libramiento de una letra de cambio, dando fe de la identidad del librador, sin que estuviera presente en el momento de la firma, resultando que finalmente quien firmó la letra fue un hijo del librador, no sin advertir que la exigencia típica del abuso de oficio no impide la falsedad imprudente; 4 abril 1990 (RJ 3167) en que califica de imprudente la conducta del Corredor de Comercio que declara estar presente, sin estarlo, en el momento de estamparse las firmas en una póliza de contrato de crédito mercantil resultando ser falsa una de ellas; 14 diciembre 1990 (9511) en un supuesto prácticamente idéntico al anterior; 2 febrero 1992 (RJ 1110), en que afirma la posible comisión imprudente de los delitos previstos en los arts. 302 y 303, aunque la niega en relación con los contenidos en los arts. 304, 305.2, 306, 307 y 311 CP de 1973; 4 marzo 1992 (RJ 1733) en que considera imprudente la conducta de los funcionarios que en la práctica de actos de comunicación de un embargo no se preocuparon de identificar a los destinatarios, que resultaron ser personas diferentes de aquellas con las que se practicaron las diligencias; 2 febrero 1993 (RJ 635); 8 marzo 1993 (1989) en que una asistente sanitaria suscribe un documento presentado ante el Registro Civil para inscribir como natural a un

muchos de los supuestos que el Tribunal Supremo califica de imprudentes no son más que falsedades dolosas⁵⁴⁴ y aunque ello se haya manifestado en relación con aquellos casos en que la falsedad venía determinada por un supuesto móvil altruista, en que la jurisprudencia actual ya no afirma la imprudencia -entre otras razones porque apenas se dan en la actualidad-, también se ha advertido respecto de supuestos cuyo enjuiciamiento venía produciéndose aun en los últimos años de vigencia del CP de 1973. Así, en el caso en que un facultativo emite un certificado de defunción en que consta como causa del fallecimiento una distinta de la real⁵⁴⁵, o aquel en que un Corredor de Comercio u otro fedatario público dan fe de la firma de un documento en su presencia cuando no se hallaban en ese lugar⁵⁴⁶.

hijo que no lo era; 21 enero 1994 (RJ 84) en que el Tribunal Supremo reafirma su doctrina favorable a la admisión de la imprudencia, aun sin calificar el concreto supuesto como delito imprudente; 25 abril 1995 (RJ 2874), en el mismo sentido que la anterior; 9 febrero 1996 (RJ 819) en que se pone de manifiesto la doctrina tradicional del Tribunal Supremo, que admite la comisión imprudente de la falsedad salvo en aquellos supuestos en que se incorpora el dolo a la tipicidad, empleándose expresiones como “a sabiendas”, “intención de lucro” o “de perjudicar a otro”, “ánimo de causar perjuicio” o “cuando se librare certificado falso con el fin de eximir a una persona de un servicio público”.

⁵⁴⁴Cfr. ANTÓN ONECA, *Las formas de culpabilidad en las falsedades documentales*, op. cit., pp. 109 y ss., en que denuncia que el Tribunal Supremo ha excluido en ocasiones el dolo por el móvil altruista que ha llevado al sujeto activo a cometer la falsedad -se refiere en especial al caso de la peinadora madrileña, que inscribió en el Registro Civil como hija suya a una niña recién nacida destinada a la Inclusa por su madre-, afirmando que el dolo no puede venir excluido por el móvil, aun cuando ello pueda suponer la imposición de una pena que se estima desproporcionada; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Falsificación de documentos públicos*, op. cit., pp. 525-526; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 865; GONZÁLEZ CUELLAR, *La falsedad en documento público*, op. cit., p. 383; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op.cit., pp. 351-352.

⁵⁴⁵Cfr. DÍAZ Y GARCÍA, *Falsedad imprudente en certificado médico de defunción*, op. cit., pp. 249-250, en relación con la STS 13 diciembre 1985, en que la conducta tanto del facultativo que es llamado en primer lugar al domicilio de la fallecida como del médico del Registro Civil que después acude, certificando ambos como causa de la muerte una embolia cerebral, es considerada como constitutiva de falsedad imprudente. El autor razona que la conducta del primero de los facultativos que certifica sin ni siquiera ver el cadáver, porque se lo impiden los familiares, y fiándose tan sólo de lo que éstos refieren sería, como mínimo, constitutiva de dolo eventual. Afirma, asimismo, que más claramente dolosa es la conducta del médico encargado del Registro Civil, quien, a pesar de ver en el cadáver signos equívocos de violencia -que confirmaban la versión de que la fallecida había sido apaleada por su marido- ratifica el certificado de su compañero. En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *¿Son punibles las falsedades imprudentes en documento público u oficial?*, op. cit., p. 88-89.

⁵⁴⁶En tal sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, *Falsedad documental e imprudencia*, op. cit., p. 241, para quien la conducta desarrollada por el Corredor de Comercio enjuiciada en la STS 4 noviembre 1989 como imprudente es dolosa “porque es consciente de que *no conoce* la identidad del librado, y a pesar de ello expresa en el documento que *sí lo conoce* y da fe de su presencia”, lo que resulta constitutivo de dolo directo; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 244, que afirma el dolo en todos los supuestos en que los autores de los respectivos documentos sabían que se plasmaba en ellos algo que no se correspondía a la verdad o, cuanto menos, no tenían constancia de que se acomodara a ella, y, no obstante, dieron voluntariamente fe de su veracidad; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 635, para quien “el acreditar el conocimiento sin ser verdad es una conducta dolosa, independientemente de que esa falta de conocimiento fuese debido a la falta de diligencia o al error del funcionario”, así el Notario que comete falsedad no por no cerciorarse de la identidad de las partes con más o menos diligencia, sino porque sin conocerla certifica poseer dicho conocimiento; en el mismo sentido, BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 347; BONE PINA, *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, op. cit., p. 140.

La intensa discusión doctrinal -quizá la más importante por lo que al delito de falsedad se refiere- entablada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestro país en lo tocante a la posibilidad de incriminación de la falsedad imprudente viene agudizada por la disposición del art. 23 de la Ley del Notariado, que fue modificado por Ley de 18 de diciembre de 1946. Dicha Ley introdujo en este precepto un último párrafo en cuya virtud se exime de responsabilidad criminal al Notario que diere fe del conocimiento de alguno de los otorgantes habiendo sido inducido a error⁵⁴⁷. Con independencia de la existencia de leyes penales especiales que admiten la responsabilidad por falsedad imprudente⁵⁴⁸, la interpretación que del art. 23 Ley del Notariado ha hecho la doctrina varía en función de que se admita o no la posibilidad de comisión imprudente en la falsedad documental. Para aquellos que no la consideran posible, este precepto no modifica en nada la regulación de este delito en el anterior Código penal; por contra, para quienes sí consideran incriminable la falsedad imprudente el precepto representa un privilegio de difícil explicación⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷El precepto, en concreto, establece “El Notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados”. Junto a este artículo, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 274, incluye el art. 146 del Reglamento Notarial como un precepto privilegiante que ha de suprimirse. Lo interpreta como norma en virtud de la cual, aun cuando la conducta del Notario sea dolosa, su responsabilidad queda limitada a la responsabilidad civil. No obstante, consideramos que la interpretación que la autora efectúa del artículo es incorrecta, desde el momento en que una disposición con carácter reglamentario no puede nunca modificar lo establecido en una norma con rango de Ley -Orgánica- como el Código penal. Por ello entendemos que lo único que hace este artículo es concretar el régimen de responsabilidad civil que viene establecido en el Código penal, tanto anterior como actual, aplicado a este caso concreto sin referirse para nada a la responsabilidad penal. En consecuencia, habrá de entenderse derogado por el actual Código penal si en algo lo contraría. Ha de tenerse en cuenta que, según el tenor del precepto “(1) El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieran repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá este obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados. (2) A tales efectos, quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como solución del conflicto”.

⁵⁴⁸Así el art. 140.2 Ley del Régimen Electoral General, según el cual “Si las alteraciones a la verdad a las que se refiere este artículo fueran producidas por imprudencia temeraria, serán sancionadas con la pena de prisión menor”. Sobre los problemas de adecuación de tal precepto a la nueva regulación de la falsedad documental, así como la posibilidad de incriminar la falsedad por imprudencia simple como infracción electoral -art. 153 Ley- vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 275 y ss.

⁵⁴⁹En tal sentido, FERRER SAMA, *El dolo como elemento del delito de falsedad*, op. cit., p. 536, quien dice “siendo para nosotros evidente que donde no hay dolo no puede haber falsedad, es natural que rechazemos la censura de tal disposición en el sentido de constituir un privilegio para cierta clase de funcionarios, puesto que creemos que, certeramente interpretado el artículo 302, todos los funcionarios públicos serían juzgados, en casos de falta de verdad por error y no por dolo, con el mismo criterio que el que para los Notarios se fija en la citada ley”; en el mismo sentido, VILLANUEVA SANTAMARÍA, *El dolo en el delito de falsedad*, op. cit., p. 216, admitiendo que ha de llevarse al Código penal el contenido del precepto; ORTS, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 245, para quien el art. 23 Ley del Notariado no comporta un trato discriminatorio, desde el momento en que,

Del art. 23 Ley del Notariado se deduce la ausencia de responsabilidad penal del Notario cuando documente una identidad de uno o varios de los comparecientes que no se corresponda con la real, siempre y cuando haya sido inducido a error, régimen que no se exceptiona si concurre imprudencia del documentador. Por tal razón, aunque no se admita la falsedad imprudente, habida cuenta de que la jurisprudencia sí la incrimina, algunos autores partidarios de la ausencia de incriminación de este tipo de falsedades sintieron la necesidad de extender el privilegio a otros fedatarios públicos⁵⁵⁰. Otro sector, sin llegar tan lejos, sí denunció la improcedencia del precepto, postulando una interpretación restrictiva del mismo concordante con la defendida por quienes mantenían la relevancia de la falsedad imprudente. Así, la opinión de CÓRDOBA⁵⁵¹ coincide en este extremo con la defendida por QUINTANO. Para este último autor, el precepto no tiene la vigencia que algunos han pretendido darle⁵⁵²-ni siquiera ha resultado siempre clara la vigencia del mismo⁵⁵³-, porque sólo puede aplicarse en un único caso de imprudencia por parte del Notario, en aquel en que su actividad imprudente se halle en colisión con una actividad dolosa ajena. Únicamente cuando el fedatario haya sido objeto de “maquinación” falsaria por parte de otro cabe invocar el art. 23 Ley del Notariado. Si la interpretación del precepto se reduce a este supuesto, según dicho autor, el mismo resulta superfluo, dado que la misma solución hubiera podido obtenerse teniendo en consideración que la mayor categoría penal del dolo absorbe la imprudencia. El resultado exculpatario sería el mismo pese a no existir el art. 23 Ley del Notariado, sin que de ahí pueda colegirse que tal artículo acabe con la reponsabilidad imprudente falsaria del Notario⁵⁵⁴.

con carácter general, se postula la inadmisión de la comisión imprudente de las falsedades. En distinto sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 874, quien, a pesar de no admitir la comisión imprudente, lo considera un precepto privilegiante.

⁵⁵⁰De esta opinión, GONZÁLEZ CUELLAR, *La falsedad en documento público*, op. cit., p. 387, para quien debería extenderse a los Corredores de Comercio, pues “la subsistencia legal del privilegio supone que aquellos otros funcionarios que están en análoga situación puedan invocar el principio de igualdad del artículo 14 CE y la doctrina contenida en la STC 21-12-82 y 15-11-83 que ante el trato desigual acuerda la aplicación de la norma más favorable por no existir razón fundada para aplicar desigual trato”; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 871, quien, a pesar de reconocer que el art. 23 Ley del Notariado era tan sólo aplicable a los Notarios, no descartaba su aplicación a otros sujetos que materialmente ejercen las funciones de Notario -como los Corredores de Comercio- mediante la analogía *in bonam partem*. Ya había apuntado dicha posibilidad QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 166, para quien “de resistirse en la conveniencia y justicia de la tesis urge dotarla del carácter de generalidad que la prive del regusto de privilegio que ahora ostenta”.

⁵⁵¹Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., pp. 870 y ss, quien, sin embargo, en p. 874, no comparte con QUINTANO RIPOLLÉS que el artículo no esté formalmente vigente.

⁵⁵²Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *La humanización del delito de falsedad y su posible incriminación culposa*, op. cit., p. 155, en que reacciona contra quienes han sostenido que en el mismo sólo se admite la responsabilidad dolosa del falso notarial documental, sobre todo porque una mera reforma de un artículo de un reglamento orgánico no puede pretender borrar una casi secular dogmática penal legal y jurisprudencial; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., pp. 166 y 167.

⁵⁵³A pesar de que QUINTANO RIPOLLÉS no haya negado nunca abiertamente su eficacia, sino que se ha limitado a interpretarlo restrictivamente, ha habido alguna que otra resolución jurisprudencial que ha intentado demostrar su no vigencia formal. Sobre esta jurisprudencia y la admisibilidad de sus razones -en concreto sobre las SsTS 22 mayo 1963 y 4 marzo 1975- vid. GONZÁLEZ CUELLAR, *La falsedad en documento público*, op. cit., pp. 385 y 386.

⁵⁵⁴En tal sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *La humanización del delito de falsedad y su posible incriminación culposa*, op. cit., p. 156, en que afirma la existencia de responsabilidad penal por imprudencia del Notario cuando la colisión del dolo y la culpa no

Las disquisiciones provocadas por la posibilidad de comisión de la falsedad imprudente que, como se ha tenido ocasión de observar, han sido múltiplemente argumentadas desde uno y otro campo, han encontrado solución -por lo menos en lo tocante a la posibilidad de incriminación imprudente de la falsedad- en el art. 391 CP. El Código penal de 1995 toma así partido en favor de la tesis que admite la relevancia penal de la imprudencia en la falsedad.

2.2.2- La regulación de la falsedad documental imprudente en el art. 391 CP: la doble modalidad comisiva

A pesar de que en el nuevo Código penal se haya previsto un delito de falsedad documental imprudente, que supone, sin duda, un intento del legislador de resolver la tradicional problemática generada por la posible incriminación de tales conductas, no ha de entenderse que ello suponga sin más la adopción de la tesis tradicional favorable a la incriminación imprudente. No ha de olvidarse que, según prevé el art. 391 CP, únicamente la autoridad o funcionario público pueden ser sujetos activos de una falsedad documental imprudente. En consecuencia, el texto punitivo no secunda la tesis de aquel sector doctrinal -y también jurisprudencial- que admitía la comisión de la falsedad imprudente por particular⁵⁵⁵.

se acredita y subsiste solamente una culpa aislada, de impericia o negligencia, e incluso una coincidencia de ella con otra culpa, pero no con dolo ajeno, en que la reforma de la Ley de 1946 resultará inoperante; QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 168; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 682 y ss. En el mismo sentido, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. t. II (parte especial)*, vol 1º, op. cit., p. 272; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 872-874, en que afirma que la exención de responsabilidad sólo podrá darse en aquellos supuestos en que el Notario haya sido "inducido" al error sobre la identidad de los otorgantes por una actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, pero no cuando haya incurrido en error sobre este extremo por causa imputable a su propia actuación o cuando el error ha sido provocado por una actuación no maliciosa de los propios otorgantes, aun cuando entiende que la disposición pretende aplicarse también a los casos en que no haya dolo de los comparecientes, en que ve el inadecuado privilegio que supone; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 487, para quien sólo se excluye la responsabilidad del Notario que ha sido víctima de un error insuperable incluso para el más cuidadoso, lo que demuestra la superfluidad del precepto, que podría haberse conseguido con la institución del error; DÍAZ PALOS, *El delito de falsedad documental*, op. cit., pp. 93 y 94, según quien la condición de "víctima" del fedatario invita a concederle una excusa absoluta; GONZÁLEZ CUELLAR, *La falsedad en documento público*, op. cit., p. 385, en cuya opinión la exención era también innecesaria, pues la teoría del error llevaría al mismo resultado; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 342, cuando concibe el supuesto previsto en el art. 23 Ley del Notariado como un caso de falsedad cometida en autoría mediata en que el instrumento actúa imprudentemente. En distinto sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8º edición, op. cit., p. 550, para quien el art. 23 Ley del Notariado excluye la posibilidad de comisión imprudente por parte de los Notarios en todo caso.

⁵⁵⁵En este sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, *El delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 280. Admitían explícitamente la posibilidad de falsedad imprudente del particular: QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, op. cit., p. 165, para quien era irrefutable la posibilidad de cometer falsedad imprudente por parte del funcionario, y posible teóricamente aunque de difícil aplicación en las de particulares. Este autor, en p. 172 y ss, critica la doctrina del Tribunal Supremo por lo que hace a la falsedad documental imprudente del particular, por haberse basado en motivos éticos, cuando el asunto ha de tratarse en la órbita de la obligatoriedad de la ciudadanía, que ha de vigorizarse como sustitutiva de la profesionalidad específica de los funcionarios; así caben supuestos de falsedad documental imprudente de carácter material en aquellos casos en que el particular corrige errores de un documento público, e ideológicas cuando se declaran imprudentemente cualidades o circunstancias sin la debida reflexión o comprobación;

Independientemente de la consideración que merezca la nueva regulación de este delito, tanto desde el punto de vista de la oportunidad de su tipificación como de la claridad de la redacción típica, lo cierto es que la tipificación como delito autónomo en un concreto supuesto es preferible, por la mayor seguridad jurídica que entraña, que la situación existente en el Código penal de 1973⁵⁵⁶. Venía siendo una petición mayoritaria de la doctrina el cambio del sistema de incriminación de la imprudencia que evitase la incertidumbre en la criminalización de este tipo de ilícitos. Debía terminarse así, por ejemplo, con la situación de divorcio entre el sentir mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia en delitos como la falsedad documental⁵⁵⁷, y con la doctrina jurisprudencial del *crimen culpae*⁵⁵⁸, ello sin prejuzgar la corrección en la elección por parte del legislador de los delitos que pueden cometerse de forma imprudente⁵⁵⁹.

Sea como fuere, la falsedad documental imprudente sólo puede cometerla la autoridad o funcionario público y únicamente en relación con documentos públicos u oficiales cuya falsedad no se halle expresamente tipificada fuera del art. 390 CP. El art. 391 CP remite a la falsedad cometida en el artículo anterior, en que se contiene la falsedad genérica del funcionario en ejercicio de sus funciones. Por tal

QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 679, en que afirma que no ha de quedar limitada la falsedad culposa a los funcionarios, sino que el deber de veracidad o de cerciorarse de la verdad de lo que se hace o se dice obliga en determinadas circunstancias a los particulares cuya mendacidad puede ser a veces trascendente como la del funcionario; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 487, en que admite la comisión imprudente también por particular; BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 337.

⁵⁵⁶En relación con la situación que ello generaba en el delito de falsedad documental, CERESO MIR, *Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Pérez-Vitoria*, t. I, pp. 138-139, para quien la incertidumbre generada en este delito con la antigua regulación de la imprudencia "supone un grave menoscabo de la seguridad jurídica, una grave infracción del principio de legalidad de los delitos y de las penas".

⁵⁵⁷En tal sentido, por todos, TORÍO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, op. cit., passim, en que se ponen de manifiesto distintos criterios en orden a admitir la comisión imprudente de delitos en el anterior Código penal. Para el autor no sólo había de tenerse en cuenta la simple posibilidad lógica o conceptual de la imprudencia, sino y sobre todo, el contenido típico de cada figura delictiva, por lo que la cuestión de si un delito era comisible imprudentemente se traslada a la parte especial. En lo tocante a los argumentos favorecedores del paso de un sistema de *numerus apertus* -más acorde con la sistemática causalista del delito- a uno de *numerus clausus*- vid. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 86-94. En consideración exclusiva a la falsedad documental, ya GONZÁLEZ CUELLAR, *La falsedad en documento público*, op. cit., p. 381, había opinado acerca de la mayor adecuación de la incriminación cerrada de la imprudencia prevista en el PrCP de 1980.

⁵⁵⁸Sostiene, sin embargo, que la existencia del art. 12 CP nada determina acerca de la asunción de un sistema de *crimina culposa* en el nuevo Código penal, FEIJOO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de "lege data" y de "lege ferenda")*, op. cit., p. 306.

⁵⁵⁹En tal sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 97, en que critica que el nuevo Código incrimine delitos imprudentes en relación ilícitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales y de peligro, además de cuestionar el mantenimiento de ciertos delitos de funcionarios imprudentes -así la prevaricación judicial o la falsedad documental- desapareciendo otras tradicionales -tales como la prevaricación administrativa o la malversación imprudentes-. Para el autor "la regulación del sistema de *numerus clausus* que efectúa el Código es satisfactoria en sus mínimos, pero dudosa, por lo arbitrario, en los máximos, produciéndose la sensación de que la selección obedece en algún caso a criterios de oportunidad". Contra el mantenimiento del delito de daños imprudente, DEL VALLE GÓMEZ, *Tratamiento de los delitos y faltas por imprudencia en la moderna reforma penal en España*, en *La Ley*, 1996-2, p. 1616.

razón, no abarca la falsedad del supuesto contemplado en el art. 394.1 CP -relativo a la autoridad o funcionario público encargado de los servicios de telecomunicación que falsificare un despacho telegráfico u otro documento propio de dichos servicios- ni al delito previsto en el art. 398 CP, relativo a la autoridad o funcionario público que libra una certificación falsa. El privilegio que ambos ilícitos suponen en relación con la falsedad genérica propia de funcionario se traduce no sólo en la menor penalidad prevista para la falsedad dolosa, sino también en la ausencia de incriminación en ellos de la modalidad imprudente⁵⁶⁰.

La incriminación de la falsedad documental imprudente de funcionario implica el otorgamiento de relevancia penal al incumplimiento de deberes específicos de control que sólo a determinados funcionarios documentadores incumben, siempre que actúen en el ejercicio propio de sus funciones. Ni siquiera la doctrina partidaria de la imposibilidad de comisión culposa de la falsedad se había mostrado completamente disconforme con esta posibilidad⁵⁶¹, habida cuenta de la existencia de un grupo de funcionarios que tienen como cometido específico velar por la correcta funcionalidad de determinada clase de documentos. El art. 391 CP no exige que el funcionario o la autoridad actúen en el ejercicio de sus funciones, como hace con la falsedad dolosa, quizá para evitar posibles objeciones acerca de la compatibilidad de este elemento -ahora objetivizado- con la falsedad imprudente⁵⁶². Ahora bien, si se exige, como aquí se hace, que el funcionario que incurra en este delito ha de hacerlo incumpliendo una obligación supervisora normativamente establecida en relación con determinados tipos de documento, la

⁵⁶⁰COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad documental*, op. cit., pp. 441 y 443, consideraba criticable, ya en el PrCP de 1994 y en el Derecho proyectado anterior, la ausencia de tipificación de la falsedad imprudente de certificados, tanto de facultativos como de funcionarios. En los mismos términos, en relación con el Código penal de 1995, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 283.

⁵⁶¹Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Las falsedades documentales y la evolución del Derecho positivo español*, op. cit., p. 94 y ss., para quien no resultaban inimaginables conductas negligentes por parte de determinados funcionarios que dieran lugar a la documentación de inveracidades, ni criticaba la posibilidad de incriminación de tales conductas desde el punto de vista político-criminal; sin embargo, consideraba que debían incluirse como delitos contra la función pública, y no como delitos de falsedad documental, al constituir conductas con las que no se enturbia el sentido jurídico que han de tener las falsedades documentales y porque son afines a las que atentan contra la función pública. En parecido sentido, COBO DEL ROSAL, *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, op. cit., pp. 441 y 444, en que consideraba razonable la incriminación de la falsedad imprudente de funcionario en la PANCP de 1983 -muy semejante a la del actual CP-, en razón del especial deber de cuidado que gravita sobre un funcionario público que en el ejercicio de su cargo emite un documento producto de la participación en la función pública, lo que requiere de una mayor diligencia que el particular. No descartaba la futura incriminación de tales conductas, que para él constituirían excepciones para aquellos funcionarios públicos sobre los que pesa un deber especial de cuidado. La ratio de incriminación, según su opinión, no habría que verla en la configuración de un documento falso, sino en el abandono y el mal funcionamiento de su participación en la función pública. En parecido sentido, para el actual delito de falsedad imprudente, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 149-150, en que establece la íntima relación de la infracción de la norma de cuidado propia del delito imprudente con la infracción del deber profesional al que está sometido el funcionario.

⁵⁶²En tal sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *Falsedad imprudente en certificado médico de defunción*, op. cit., p. 254, establecía que sólo si el "abuso de oficio" pudiera interpretarse objetivamente como "el ejercicio de su oficio" podría castigarse la conducta culposa, reconociendo que la utilización de esta última expresión en la PANCP de 1983 suponía un entendimiento del requisito desligado de toda carga subjetiva. Asimismo, ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 326, considera que "en el ejercicio de sus funciones" es de corte netamente objetivo.

necesidad de que lo haga en el cumplimiento de sus obligaciones en tanto que funcionario ha de considerarse ínsita en el mismo delito. Ello supone, al igual que ocurría con el delito doloso, que sólo el funcionario que se encuentra en una determinada relación funcional con el documento cuya funcionalidad resulta alterada podrá ser sancionado por falsedad imprudente. Obsérvese que tal condición tiene aquí una importancia capital, dado que si la relación funcionario-documento no se da en el concreto caso, no podrá afirmarse la reponsabilidad por falsedad documental. En tales supuestos, a salvo de que la conducta sea constitutiva de un delito de infidelidad en la custodia de documentos, la misma podrá ser, como mucho, sancionada por vía disciplinaria. La penalidad prevista en el art. 391 CP constituye apoyo para la interpretación que aquí se preconiza, al establecer, cumulativamente a la pena de multa de seis a doce meses, la de suspensión de empleo o cargo público de seis meses a un año, sin prever ninguna pena privativa de libertad⁵⁶³.

No puede interpretarse con ello que se postule un entendimiento del delito de falsedad documental como mera infracción de deber, aunque sí es cierto que este delito criminaliza conductas de funcionario que atentan esencialmente contra el buen funcionamiento de la Administración pública⁵⁶⁴. La diferencia entre la falsedad dolosa y la imprudente no se cifrará necesariamente en la imprudencia del funcionario en relación con el cumplimiento de aquellos deberes que le son propios, sino en relación con el resultado de disfuncionalidad que tal incumplimiento puede suponer en relación con el documento. Así, el Corredor de Comercio que interviene una póliza de contrato mercantil sin pedir identificación a los otorgantes, pero sabiendo que no son quienes dicen ser, obra conociendo que incumple sus funciones y que tal inobservancia conllevará la emisión de un documento con funcionalidad alterada. Justamente por tal razón la falsedad es dolosa. Distinta es la solución en el mismo caso, cuando el funcionario no admite que el incumplimiento haya de alterar la funcionalidad del documento, en que cabe afirmar la comisión imprudente. De ahí que no estemos de acuerdo con aquellos que afirman el dolo siempre que el Corredor no esté presente en el momento de firmarse el contrato⁵⁶⁵.

⁵⁶³Solamente en relación con la penalidad prevista en el delito se inició algún tipo de debate durante la tramitación parlamentaria del Proyecto. En tal sentido, el Grupo Parlamentario Popular presentó las enmiendas núm. 422 en el Congreso y 642 en el Senado, con las que se pretendía que el texto incluyera la expresión “negligencia inexcusable” en lugar de “imprudencia grave” y se estableciese una pena privativa de libertad -de prisión de seis meses a dos años- alternativa con una pena de multa, por considerar excesivamente grave la pena de suspensión, y siempre teniendo en cuenta la importancia del documento falseado. Frente a las razones del Grupo popular, el socialista argumentó, no sin razón, que la línea básica del Proyecto consiste en imponer la inhabilitación o la suspensión al funcionario público que delinque “en el ejercicio de su cargo”, así como que la inclusión en el precepto de un criterio de modulación de la penalidad relativo a la importancia del documento falsificado “es irrespetuosa de todo punto y choca frontalmente con los principios de taxatividad, legalidad y, consiguientemente, con el de seguridad jurídica”. Vid. al respecto, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-6, 6 marzo 1995, p. 214; Pleno, núm. 162, 5 julio 1995, p. 8667; Senado, Comisiones, núm. 226, 10 octubre 1995, pp. 72 y 73; Senado, Pleno, núm. 94, 26 octubre 1995, pp. 4854 y 4856.

⁵⁶⁴En esta línea, BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 348, considera que plantear una responsabilidad por negligencia inexcusable, como se hizo en el art. 480 PrCP de 1980, supone establecer un hecho no ya en relación a la fe pública, sino en consideración a la Administración pública y a los deberes y actuaciones que se le puede exigir por ello al funcionario público.

⁵⁶⁵De esta opinión MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, op. cit., p. 550, quien, posiblemente con consciencia de lo taxativo de su afirmación, la matiza diciendo que en aquellos casos en que el funcionario crea “de buena fe”, pero con error

Así configurado el delito, aparece como la criminalización de una imprudencia profesional específica. No cumplimenta el tipo la omisión de comunes deberes de cuidado, sino sólo la de aquellos esenciales al cargo que se desempeña⁵⁶⁶. No se nos oculta que con ello pueden reproducirse en sede de los delitos de falsedad las disquisiciones excesivas de la jurisprudencia en orden a deslindar la “culpa profesional” de la llamada “culpa del profesional”⁵⁶⁷-que consistiría en la infracción de una norma general, no la propia de su función, por parte de un determinado profesional-, y que se habían producido hasta el momento, sobre todo en el ámbito de las imprudencias médicas y en el de aquellas cometidas por profesionales de la conducción.

No basta con que el funcionario vulnere cualquier norma de aquellas que disciplinan su función para que la imprudencia sea constitutiva de delito. Es necesario que se trate de una de carácter elemental o básico, puesto que en el precepto se alude a la “imprudencia grave”⁵⁶⁸, sin que ello signifique que no haya de tenerse en cuenta la capacidad subjetiva del autor en orden a determinar la concurrencia de este tipo de imprudencia⁵⁶⁹. No tiene relevancia penal, en cuanto

vencible, que la identidad que se afirma es verdadera, podría plantearse la incriminación por imprudencia, aunque cree que sólo debería dar lugar a infracción disciplinaria.

⁵⁶⁶En tal sentido QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 523; FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de “lege data” y de “lege ferenda”)*, op. cit., p. 314, para quien razón de la incriminación de la falsedad imprudente la constituye “que el sujeto activo tenga un especial deber de cuidado en función de su profesión, oficio, cargo o posición jurídica”.

⁵⁶⁷La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la culpa o imprudencia profesional “descansa en la *impericia*, que tanto puede encontrar su fundamento en la ignorancia, como en la ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente, esto es, aquella en la que el sujeto activo, pese a ostentar un título habilitador que reconoce su capacidad científica y técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, desmiente o contradice en su actuación semejante presunta competencia, ya porque realmente en su origen no adquiriese tal función o el dominio precisos, ya porque una inactualización inexcusable le haya abocado a situación de ineptitud e inhabilidad manifiesta; también queda subsumida en esta la denominada *negligencia profesional*, escalón progresivo o acentuado de la imprudencia temeraria en la que se causa una especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen, estén o no reflejados en el estatuto gobernador de su actividad, inatención que tornan las acciones u omisiones del profesional en extremadamente peligrosas e incompatibles con el ejercicio de la profesión”. Cfr., por todas, STS 29 marzo 1988 (RJ 2124).

⁵⁶⁸Es mayoritaria la doctrina que identifica la imprudencia grave del actual Código penal con la imprudencia temeraria del anterior Código penal. En este sentido, MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 98, para quien, caso de interpretarse la imprudencia grave en un sentido más amplio que la temeraria, se incurriría en la contradicción de que el legislador, habiendo pretendido por un lado limitar la relevancia penal de la imprudencia mediante el establecimiento de un sistema de *numerus clausus*, habría amplificado el ámbito de conductas imprudentes en aquellos tipos que las admiten. Por ello, considera que imprudencia grave es equivalente a temeraria: constituye la manifestación más grave de la infracción de deberes objetivos de cuidado. En parecido sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 113. En relación específica con la falsedad documental, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 149, considera que, a los efectos de determinar la imprudencia grave en tal delito, el parámetro del hombre menos cuidadoso “ha de interpretarse desde el punto de vista que impone el cumplimiento concreto de una función pública y los niveles de exigencia que dicho cargo impone a los efectos del desarrollo diligente del mismo”, de ahí que admite que se infringe la norma que da lugar al injusto imprudente cuando el autor se descuida en el cumplimiento de las “*mínimas* normas de cuidado exigidas en el desempeño de su cargo”.

⁵⁶⁹Ha sido hartamente discutida en nuestro país, al igual que en la doctrina científica de otros países de nuestro entorno jurídico, la cuestión de si las capacidades individuales - superiores a la media dentro del ámbito en que se desenvuelve el sujeto activo- han de ser

delito de falsedad documental, la imprudencia leve, dada la ausencia de previsión de una falta correspondiente con este delito en el Libro III CP.

A salvo de alguna que otra deficiencia en la redacción⁵⁷⁰, el mayor problema interpretativo planteado por la actual regulación del delito imprudente, íntimamente entroncado con la doble modalidad comisiva que el precepto prevé, es la remisión *in totum* que el mismo hace a las conductas falsarias contenidas en el art. 390 CP. Aunque no siempre se hubiera negado la posibilidad de comisión de la falsedad imprudente mediante la simulación o alteración del documento -las tradicionalmente llamadas falsedades materiales- lo cierto es que el comportamiento que, sin observar el cuidado debido, provoca un resultado imputable es más fácil de imaginar en las falsedades contenidas en los núms. 3 y 4 del art. 390.1 -las llamadas falsedades ideológicas-⁵⁷¹. Tanto es así que ciertos autores han

tenidas en consideración ya para configurar el injusto o bien han de reconducirse a la culpabilidad. Quienes preconizan una concepción causalista del delito distinguen tradicionalmente entre el deber objetivo de cuidado -situado en el ámbito del injusto- y el deber subjetivo de cuidado- inserto en la culpabilidad-, momento en que tienen en cuenta las especiales capacidades del sujeto. En tal sentido, vid. COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 574 y ss; VIVES, *Comentarios al Código penal de 1995*, op. cit., pp. 89-90; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, 1ª reimpresión, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pp. 340 y ss; TORÍO LÓPEZ, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, op. cit., en ADPCP, 1974, fasc. I, passim, quien razona que el que el sujeto pueda usar de unas especiales capacidades es un supuesto excepcional que no puede trastocar la estructura del delito culposo; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 615 y ss., quienes, sin asumir una concepción clásica del delito, encuentran reparos en incluir dentro del injusto el deber subjetivo de cuidado, por lo que, para tener en cuenta las capacidades del sujeto, concretan la norma de cuidado a la propia de una persona dentro del círculo del autor. Quienes, por el contrario, se apartan de esta concepción, suelen tener en cuenta las concretas capacidades del individuo ya para configurar la infracción del deber de cuidado en el injusto del delito imprudente. De esta última opinión, QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 360-362; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., pp. 277 y ss., quien diferencia entre facultades personales las sobresalientes, en que se ha de tener en cuenta si el sujeto pudo emplearlas voluntariamente; BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 384; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El delito imprudente en el Código Penal de 1995*, en *Poder Judicial*, 2ª época, 1995, nº 40, p. 227, en que afirma que los conocimientos especiales pertenecen al tipo objetivo en aquellos casos en que existe una posición de garante, mientras que los problemas de evitabilidad individual en sentido estricto pertenecen al tipo subjetivo. En contra de la consideración de las facultades personales en el injusto se han manifestado en España también partidarios de la concepción finalista del delito, cfr. CEREZO MIR, *El tipo de lo injusto en los delitos de acción culposos*, en ADPCP, 1983, fasc. III, pp. 473 y ss. en que cuestiona tal entendimiento que puede llegar a confundir injusto y culpabilidad en este delito; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general II*, 6ª ed., op. cit., pp. 161 y ss.

⁵⁷⁰Al respecto, QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 523, quien critica que el precepto se refiera al funcionario o autoridad que "incurra" en falsedad, pues considera que se incurre en errores o en otros estados, pero no en hechos, pues los hechos se "cometen".

⁵⁷¹De esta opinión, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., pp. 672-673, para quien las formas de comisión materiales no son en sí menos aptas que las ideológicas para ser calificadas como culposas, sin que en ningún caso puedan serlo las de alteración fraudulenta salvo en alguna rara hipótesis de gabinete - el caso de la corrección de errores-, de forma tal que son las formas de redacción de un documento falso íntegramente o aquellas formas ideológicas las más fácilmente imaginables en comisión imprudente; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal. t. II. Parte especial*, op. cit., p. 141, para quien resultaba imposible de imaginar la falsedad imprudente de las modalidades comisivas previstas en los núms. 1, 2, 7 y 9 del art. 302 CP de 1973; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit.,

cuestionado ya el sentido de dicha remisión integral por lo que a los supuestos de simulación y alteración se refiere⁵⁷².

Sólo la doble posibilidad de comisión prevista en el delito imprudente de falsedad documental puede explicar la remisión integral a cualquier modalidad comisiva falsaria de las previstas en el art. 390 CP. En el art. 391 CP se prevén dos formas en que el funcionario o la autoridad pueden, omitiendo la observancia de una norma de cuidado de las referidas a su cargo, cometer un delito de falsedad documental. La primera causando él mismo la falsedad, que ha de ser necesariamente imputable a su actividad⁵⁷³, cuando el precepto se refiere a la autoridad o funcionario que “incurriere” en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior. La segunda, cuando “diere lugar” a que otro las cometa. En el primero de los supuestos, a salvo de aquellos en que el funcionario o la autoridad incurra en error de tipo vencible, resultan más fácilmente imaginables las conductas previstas en los núms. 3 y 4 del art. 390.1 CP. Por contra, la expresión “diere lugar” parece estar aludiendo a aquellos otros supuestos en que el funcionario, al incumplir normas inherentes a su propia función, facilita, mediante un comportamiento activo u omisivo, que un tercero cometa una falsedad “dolosa”.

La dicción de este segundo inciso del art. 391 CP ha propiciado que un sector doctrinal haya visto en ella la positivación de un supuesto de participación imprudente en delito doloso⁵⁷⁴. Tal interpretación tiene su sentido, desde el

p. 982, de la misma opinión que el anterior, subrayando, en p. 928, nota 14, que no son partidarios de la comisión imprudente de la falsedad en todo caso; JIMÉNEZ ASENJO, *Falsificación de documentos*, op. cit., p. 487, quien, a pesar de no negar la posible comisión imprudente de falsedades de carácter material, considera más fácilmente comisibles las de tipo ideológico; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. III, op. cit., p. 863, quien sólo se plantea la posibilidad de comisión imprudente de las falsedades ideológicas; GONZÁLEZ CUSSAC, *Falsedad documental e imprudencia*, op. cit., pp. 235-236, en el mismo sentido que el anterior.

⁵⁷²En tal sentido, FERNÁNDEZ PANTOJA, *El delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 281 y 282, quien ve problemas en la admisión de la falsedad imprudente consistente en la simulación; CONDE PUMPIDO/BURKHALTER THIÉBAUT, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, op. cit., p. 3700, en relación tanto con la alteración como con la simulación; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 1741, para quien la modalidad de alteración y la de simulación de documento no son comisibles imprudentemente; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 636, quien considera que el funcionario sólo puede incurrir en falsedad imprudente en las modalidades comisivas previstas en los núms. 3 y 4 art. 390 CP; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., pp. 147-148, en cuya opinión “el legislador actual no parece haberse percatado de estos antecedentes tanto doctrinales como jurisprudenciales”, pues los números 1 y 2 del art. 390 CP describen conductas eminentemente dolosas -a salvo de un posible error vencible- siendo las dos últimas modalidades comisivas las susceptibles de comisión imprudente, desde el momento en que esta figura se limita a aquellos casos donde la labor del funcionario consiste en la constatación en el documento de hechos o declaraciones a los cuales dota de fe pública su intervención; CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, op. cit., p. 363.

⁵⁷³Sobre el papel que la imputación objetiva tiene en orden a limitar la incriminación de las conductas imprudentes meramente “causales” de resultados lesivos, pero que no son normativamente imputables a su autor, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Límites en la responsabilidad por imprudencia (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 27 de enero de 1984)*, en *La Ley*, 1984-4, pp. 1040 y ss.

⁵⁷⁴En tal sentido, VARGAS CABRERA, *La culpabilidad en las falsedades documentales*, en BENÉYTEZ MERINO y otros, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 270, apuntó ya esta interpretación en relación con el PrCP de 1994, en que hacía equivaler el “dar lugar” a “facilitar” o “favorecer”. Mantienen su misma opinión, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición, op. cit., p. 636, quien, además, niega la posibilidad de aplicar tal precepto cuando se tratase de participación imprudente en el delito

momento en que la participación imprudente no sería penalmente relevante de no permitirlo expresamente la dicción de la Ley, al ser inherente a la misma la voluntad de coadyuvar a la comisión del delito⁵⁷⁵. Sin que ello suponga prejuzgar acerca de la posibilidad conceptual de admitir la participación en el delito imprudente o la participación imprudente en delito doloso en general⁵⁷⁶.

Admitida la interpretación mayoritaria del precepto, podrían incluirse en la modalidad comisiva del “dar lugar” aquellos supuestos en que el funcionario se coloca, por su actuación imprudente, en situación de servir de instrumento al particular doloso que pretende servirse de él para cometer la falsedad documental. Es decir, aquellos casos en que un Notario, sin hacer las averiguaciones pertinentes, autoriza una escritura pública en la que uno o varios de los otorgantes no tienen la identidad que manifiestan tener, sería autor de este delito. El particular cometería el previsto en el art. 392 en relación con el 390.1.3º CP -suponer en un acto la intervención de personas que no lo han hecho- o 390.1.2º CP -simulación parcial de documento- según los casos. Mediante esta conclusión, además de otorgar un argumento que contribuye a dotar de sentido a la remisión del art. 392 a

imprudente del que otro es autor, pues entonces se extendería en demasía el tipo y los deberes que le sirven de base, entrándose en contradicción con el principio de accesoriadad, que exige que el hecho principal sea doloso; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 282, para quien se equipara a una autoría de falsedad imprudente una forma participativa en una falsedad dolosa cometida por otro; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pp. 659-660; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., p. 328; MOYNA MÉNGUEZ, *Las falsedades documentales*, op. cit., p. 1322, quien tan sólo apunta la posibilidad.

⁵⁷⁵Según CUERDA RIEZU, *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español*, en ADPCP, 1992, fasc. II, pp. 504 y ss., en que admite que tanto en los casos de participación imprudente en delito doloso como de participación dolosa en delito imprudente es posible que los tipos de autor y partícipe sean dispares, constituyendo excepciones a la regla justificadas por el principio de responsabilidad subjetiva, al que en estos casos se dotaría de preeminencia en relación con el principio de accesoriadad, con el que entra en conflicto.

⁵⁷⁶En nuestro país, a diferencia de Alemania, un amplio sector de la doctrina se muestra partidario de la distinción de formas de autoría y participación en el delito imprudente. Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *El autor mediato en Derecho penal español*, op. cit., pp. 480 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, op. cit., p. 815; LUZÓN PEÑA, *La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, op. cit., passim, en que asume un concepto objetivo del dominio del hecho, que él denomina “determinación objetiva” del hecho, que permite distinguir también en sede de imprudencia conductas de autoría y de participación; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, op. cit., passim, en que asume un concepto predominantemente objetivo del dominio del hecho, lo mismo que Luzón Peña; FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de “lege data” y de “lege ferenda”)*, op. cit., p. 330; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, op. cit., pp. 628-629, para quienes cabe la participación en el delito imprudente, aunque niegan la posibilidad de participación imprudente en delito doloso o participación dolosa en delito imprudente; CUERDA RIEZU, *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en el Derecho Penal español*, op. cit., pp. 101-102; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, op. cit., p. 819; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 105-109. Mantienen, sin embargo, la imposibilidad de distinguir autoría y participación en delito imprudente en nuestro país, entre otros, QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 364; CEREZO MIR, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española*, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, op. cit., p. 172; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 509; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El delito imprudente en el Código penal de 1995*, op. cit., p. 238.

una de las falsedades ideológicas contenidas en el art. 390 CP, se está afirmando la derogación tácita del polémico art. 23 Ley del Notariado. Es decir, aunque la Disposición Derogatoria Única del Código penal no se refiera expresamente a este precepto, un artículo precente contrario a una Ley Orgánica posterior ha de considerarse implícitamente derogado por esta última⁵⁷⁷. Con ello termina el trato privilegiante de que habían sido objeto los Notarios en relación con otros fedatarios, sin necesidad de mayores disquisiciones⁵⁷⁸, al poderse incriminar su conducta vía art. 391 CP. Esto no significa que el Notario no pueda quedar exento de toda responsabilidad penal en aquellos supuestos en que incurra en un error de tipo invencible. Así, por ejemplo, cuando uno de los otorgantes le presente un documento de identidad falso de cuya autenticidad no dudaría cualquier integrante del cuerpo de Notarios, será difícil construir la falsedad imprudente. Ahora bien, que la conducta del instrumento imprudente -utilizado por autor mediato doloso- sea incriminable mediante la segunda modalidad comisiva del art. 391 CP no significa que los casos de autoría mediata con instrumento doloso no cualificado puedan incluirse aquí. No tendría sentido incriminar como delito imprudente la conducta del funcionario que se sirve de un particular no cualificado que obra dolosamente como autor inmediato; la conducta del funcionario sería entonces dolosa. Configurándose la segunda modalidad comisiva como forma de participación, hay quien ha exigido que la conducta del autor principal sea típica⁵⁷⁹. Sin embargo, que el Código criminalice expresamente una forma de participación implica la ruptura de lo que PEÑARANDA denomina “límite negativo” de la accesoriedad⁵⁸⁰. Esto es, la relevancia penal de la conducta del partícipe no depende de la del autor cuando la Ley lo establece así expresamente. En tal caso, la participación del funcionario será típica conforme al art. 391 CP a pesar de que el particular sea autor de una

⁵⁷⁷Téngase en cuenta que el núm. 2 Disposición Derogatoria establece “Quedan también derogadas cuantas normas sean incompatibles con lo dispuesto en este Código”.

⁵⁷⁸FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., pp. 272 y ss, quien, sin embargo, no se ha planteado la derogación de este precepto que la aprobación del nuevo Código penal supone, planteando que debe postularse su desaparición debido a su posible inconstitucionalidad. Como solución que estima pertinente, llega a la misma conclusión que aquí se propone: que no ha de ser incriminable la conducta del Notario que, cumpliendo con lo que en el art. 187.3 Reglamento Notarial se establece en relación con la identificación de los otorgantes, incurre en error sobre la identidad de uno o varios de ellos, mientras que sí ha de afirmarse la responsabilidad penal del funcionario en aquellos casos en que, sin conocer a los comparecientes y sin pedir documentos acreditativos, se fía de lo que éstos dicen sobre su identidad.

⁵⁷⁹De la esta opinión, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, op. cit., p. 282, quien expresamente se refiere a la atipicidad de esta forma de participación cuando el particular comete la falsedad prevista en el art. 390.1.4º CP. Resulta justamente este supuesto uno de los puntos oscuros de la interpretación consistente en concebir esta modalidad imprudente como forma de participación según MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, op. cit., p. 240. Distinta opinión parece sostener GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, op. cit., p. 150, para quien en la modalidad de “dar lugar” a que otro cometa el delito el legislador está contemplando aquellos casos en que “la autoría del documento corresponde al funcionario público o autoridad, es decir, el desempeño de la función pública es competencia del sujeto activo del delito, quien, no obstante, en la materialización documental de los hechos emplea a otra persona, que a los efectos del delito está exenta de responsabilidad por cuanto el dominio del hecho le corresponde al funcionario o autoridad”, poniendo como ejemplo el supuesto en que la secretaria del Notario redacta un acta con los datos falsos que éste le proporciona, sin haber estado él presente en el acto.

⁵⁸⁰Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, op. cit., pp. 336 y ss. y 355 y ss.

conducta falsaria en relación con la que el art. 392 no remita al 390.1 CP (así el faltar a la verdad en la narración de los hechos).

La posibilidad de incriminación de comportamientos imprudentes del funcionario o autoridad encargado de realizar el acto de documentación no se agotan, sin embargo, en los supuestos arriba mencionados. Efectuando un repaso por los distintos preceptos incriminadores de conductas relacionadas con funcionarios -ya sea dentro o fuera del Título dedicado a los delitos contra la Administración Pública- no cuesta encontrar supuestos en que la dicción del respectivo precepto, tipifica, junto a la conducta del funcionario que directamente comete el delito, aquella otra permisiva de éste en consideración a la de un tercero que directamente lo ejecuta⁵⁸¹, y que han sido conceptuados generalmente como supuestos de comisión por omisión⁵⁸². De todos ellos, el que presenta una formulación más semejante a la prevista en el art. 391 CP es el específico delito de revelación de secretos que afectan a la seguridad nacional contenido en el art. 601 CP. Pese a no prever una doble posibilidad comisiva, sí incluye la expresión “dar lugar”⁵⁸³, que se ha entendido lo suficientemente amplia como para incluir supuestos de comportamiento activo u omisivo⁵⁸⁴.

Si el “dar lugar” a que otro cometa el delito se interpreta como la creación de una situación que es utilizada por un tercero que, de manera activa, sí produce el

⁵⁸¹Vid. arts 176, dentro del delito de torturas, en relación con la “autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas...”; 415, entre los delitos de infidelidad en la custodia de documentos, en relación con “la autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediera o permitiera acceder a documentos secretos...”; 432.1, delito de malversación, que describe la conducta de “la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajera o consintiera que un tercero, con igual ánimo, sustraiga...”; o el art. 471, en el quebrantamiento de condena, que incrimina la conducta del “funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido...” que proporciona su evasión.

⁵⁸²En tal sentido, aun sin referirse específicamente a los delitos de funcionarios, BACIGALUPO, *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal*, en ADPCP, 1970, fasc. I, p. 39, considera que los casos en que la ley penal misma se refiere a omisiones equivalentes a actos positivos y ubicando ambos bajo la misma pena, el omitente aparece “puesto” por el ordenamiento jurídico en una determinada posición de protección respecto al bien jurídico que “o bien se trata de a) *protección de un determinado bien jurídico frente a los peligros que pueden emanar de cualquier fuente de riesgos*, o bien de b) *protección de los bienes jurídicos que pueden verse afectados por una fuente de riesgos cuyos cuidados y custodia incumben al autor*”. En relación con los ilícitos mencionados en la anterior cita, admiten que incluyen supuestos de comisión por omisión, respectivamente, TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 868; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en o.u.c., p. 1821; MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, en o.u.c., p. 1893 y GARCÍA ALBERO, en o.u.c., p. 2011; DE LA MATA BARRANCO, *La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales...*, op. cit., p. 42, considera que en los arts. 432 y 415 CP la incriminación del “permitir” que otro cometa el delito implica la elevación a la categoría de autor de determinados comportamientos que son participaciones en hechos ajenos.

⁵⁸³En virtud de tal artículo “El que, por razón de su cargo, comisión o servicio, tenga en su poder o conozca oficialmente objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta o de interés militar, relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional, y por imprudencia grave dé lugar a que sean conocidos por persona no autorizada o divulgados, publicados o inutilizados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”.

⁵⁸⁴De esta opinión, SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal del secreto de Estado (artículo 135 bis a) al 135 bis d) del Código penal*, Ed. Edersa, Madrid, 1994, op. cit., pp. 286 y ss.; MORALES GARCÍA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pp. 2267-2268.

resultado concreto⁵⁸⁵ -que en este caso consistiría en la confección de un documento disfuncional o en la conversión de un documento con previa funcionalidad correcta en uno disfuncional- no existe ningún impedimento en que ello acontezca con un comportamiento activo u omisivo de la persona obligada. Esta interpretación viene reforzada por la concepción doctrinal que preconiza la identificación entre la comisión y la omisión, en el sentido de que ambas son normativamente -que no desde un punto de vista ontológico- equivalentes, al poder suponer un mismo fundamento material en la responsabilidad penal⁵⁸⁶. En puridad, lo que con la modalidad comisiva del “dar lugar” se estaría incriminando es la no evitación de la materialización de un resultado lesivo por parte de aquellas personas encargadas -determinados funcionarios o autoridades- del control de un foco de peligro, al desplegar el mismo sus efectos causales, sin que éstos lo hayan sometido a las medidas de precaución de cuya aplicación son responsables⁵⁸⁷. Supone pues, la responsabilidad por aquella conducta, activa u omisiva, del

⁵⁸⁵Cfr. SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal del secreto de Estado*, op. cit., p. 286, afirmando, en p. 289, que con el dar lugar “se castiga la creación de esa situación, siempre que se produzca el resultado de que el tercero llegue a conocer”.

⁵⁸⁶Ya TORÍO, *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en ADPCP, 1984, fasc. III, pp. 693 y ss., pone de manifiesto el progresivo acercamiento que se va dando entre las dos instituciones a medida que se abandona la visión causalista del delito. En tal sentido, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 949, en que afirma que “la distinción materialmente más significativa no es, pues, la que separa comisión y omisión, sino la que atiende al fundamento de la responsabilidad: entre responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional”. En relación con esta misma cuestión, JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, traducc. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Cuadernos de Conferencias y Artículos nº 12*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996, p. 59, afirma que “Tanto respecto de la acción como de la omisión se trata de la misma competencia por organización o del mismo “fundamento jurídico especial”, esto es, en definitiva, de la misma institución irrenunciable; por ello se debe afirmar una completa congruencia de la responsabilidad por acción como la de la omisión”. La concepción de equivalencia de ambas formas comisivas preconizada por este autor tiene también su anclaje en la concepción de la acción por él sostenida, que puede verse en JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción*, traducc. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pp. 100 y ss, en que sostiene que la acción es solo “la causación imputable”, esto es, que la acción jurídico-penal se halla determinada por la imputación, resolviéndose así la tradicional separación entre acción u omisión. Mantiene en España la identidad estructural entre la comisión y la omisión desde un punto de vista normativo justamente sobre la base de la imputación del resultado, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 57 nota 14 y p. 62, quien se muestra parcialmente conforme con la teoría de la omisión desarrollada por JAKOBS, aunque no comparte con este autor la consideración de la comisión por omisión en virtud de una “incumbencia institucional”. Un intento, en la doctrina española, de superar el divorcio entre los conceptos ontológicos de la acción y la omisión, reunidos en el supraconcepto ontológico- a diferencia de JAKOBS- del “comportamiento” puede verse en GIMBERNAT, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, en ADPCP, 1987, fasc. III, pp. 579 y ss. En contra de la equivalencia estructural, HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, op. cit., p. 32, nota 25, para quien la misma existencia del art. 11 CP supone la prueba de la ausencia de identidad entre ambas formas de comportamiento.

⁵⁸⁷En tal sentido GIMBERNAT, *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP, 1994, fasc. III, pp. 21 y ss, en que sostiene que “cuando en el acontecimiento intervienen varias personas, los encargados de vigilar que el foco de peligro causante del resultado típico no rebase el riesgo permitido responderán cuando no cumplen con su obligación y por esa inactividad, por un delito imprudente en comisión por omisión”.

encargado de control de un foco de peligro que determina la conversión del riesgo permitido en ilícito o, lo que es lo mismo, la desestabilización del foco de peligro⁵⁸⁸.

Lo hasta ahora indicado permite afirmar que dentro de la segunda de las modalidades de comisión imprudente de la falsedad caben supuestos de comisión por omisión, posibilidad que ya había sido apuntada por algún autor⁵⁸⁹. Con esta modalidad se afirma, en definitiva, la responsabilidad del funcionario al que, sin ser autor material de la falsedad, se le puede imputar normativamente el resultado, por cuanto el mismo acontece dentro de su ámbito de responsabilidad y justamente a causa de la relajación en el cumplimiento de específicas obligaciones que su cargo impone para la protección de la funcionalidad de determinados documentos. No ha de olvidarse, sin embargo, que las mencionadas obligaciones tienen como último fin la protección del mismo bien jurídico que el delito de falsedad trata de garantizar, por lo que no nos hallaríamos ante la criminalización de una mera infracción de deber⁵⁹⁰. El incumplimiento de sus obligaciones debe sobrepasar la barrera de lo intolerable, porque sólo así puede imputarse normativamente el resultado, y sólo de esta forma se justifica la equiparación punitiva que el precepto establece entre aquellos supuestos en que el funcionario mismo comete la falsedad y aquellos otros en que permite que terceros la cometan. Es más, no sería suficiente con la mera infracción del deber para afirmar la comisión por omisión de esta modalidad imprudente, sino que procede efectuar un juicio de equivalencia según “el sentido del texto de la ley”⁵⁹¹. En virtud del mismo quedará generalmente vetada la autoría del omitente en un delito de medios determinados como la falsedad, pero no se impedirá la equiparación a la cooperación necesaria siempre que se dé un hecho de autoría activa punible por parte de un tercero⁵⁹².

⁵⁸⁸Partiendo del efecto desestabilizador, GIMBERNAT, o.u.c., pp. 40 y ss., concluye que existe una equivalencia valorativa entre la comisión y la omisión en el delito imprudente, dado que “*funcionalmente* existe una *equivalencia* entre la *desestabilización* del nivel de lo permitido *porque* una *acción* incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado (...) y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una *omisión* porque, en contra de lo *normativamente previsto*, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado”. Conecta la concepción de Gimbernat en cuanto a la identidad funcional de la acción y la omisión en el delito imprudente con el “dar lugar” del ilícito previsto en el art. 601 CP, MORALES GARCÍA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 2267.

⁵⁸⁹Cfr. QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 523, para quien, extremando la protección jurídico-penal, se castiga la comisión por omisión imprudente que no está expresamente prevista para la variante dolosa, lo que considera acertado, dado que el funcionario está en posición de garante respecto a la expedición y otorgamiento de documentos que de él depende; VILLACAMPA ESTIARTE, *Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código penal de 1995*, op. cit., p. 63; ECHANO BASALDÚA, *Falsedades documentales*, op. cit., pp. 328 y 329, quien, sin embargo, considera que han de incluirse en la primera modalidad comisiva del art. 391 CP los supuestos de autoría mediata de particular que utiliza al funcionario como instrumento que obra imprudentemente; ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, op. cit., p. 801.

⁵⁹⁰Al respecto RODRÍGUEZ MOURULLO, *El autor mediato en Derecho penal español*, op. cit., pp. 472 y 473, reacciona contra el entendimiento de Roxin de que la equiparación punitiva entre conductas de autoría y participación en determinados delitos especiales apoya su teoría de los delitos de infracción de deber; frente a ello este autor arguye que el fenómeno, lejos de confirmar dicha tesis, se vuelve contra ella, puesto que puede utilizarse como argumento a contrario en todos los demás delitos especiales en que tal parificación no acontezca.

⁵⁹¹De esta opinión, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 74 y ss.

⁵⁹²Cfr. SILVA SÁNCHEZ, o.u.c., p. 75.

Dicha interpretación, además de encontrar una explicación razonable para la mencionada equiparación punitiva, permite hacer comprensible la remisión *in totum* que el art. 391 CP refiere a las conductas mencionadas en el precepto anterior. No obstante, resulta difícil imaginar el supuesto en que se convierte en responsable al omitente por la falta de verdad en la narración de los hechos en que un tercero incurra al redactar un documento, ello a salvo de que éste sea asimismo un funcionario que obra en ejercicio de sus funciones⁵⁹³. En cuanto a las llamadas falsedades materiales se refiere, cabe que, por omisión de precauciones normativamente establecidas, el funcionario dé lugar a que otro cometa, por ejemplo, una alteración en un documento que aquél ha confeccionado y cuya custodia le está encomendada (piénsese en el Notario que permite que un tercero acceda a su protocolo y altere una escritura matriz⁵⁹⁴).

Por último, la afirmación de la falsedad imprudente en comisión por omisión conduce necesariamente a la admisibilidad de esta forma comisiva también con dolo, aunque siempre en aquellos supuestos en que un “tercero” realice “efectivamente” una falsedad punible. No otra cosa podrá admitirse, so pena, en caso contrario, de otorgar el mismo tratamiento a omisiones dolosas e imprudentes al incluirlas siempre en la segunda de las modalidades típicas previstas en el art. 391 CP. La posibilidad de comisión por omisión dolosa en este delito deberá, pues, circunscribirse a los funcionarios que omiten la aplicación de obligaciones específicas de su cargo, concurriendo además pleno conocimiento de que dicha inactividad tendrá como consecuencia la aparición de un documento disfuncional. Generalmente se tratará, también en el delito doloso, de comportamientos omisivos equiparables a la cooperación necesaria. La naturaleza de delito de medios determinados de la falsedad impide también en la omisiva dolosa la equiparación de la inactividad a la causación activa. Ello no empece a la incriminación de la conducta como forma de participación en el delito cometido por quien tiene el dominio del hecho⁵⁹⁵. La ausencia de previsión específica de la modalidad omisiva en el art. 390 CP no deja más alternativa. Por tal razón, no hubiera estado de más que el legislador de 1995 hubiera previsto -de forma semejante a como lo ha hecho en la falsedad imprudente y en otros delitos de funcionario- la autoría o una forma de participación en comisión por omisión en la falsedad dolosa. De esta forma, también la participación omisiva dolosa de funcionario en delito doloso de *extraneus* no se hubiera visto sujeta a los límites negativos del principio de accesoriedad. Con ello, hubieran sido fácilmente incriminables los supuestos en que el funcionario

⁵⁹³En tal sentido, LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1067, admite que quien actúa puede ser, a su vez, un funcionario en ejercicio de sus funciones.

⁵⁹⁴QUINTANO RIPOLLÉS, *Delito de comisión por omisión*, en NEJ, t. VI, 1975, p. 475, utiliza como ejemplo de coautoría omisiva dolosa de falsedad documental -no de participación omisiva- el supuesto en que un Notario consiente maliciosa y tácitamente en que alguien falsifique sus protocolos.

⁵⁹⁵En tal sentido, LUZÓN PEÑA, *La comisión por omisión en la jurisprudencia reciente del TS*, op. cit., p. 87, admite supuestos de cooperación necesaria en comisión por omisión cuando la situación sea estructuralmente idéntica a la de la participación activa; esto es, que la omisión favorezca o facilite la comisión del hecho, aumentando el riesgo, pero sin posibilidad de decisión, control o dominio sobre la realización del peligro. Admite también la posibilidad de cooperación necesaria en comisión por omisión del “garante”, aunque sin acudir a la teoría del dominio del hecho, DEL ROSAL BLASCO, *La inducción y la complicidad como formas de participación punibles en el Código penal*, op. cit., p. 232. Admite asimismo la posibilidad de complicidad en comisión por omisión cuando el partícipe se halle en posición de garante y pueda establecerse una equivalencia valorativa entre la complicidad activa y la omisiva, LÓPEZ PELEGRÍN, *La complicidad en el delito*, op. cit., pp. 330 y ss., quien, además, razona que la admisión de formas de participación por omisión, lejos de ampliar la responsabilidad por la conducta omisiva, puede suponer un límite a la afirmación de la autoría en comisión por omisión.

utiliza a un instrumento doloso no cualificado para cometer la falsedad. Con la actual regulación de la falsedad documental nos encontramos con que el funcionario que coadyuva imprudentemente y mediante omisión a la conducta falsaria del particular comete la forma específica del “dar lugar” prevista en el art. 391 con independencia de que la conducta del particular sea penalmente relevante. Por contra, no se pena lo más grave, la conducta omisiva dolosa del funcionario partícipe que, en ausencia de autorización legal, ha de respetar el límite negativo de la accesoriedad y penalizarse, por tanto, con base en el art. 392 CP y sólo en relación con las modalidades comisivas que el mismo admite.

Nos encontramos, pues, con la paradoja de que se pena lo menos pero no lo más, en vulneración de la regla hermenéutica “a fortiori” que informa el principio de proporcionalidad. Se incrimina la conducta omisiva imprudente –de participación- del funcionario, pero no se hace lo propio con su participación omisiva dolosa. De ahí que resulten impunes conductas de participación omisiva en supuestos en que el particular no puede cometer la respectiva falsedad.

CONCLUSIONES

- I -

Las tesis que postulan que la fe pública, la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico o la pureza de la prueba constituyen el objeto jurídico de tutela en la falsedad documental no pueden sustentarse. Bien por no ser capaces de dotar a los delitos de falsedad de una unidad teleológica, bien por su indeterminación o por su vinculación con la idea de un derecho a la verdad deben ser rechazadas. Partiendo de los postulados establecidos por los autores funcionalistas alemanes y de una concepción sociológica constitucionalmente orientada del bien jurídico, puede afirmarse que el objeto jurídico de protección del delito analizado queda delimitado en el normal desenvolvimiento de las funciones de perpetuación, de garantía y probatoria que el documento desempeña como medio para asegurar el correcto funcionamiento del tráfico jurídico. Desde una perspectiva constitucionalista de mínimos, el Derecho penal puede tutelar bienes jurídicos que no sean contrarios a las previsiones constitucionales; si bien resulta difícilmente justificable la proporcionalidad de una pena privativa de libertad cuando el objeto protegido no se deduzca directamente del texto de la Constitución.

Atendiendo al Derecho positivo español, en la falsedad documental no sólo se protegen la función de perpetuación y la de garantía, sino también la función probatoria del documento. Esta última, sin embargo, debe ser entendida en sentido técnico, cuando va referida exclusivamente al

contenido de la declaración y no a la intangibilidad o la paternidad de la misma. Esto es, se protege la función probatoria sólo respecto de aquellos extremos contenidos en el documento a los que la normativa respectiva dote explícita o implícitamente de valor probatorio. Este bien jurídico de carácter colectivo, por efecto de la visión antropocéntrica que la Constitución española impone, debe ir referido a cada uno de los intervinientes en el tráfico jurídico.

El correcto desarrollo de las funciones documentales no constituye objeto único de protección en la falsedad propia de funcionario. El delito previsto en el art. 390 CP es de naturaleza pluriofensiva y tiene un mayor contenido de injusto que los restantes tipos recogidos en el capítulo regulador de las falsedades documentales. En él se protege además el correcto funcionamiento de la Administración pública como prestadora de servicios a los ciudadanos.

- II -

El concepto tripartito de documento, positivizado en el art. 26 CP, cumple esencialmente las tres funciones de perpetuación, de garantía y probatoria. Es inherente al concepto de documento un contenido que aprehenda una declaración de pensamiento humana, cuyas características vienen complementariamente determinadas en razón de cada una de las funciones.

La función de perpetuación que el documento desempeña en el tráfico jurídico atiende esencialmente a la forma de materialización de la declaración sobre un soporte. Supone que la declaración ha de venir fijada sobre una base que permita su perduración física y semántica en el tiempo, sin necesidad de que garantice la perpetuidad,. La base física puede ser móvil o inmóvil, perceptible por cualquier sentido de forma directa o con ayuda de algún tipo de medio técnico.

Con la admisión de un concepto amplio de documento en el Código penal español puede desterrarse la tradicional distinción entre los sistemas jurídicos latino y germánico, a los que se atribuía respectivamente la

asunción de un concepto estricto -cartáceo- de documento o un concepto amplio.

- III -

A pesar de que en el art. 26 CP no se incluye el término “declaración”, pues se alude a “datos”, “hechos” o “narraciones”, esta circunstancia no ha de suponer la renuncia del legislador de 1995 a exigir la materialización de una declaración como elemento del documento. Sin embargo, hubiera sido preferible el uso del término “declaración” para evitar excesos interpretativos. La dicción del precepto permite introducir en el concepto también las llamadas declaraciones acortadas o documentos acortados, que no por ello pueden dejar de representar una declaración en sentido propio. El aspecto material de la declaración se encuentra ligado con la función de perpetuación que el documento desempeña. Por ello, la ausencia de materialización de una declaración excluye del concepto de documento a efectos penales a los objetos perceptibles por los sentidos, a los registros técnicos y a los documentos en blanco, así como a los formularios o los impresos no cumplimentados. La emisión de la declaración es asimismo necesaria para su perfección; de ahí que no entren en el concepto penal de documento los llamados “proyectos”, a los que les falta la propia emisión o expendición.

También con base en la exigencia de corporeización de una declaración resulta dudosa la condición de documento de la placa de matrícula y del número de bastidor de los vehículos, atendiendo a la dificultad de distinción entre el signo de prueba -que sí contiene una declaración- y el signo de reconocimiento -que no la incorpora-.

- IV -

La función de garantía que el documento desempeña supone que el mismo ha de hacer reconocible al autor de la declaración y del documento en sí. Implica la consustancialidad al concepto de documento de la reconocibilidad de su autor. Para la determinación del autor del documento no puede acogerse la teoría de la corporalidad, hoy obsoleta, ni la teoría de la espiritualidad, que amplía la inautenticidad del documento en

casos de representación abierta. Dado que al tráfico jurídico le interesan las declaraciones formalizadas, esto es las que pueden imputarse jurídicamente a su autor, debe acogerse la teoría de la imputación jurídica de la declaración. Según ésta última, lo esencial para determinar al autor del documento es la existencia de una relación jurídica establecida conforme a normas de Derecho civil o administrativo entre aquél y su declaración. El concepto de autor deja, así, de ser espiritual para convertirse en normativo.

- V -

No es necesaria la firma autógrafa del autor del documento para que éste se haga reconocible. Resulta suficiente la reconocibilidad por cualquier medio: así, la mención del autor en el documento -vaya o no acompañada de la estampación de la huella digital o firma-, el uso de un tampón o de un sello personal, una firma digitalizada o escaneada, un sello de empresa, etc. No bastará, sin embargo, el signo de la cruz cuando no haya más dato del autor, ni la referencia genérica a un grupo de personas o a una categoría no individualizable. Sí será suficiente la identificación como autor de una determinada persona jurídica o ente administrativo, aunque no conste qué persona física actúe en su nombre.

- VI -

La ausencia de alusión a la identificación del autor en la definición de documento del art. 26 CP, no constituye obstáculo para la necesidad de su reconocibilidad. Tal exigencia se deduce de la propia tipicidad de las falsedades, que presuponen su designación en los núms. 2º y 3º del art. 390.1. CP. Pero, sobre todo, puede inferirse del concepto de declaración de pensamiento y de la misma función probatoria que el documento desempeña, en concreto, de la relevancia jurídica que forma parte de ella. Asimismo, nuestras leyes procesales, al exigir el reconocimiento del documento privado en juicio, presuponen la reconocibilidad en el mismo de su autor.

En consecuencia, no serán documentos los denominados anónimos abiertos. Sin embargo, no puede excluirse *ab initio* la consideración de documento en los llamados casos de anonimato encubierto. Podrá hablarse

de documento en estos últimos supuestos siempre que se designe al autor - aunque sea mediante un apellido común-, de forma que la aplicación de los criterios a los que acude la doctrina mayoritaria ha de diferirse al analizar la concurrencia del tipo objetivo y subjetivo de la falsedad.

- VII -

La ausencia de designación del autor de la declaración y la misma ausencia de materialización de la declaración determinan la no consideración de documento de las copias simples. En contraposición, las copias legalizadas o autenticadas constituyen documentos -compuestos o dependientes-, al garantizarse mediante la legalización su correspondencia con el original. La fotocopia y las demás formas de reproducción integral -así los faxes, los microfilms, las microfichas, las xerocopias, etc.- tienen una serie de características que los diferencian de las tradicionales copias simples y que conducen a su consideración de documentos, cuando se presenten al tráfico como originales, cuando el autor del original haya autorizado la emisión de la fotocopia o, por último, cuando haya algún signo identificativo original del autor en la fotocopia. De presentarse al tráfico como tales fotocopias sin más, tampoco puede negarse su condición de documento, aunque en esta hipótesis en todo caso se trataría de un documento privado.

-VIII -

Cuando se habla de función probatoria del documento, no sólo ha de entenderse comprendida su fuerza probatoria en un ámbito jurisdiccional, por cuanto se incluye también lo que se ha denominado prueba en sentido lato, esto es la que se proyecta al tráfico negocial en general. Si bien es cierto que el documento entendido como prueba en sentido lato se dirige a demostrar la existencia de una declaración de pensamiento atribuible a un determinado autor, también lo es que su finalidad es demostrar que la mencionada declaración tiene un determinado contenido. Va referida así esencialmente al aspecto sustancial de la declaración. Cualquiera que sea el contenido de la declaración, configurador de un documento testimonial (o declarativo) o dispositivo (o constitutivo), puede hablarse de documento en

sentido propio. La distinta configuración de la declaración no puede llevar tampoco a diferenciar la relevancia jurídica, el valor probatorio, el concepto de autor o el bien jurídico protegido en el mismo delito de falsedad.

- IX -

La denominado “fórmula de la concordia” introduce como criterios de la función probatoria el principio de la determinación probatoria (o principio subjetivo) y el principio de la aptitud probatoria (o principio objetivo). Sin embargo, la flexibilización de exigencias para admitir la determinación probatoria, que ha permitido la inclusión del concepto de documento ocasional, y por tanto no sólo del intencional, conduce a rechazar la exigencia misma de la determinación probatoria en el concepto de documento. De poco sirve la exigencia de la destinación probatoria, si junto a los documentos intencionales se incluyen también los ocasionales.

Si la voluntad de declaración se limita a la consciencia de estar documentando un determinado pensamiento, sin equipararla a la voluntad jurídico-negocial, no hay inconveniente en considerar documento también al ocasional. Otras razones abonan esta conclusión y el consiguiente abandono del criterio de la determinación probatoria. Así, la ubicación de la definición del documento en el Código penal y su aplicabilidad a delitos distintos de la falsedad, la introducción masiva de documentos informáticos o la posibilidad de modificación de la inicial destinación probatoria del documento. Resulta contraproducente la subjetivización absoluta del concepto de documento que lleve a excluir no sólo el delito de falsedad, sino el mismo concepto de documento por ausencia de determinación probatoria. Basta, pues, con la consciencia de que se efectúa la plasmación de un pensamiento para que pueda establecerse la existencia de un documento. Más allá de esto no interesa al concepto de documento quién decida introducirlo en el tráfico jurídico, sin perjuicio de la importancia que tal extremo pueda tener al efecto de determinar al autor de una hipotética falsedad documental.

- X -

A pesar de la escasa virtualidad limitadora del concepto de documento operada por la aptitud probatoria, no parece aconsejable su supresión. La relevancia jurídica no se diferencia esencialmente de la fuerza probatoria del documento entendida en sentido lato. Esto lo demuestra tanto la regulación de las falsedades documentales contenida en el Código penal alemán antes de la reforma de 1943 -que diferenciaba los documentos públicos y los documentos privados jurídicamente relevantes- cuanto la disyuntiva contenida en el art. 26 CP español entre la eficacia probatoria y cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Desde el momento en que este precepto contrapone ambos conceptos está admitiendo que la eficacia probatoria -predicable de los documentos que gozan de valor equivalente a la prueba plena según la Ley procesal- se contrapone a aquellos otros documentos que, sin tener ese específico valor probatorio tasado, sí tienen, no obstante, un valor probatorio entendido en sentido lato, que es lo jurídicamente relevante. Sin embargo, relevancia jurídica no es lo mismo que eficacia jurídica o causación efectiva de consecuencias jurídicas. Aquélla consiste en la relevante posibilidad de que el documento sirva como prueba, en la verosimilitud de que con base en el mismo pueda formularse un determinado juicio. No podrá establecerse la existencia del documento si el soporte no puede influir sobre el juicio que interesa obtener o bien resulta inverosímil que el juicio pueda cambiar en función del contenido del soporte; en el mismo deberá concluirse cuando no sea verosímil que pueda tener incidencia alguna en el mundo del Derecho. En consecuencia, desde parámetros estrictamente objetivos, puede excluirse la condición de documento en los soportes históricos, literarios, artísticos -así la firma del autor en un cuadro-, y en los claramente contradictorios o los evidentemente nulos.

- XI -

La alusión a la fuerza probatoria y a la relevancia jurídica, que se efectúa en el art. 26 CP no es redundante. La primera de las expresiones se refiere a aquella fuerza probatoria tasada que determinados documentos tienen en un contexto jurisdiccional sólo en relación con concretos aspectos

de su contenido. Por contra, la relevancia jurídica alude a la aptitud probatoria en sentido lato, en relación preferente con los documentos privados. Por otra parte, la alusión a la eficacia probatoria o la relevancia jurídica no deja de tener importancia en el art. 26 CP, atendida la ausencia de necesidad expresa de reconocibilidad del autor.

- XII -

Para la definición del documento público habría bastado con una previsión como la establecida en el art. 596.3º LEC -pues es lo suficientemente amplia como para incluir el resto de documentos públicos que expresamente enumera-, y que, en esencia, no dista de la noción de documento público administrativo contenida en el art. 46.4 de la Ley 30/92. De tal forma, la categoría del documento público, que incluye al oficial, se caracteriza por el cumplimiento aparente de tres condiciones. Según la primera de ellas ha de tratarse de un documento emitido por un funcionario público o autoridad. En segundo lugar, ese funcionario ha de ser competente para expedir el concreto documento, entendiéndose por competencia no solamente la genuina potestad de emitir un documento de aquella clase, sino también la competencia por razón de la materia o del territorio para emitirlo. La atribución de la competencia puede encontrarse explícitamente recogida en la Ley, o en otra categoría normativa inferior, aunque se derive implícitamente de las funciones normativamente atribuidas al funcionario. Y en tercer lugar, han de haber sido observadas en su confección las formalidades esenciales.

Además de estas condiciones, para que un documento pueda considerarse público a efectos penales es necesario que esté emitido por la Administración *ad extra*, que sea un documento de los denominados intencionales. Ha de contar con determinación probatoria desde el mismo momento de su confección. Sólo así podrá hablarse de eficacia probatoria privilegiada de los documentos públicos. Se excluyen, pues, de esta categoría aquellos escritos emitidos por las Administraciones para el control interno de los propios entes administrativos.

- XIII -

El art. 596 LEC incluye entre los documentos públicos determinado tipo de certificaciones emitidas por funcionario, cuando el art. 398 CP otorga un trato privilegiado a la falsedad que recae sobre uno de estos documentos. Sin embargo, existen cierto tipo de certificaciones que determinados fedatarios emiten al efecto de probar la existencia de un documento que consta en sus libros. Si la falsificación de tales documentos, que tienen la misma naturaleza que la copia emitida por un Notario o un Secretario Judicial, se incluyera en el art. 398 CP se estaría privilegiando injustificadamente la conducta falsaria de determinados fedatarios frente a la de otros por el distinto *nomen iuris* que reciben documentos estructuralmente idénticos. Por tal razón, aunque el art. 398 CP se refiera a certificaciones en general, ha de entenderse, partiendo del tipo de certificaciones que contenía el art. 312 CP de 1973, que incluye aquellas que son sustancialmente originarias, que crean una situación jurídica nueva y que se destinan a la constatación de hechos que el funcionario no ha percibido directamente o a la emisión de juicios de valor.

- XIV -

El valor probatorio reforzado de los documentos públicos viene determinado en el art. 1218 CC. Del precepto se deducen dos distintos niveles de fuerza probatoria. Un primer nivel reforzado se refiere a los extremos del documento contenido en el primer párrafo del precepto. Este específico valor probatorio implica la validez “erga omnes”, que sólo podrá neutralizarse mediante la impugnación de falsedad. Un segundo valor probatorio, equivalente al de los documentos privados, es el reconocido en el segundo párrafo del precepto, que puede neutralizarse mediante prueba en contrario. En relación con el “hecho que motiva su otorgamiento”, extremo al que alcanza el valor probatorio reforzado del documento público, debe tenerse en cuenta que el funcionario responde de la documentación del hecho mismo de la declaración, pero no de la veracidad de su contenido. Generalmente, deberá acudir a la normativa específica que disciplina el concreto documento para determinar qué aspectos están investidos de ese valor específico.

Las condiciones establecidas para la existencia de un documento público pueden trasladarse al concepto de documento oficial. Sólo podrán alcanzar la consideración de documentos oficiales aquellos que cumplan las tres condiciones necesarias de todo documento público, que además han de estar emitidos *ad extra* por la Administración. En lo atinente a la exigencia de fe pública y, derivada de ella, a la fuerza probatoria privilegiada que a estos documentos reconoce el art. 1218 CC, lo cierto es que pocos funcionarios están investidos explícitamente de fe pública. No será necesario que gocen de esta fe para ser calificados de oficiales. Si bien el concepto de documento oficial que aquí se acoge podría ampliar el abanico de documentos caracterizados de oficiales, lo contrario podría suponer el anclaje en una visión decimonónica que obviara los avances producidos en el campo de la documentación administrativa y la previsión del art. 46.4 de la Ley 30/92. Mientras la doctrina administrativista no establezca los contornos de esta categoría documental, la tarea de la doctrina penal, que no consiste en formular una definición del documento público administrativo, sólo puede limitarse a operar con los elementos definidores del documento público fehaciente adaptándolos a todos los documentos emitidos por la Administración para evitar el desbordamiento del concepto.

Con las tres notas definitorias del documento oficial antes apuntadas, pueden incluirse dentro de esta categoría documentos cuya falsedad se encontraba antes específicamente tipificada. Así ocurre con el Documento Nacional de Identidad o el pasaporte. Por otra parte, puede excluirse de plano la consideración como oficial de los denominados documentos por destino o incorporación, aunque se trate de declaraciones recepticias emitidas por los particulares con la única finalidad de su incorporación a un expediente administrativo. Ni siquiera tras la incorporación del documento a un expediente administrativo puede admitirse que muta su naturaleza, salvo que constituya parte de un documento complejo o compuesto de esta clase.

Deben excluirse también del concepto aquellos documentos no emitidos por un órgano administrativo en ejecución de sus competencias,

que actúan por tanto como un particular que interviene en el tráfico. De la misma forma no serán documentos oficiales aquellos tan sólo sellados, diligenciados, ordenados o controlados por la Administración, pero no emitidos por ella.

En puridad, el desbordamiento del ámbito del documento oficial, mencionado expresamente junto al documento público, debería conducir a la supresión del concepto en el Código penal; máxime cuando la Ley 30/92 no incluye esta denominación, sino sólo la relativa a documentos públicos administrativos con relación a aquellos válidamente emitidos por la Administración.

- XVI -

El documento mercantil mencionado como clase documental específica dentro de la falsedad, no tiene arraigo en otras disciplinas jurídicas distintas a la penal. Tampoco respecto de estos documentos resulta admisible la doctrina del documento por destino o incorporación. La paridad punitiva que los arts. 390 y ss. CP establecen entre la falsificación de estos documentos con la de los públicos u oficiales obliga a establecer límites no sólo formales, sino también materiales al concepto. No bastará pues con que el documento esté expresamente regulado en una ley de carácter mercantil para gozar de esa naturaleza a efectos penales. Será además necesario algún tipo de equivalencia material. La misma puede venir determinada bien por otorgárseles legalmente el carácter de títulos con valor ejecutivo, igual que los públicos (así los títulos-valores) o bien porque obedezcan al cumplimiento de una obligación normativa de documentación que funcionalmente los asemeje a los documentos públicos emitidos por ciertos funcionarios públicos documentadores (como ocurre con las actas y certificaciones de las actas de reuniones de órganos societarios colegiados). Más allá de estos dos grupos de supuestos, no podrá admitirse que un documento sea mercantil a efectos penales, al carecer de cualquier similitud con un documento público; en consecuencia, su falsificación suscitará un menor contenido de injusto. Dentro de los títulos-valores, aunque impropios,

se incluyen las tarjetas de crédito y débito, los cheques de viaje y las cartas-órdenes de crédito.

- XVII -

El Código penal no incluye expresamente el documento informático o telemático dentro del concepto jurídico-penal de documento del art. 26 CP, a pesar de que la descripción que el precepto efectúa es lo suficientemente amplia como para considerar ínsitas en él estas formas de documentación. Aunque las funciones propias del documento, pensadas para el cartáceo, producen ciertos problemas al ser trasladadas al documento informático, no existe obstáculo para entender que algunas de estas formas documentales las cumplen. Asimismo pueden también ostentar la consideración de documento público, oficial o mercantil siempre que la normativa sectorial respectiva lo permita.

- XVIII -

No tiene utilidad establecer un concepto prejurídico de falsedad desligado de las específicas conductas que el Código tipifica como falsedades jurídico-penalmente relevantes. Los intentos de definir apriorísticamente la falsedad han conducido generalmente a contraponerla a la verdad y representan un peligro de ampliación desmesurada de las conductas típicas. Que el Código penal de 1995 haya renunciado a definir el concepto de falsedad no constituye motivo suficiente para postular una conceptualización antes de acometer el estudio del tipo. Con ello se obviaría la importante circunstancia de que sólo las conductas falsarias que puedan incluirse en el art. 390.1 CP merecen la consideración penal de falsedades. De poco sirve, asimismo, la distinción conceptual entre falsedad y falsificación que el Código penal utiliza indistintamente, a pesar de los intentos de un sector de nuestra doctrina tradicional por encontrar diferencias. Lo mismo puede afirmarse de la distinción entre falsedad material e ideológica. Los resultados contradictorios a que se llega en la amplitud de ambos conceptos, según el criterio utilizado para su distinción, aconsejan su abandono. La ausencia de inclusión de los mismos en el Derecho positivo español conduce a su escasa operatividad interpretativa.

Más importante que el mantenimiento de tales conceptos es el estudio de las modalidades comisivas contenidas en el art. 390 CP imbricado con el bien jurídico protegido en la falsedad.

- XIX -

La observación de la nueva regulación de las falsedades relacionada con las mantenidas en los Códigos penales anteriormente vigentes evidencia dos cuestiones. La primera de ellas relativa a la regulación de las falsedades en general y la segunda a las concretas modalidades comisivas que prevé el art. 390 CP. En relación con la primera debe aludirse a la importante simplificación en este grupo de delitos operada por el Código penal de 1995. Este cuerpo legal ha reducido sustancialmente el casuismo y la duplicidad en la incriminación de conductas falsarias. No obstante, no se ha separado del modelo latino, que tradicionalmente han seguido aquellos países herederos de la regulación del Código penal francés de 1810. Elementos comunes a estos sistemas -el español, el italiano y el francés actual- son: a) el casuismo; b) la inclusión de falsedades ideológicas junto a las materiales; y c) como consecuencia de lo anterior, la diferente configuración de la falsedad según la clase de documento sobre la que recaiga. En contraposición, los países que han seguido la tradición germánica establecen un sistema regulativo cuyas características esenciales vienen constituidas por: a) la definición de un único concepto de falsedad independiente del documento sobre el que ésta recaiga; b) la regulación, dentro de las falsedades documentales, de conductas falsarias perpetradas sobre soportes no documentales; c) la tajante escisión entre falsedades documentales genéricas, que suelen ser de carácter material, y falsedades únicamente perpetrables por funcionarios públicos en ejercicio de sus cargos, que suelen ser ideológicas y que se encuentran reguladas entre los delitos propios de funcionarios.

Respecto de la segunda de las cuestiones puede afirmarse que las cuatro modalidades comisivas previstas en el art. 390 CP, no deben polarizarse en aquellas que van dirigidas contra la veracidad y la autenticidad del documento, como propone cierto sector doctrinal. La puesta

en relación del bien jurídico protegido con la conducta típica, evidencia que cada una de las formas de acción va específicamente dirigida a la lesión de una concreta de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico. Ello no obsta a que la alteración esencial de una de las funciones no pueda asimismo afectar a las otras dos; sin embargo, la alteración de éstas últimas se produce de forma mediata, como consecuencia de la modificación inmediata de la esencialmente afectada. Por un lado, la alteración de documento -prevista en el art. 390.1.1º CP- afecta esencialmente a la función de perpetuación. Por otro, la simulación total o parcial del documento -art. 390.1.2º CP- se dirige fundamentalmente contra la función de garantía. Por último, la suposición en un acto de la intervención de personas que no la han tenido o la atribución a las que lo han hecho de declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran efectuado -art. 390.1.3º CP- así como el faltar a la verdad en la narración de los hechos -art. 390.1.4º CP- afectan primordialmente a la función probatoria que el documento desempeña. Sólo una interpretación de las modalidades típicas que atienda a la funcionalidad propia del documento, logrará discriminar la tipicidad de la atipicidad falsaria a los efectos penales y facilitará la formulación de un concepto de falsedad jurídico-penal.

- XX -

La alteración supone la modificación -mediante adición, supresión o sustitución- de un documento ya acabado. Por ello afecta esencialmente a la función de perpetuación que el documento desempeña en el tráfico jurídico. El objeto sobre el que opera ha de tener apariencia de documento completo, lo que diferencia a esta modalidad comisiva de la simulación parcial de documento, y del resto de modalidades comisivas que prevé el art. 390 CP, que han de efectuarse en el mismo momento de la confección del documento. Constituye alteración la destrucción de una parte del soporte del documento, cuando con ello se altere la declaración que contiene. Sin embargo, no puede concebirse con tanta amplitud que incluya supuestos de destrucción total del documento, pues ello supondría una interpretación extensiva de la ley penal contra reo.

- XXI -

La esencialidad en la alteración, que exige el art. 390.1.1º CP, viene determinada por la afección a las funciones que el documento desempeña en el tráfico. No basta con la afección a la función de perpetuación. La determinación de la esencialidad con el mero recurso a esta función nos llevaría a un círculo vicioso. Se debe acudir a las otras dos funciones del documento, en especial a la probatoria, para determinar cuándo la alteración es esencial. La alteración recaerá, así, sobre elemento esencial del documento cuando afecte a un extremo sobre el que el documento goza de aptitud probatoria. A los efectos de determinar su trascendencia tiene importancia lo establecido en el art. 1218 CC sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos, aunque también pueda admitirse la esencialidad de la alteración que recaiga sobre un extremo que, sin alcanzar fuerza probatoria reforzada, pruebe el concreto documento.

La exigencia típica de la esencialidad puede excluir asimismo la tipicidad de conductas consistentes en la corrección de errores contenidos en el documento. El tipo queda excluido con la corrección de errores materiales. Por contra, cuando el error corregido sea de carácter conceptual, no puede afirmarse la exclusión de la tipicidad en general.

- XXII -

La alteración documental constituye una conducta que puede efectuar el propio autor del documento, cuando modifica su inicial declaración una vez que ha perdido el poder de disposición sobre aquel documento o un tercero ha adquirido un determinado derecho o expectativa sobre éste - generalmente cuando el mismo había sido ya introducido en el tráfico jurídico-. La alteración por persona distinta del autor del documento afecta a la función de garantía además de a la de perpetuación. En puridad, los supuestos en que es el mismo autor del documento el que efectúa la modificación no puede hablarse de un documento inauténtico, sino de la creación de un documento auténtico -el modificado- con previa supresión o destrucción de un documento auténtico anterior -el inicial-. No se afecta a la función de garantía, sino únicamente a la función de perpetuación; se

destruye la intangibilidad o la incolumidad del documento. Estos supuestos bien podrían incluirse en un hipotético delito de falsedad por ocultación, destrucción o menoscabo del documento, si el Código penal de 1995 -como el alemán o el italiano-hubiese optado por tal medida legislativa. Sin embargo, el Código penal español sólo en casos específicos, y siempre fuera de las falsedades, protege la función de perpetuación del documento de manera completa -incriminando su destrucción-. La ausencia de previsión de tal ilícito dentro de las falsedades conduce a que las alteraciones del documento producidas por el mismo autor se subsuman en el art. 390.1.1º CP, que, por ello, protege la función de perpetuación. La solución que aquí se propone viene propiciada porque el legislador de 1995 ha establecido tan sólo una protección fragmentaria de esta específica función del documento, sin incluir una norma que penalice las conductas que afecten completamente a la función de perpetuación dentro de las falsedades documentales. Se ha desperdiciado con ello una oportunidad, difícilmente repetible a corto plazo, para introducir un precepto, que bien podría ser el art. 390.1.1º, dedicado a la tutela de la perpetuación de los documentos. Con la actual regulación, anclada en este aspecto en el concepto de falsedad como contrariedad a la verdad, se protege lo menos -la alteración parcial de la función de perpetuación que la alteración representa-, pero no lo más, la afectación completa a la función mediante la ocultación, la destrucción o la supresión del documento.

- XXIII -

La tipificación de la simulación de documento protege esencialmente la función de garantía. Supone la creación de un documento en que autor aparente y real no coinciden; implica, pues, la creación de un documento inauténtico. De ahí que constituya también simulación la denominada falsedad veraz, cuando el documento, a pesar de corresponder con una determinada realidad, es confeccionado por persona distinta de quien en él aparece como autor.

La simulación puede suponer la formación integral de un documento falso, que nunca haya existido antes. Lo esencial de esta modalidad

comisiva es la confección de un documento en que autor aparente y real no coincidan, tanto si se ha utilizado un modelo -contrafacción- como si no. Seguramente la *voluntas legislatoris* ha sido incluir en la simulación parcial los supuestos de contrafacción o fingimiento de letra, firma o rúbrica. Únicamente puede hablarse de inautenticidad parcial -simulación parcial- en aquellos casos en que en el documento aparecen múltiples declarantes y uno de ellos documenta lo que los demás le manifiestan. En éstos puede ocurrir que una de las personas que efectúa una declaración, que otro escritura, no sea en realidad quien dice ser, y firme por ese otro al final del documento. No podrá hablarse entonces de inautenticidad absoluta del documento, pero sí de una de las declaraciones en él contenidas. No se nos oculta que tal conducta podría subsumirse igualmente en el art. 390.1.3º CP; sin embargo, la simulación de la firma permite afirmar la afección parcial a la función de garantía que el documento desempeña.

- XXIV -

El art. 390.1.2º CP exige para apreciar simulación que el documento sea apto para inducir a error sobre la autenticidad, lo que, según la interpretación que aquí se adopta, supone la necesidad de que el documento sea inauténtico. La inautenticidad, para alcanzar independencia en relación con las tradicionalmente denominadas falsedades ideológicas, ha de conceptuarse en sentido estricto. El documento es, pues, inauténtico cuando autor real y autor aparente de la declaración no coincidan. Si el documento ha de hacer reconocible a un determinado autor para cumplir con su función de garantía, y ese autor, que aparece en el documento, no coincide con el real en el supuesto del documento simulado, se deduce el por qué de la afirmación de que la simulación afecta a la función de garantía. No resulta sustentable un concepto amplio de autenticidad que la identifique, además de con la correcta mención del autor, con la fecha y el lugar de confección del documento así como con la exacta documentación del hecho que contiene. Tal interpretación ampliaría tanto el tipo de la simulación que convertiría en superflua cualquier otra modalidad comisiva falsaria. Se confundiría de esta manera la simulación falsaria penal con la simulación

civil y con la documentación de inveracidades, con el peligro de convertir en mero papel mojado la destipificación de la falsedad ideológica del particular en el Código penal de 1995.

La veracidad y la autenticidad del documento son conceptos distintos. La simulación supone siempre y solamente la creación de un documento inauténtico. Crea, pues, un documento simulado quien lo confecciona atribuyéndose la identidad de otro aunque documente hechos veraces.

No siempre el uso de un nombre distinto al legal en la confección de un documento conduce a su inautenticidad. Lo esencial en la simulación es la inducción a error sobre la autenticidad y no sobre el nombre. Ello tanto si se utiliza un apellido común sin más rasgos distintivos como si se usa un nombre imaginario. En caso de desfiguración de la propia firma, sólo cabe hablar de simulación cuando el documento haya sido confeccionado aparentemente por persona distinta de quien firma.

- XXV -

En estrecha relación con la cuestión de la autenticidad del documento se encuentran los mal denominados supuestos de falsedad consentida. Aquellos casos en que el autor firma un documento a nombre de otra persona que lo ha apoderado, no pueden verse libres de la posible concurrencia de la falsedad por obra del consentimiento. Teniendo en cuenta que el delito de falsedad documental protege un bien jurídico colectivo o supraindividual, la ausencia de disponibilidad de los participantes en el tráfico jurídico lleva a que el consentimiento que éstos presten no pueda excluir la tipicidad o la antijuricidad del uso de un nombre ajeno. Las firmas con nombre de otro o atribuyéndose un poder de representación no son más que distintos supuestos de representación en que ha de afirmarse la autenticidad o inautenticidad del documento en función de la clase de representación y de la existencia de previo apoderamiento.

- XXVI -

Cuando la representación es abierta, autor aparente del documento lo será el representante. Aquél a quien se imputa jurídicamente la emisión de la declaración es la persona que ostenta el poder de representación, por lo que

también será autor real. Por ello, partiendo de la teoría de la imputación jurídica de la declaración, puede afirmarse la autenticidad del documento -y la ausencia de simulación-, aunque una persona se atribuya un poder de representación de otra persona física que no lo ha otorgado o se extralimite en las facultades que el mandante le había conferido. Cuando la representación abierta se predica de personas jurídicas la situación es distinta. Los contratantes en el tráfico jurídico tienen relaciones con este tipo de figuras jurídicas en tanto que instituciones, y no por las personas que actúan por cuenta de las mismas. Parece lógico, pues, afirmar la comisión de la modalidad prevista en el art. 390.1.2º CP, cuando un sujeto que no tenga ningún tipo de relación contractual o jurídica con la persona jurídica se atribuya un poder de representación de la misma que no le corresponde.

- XXVII -

En los supuestos de representación encubierta, el “falso consentido” de la doctrina italiana, resulta más difícil excluir la inautenticidad del documento partiendo del Derecho positivo español. Según la teoría de la imputación jurídica, autor real del documento en estos casos lo será el representado sólo cuando la normativa civil admita esta forma de representación. Nuestro Código civil guarda silencio al respecto, pero la doctrina civilista la rechaza de plano. Puede excluirse la inautenticidad, sin embargo, trasladando al Derecho español el espíritu conciliador del Ordenamiento penal con el civil que provocó en Alemania el nacimiento de la teoría de la espiritualidad y de la imputación jurídica. De tal forma, el Ordenamiento civil y el administrativo representan límites negativos para la inautenticidad penal -un documento eficaz para tales disciplinas nunca podrá suponer una falsedad penal-, aunque no positivos - no todo lo ineficaz según tales disciplinas es penalmente inauténtico-. Sobre esta base puede afirmarse la autenticidad de representaciones encubiertas en documentos privados -incluidos los mercantiles-, aunque resulta difícil en documentos emanados de la Administración o los Notarios, atendiendo a la taxatividad de la regulación aplicable.

- XXVIII -

No cabe duda de la naturaleza falsaria documental del denominado abuso de firma en blanco. Con la cumplimentación de un folio firmado por otro o de una declaración parcialmente confeccionada por otro puede estarse atribuyendo una declaración a un sujeto que no la ha emitido. Partiendo de la tesis de la imputación jurídica de la declaración, puede afirmarse la autenticidad del documento cuando la cumplimentación la efectúa el apoderado pero extralimitándose en su poder de representación. Faltando apoderamiento, cabe afirmar la inautenticidad del documento y la consiguiente comisión de una falsedad documental. Sólo los casos de inexistencia de poder deberían llevar a la aplicación del art. 390.1.2º CP. Para los restantes ya se prevé una forma agravada de estafa en el art. 250.4 CP. No obstante, el juego penológico de ambos preceptos lleva a la conclusión de que todo tipo de abuso de firma en blanco ha de considerarse estafa agravada, so pena de privilegiar los que sean además constitutivos de falsedad documental o de vulnerar el principio *en bis in idem* de adoptar una solución distinta. Hubiera sido por ello preferible que el legislador de 1995 no estableciese una específica modalidad defraudatoria agravada, que incluya formas falsarias penalmente relevantes, o que hubiese previsto para los abusos de firma en blanco no constitutivos de falsedad documental una penalidad intermedia entre la correspondiente a la estafa básica y la resultante de aplicar las reglas penológicas concursales entre la estafa básica y la simulación de documento.

- XXIX -

No se considera aquí que la suscripción de un documento mediante fuerza o engaño sobre el hecho mismo de la declaración constituya un problema a resolver según la tesis de que se parta para la determinación del autor del documento. Ni siquiera la teoría de la imputación jurídica de la declaración puede excluir la tipicidad objetiva -como simulación- de estas conductas. En estos casos no procede tanto determinar si el documento es inauténtico -que lo es- cuanto comprobar la concurrencia de los requisitos precisos para construir la autoría mediata. La inautenticidad en ellos aparece desde el momento en que en el documento se imputa una declaración a

persona distinta -el instrumento- de quien realmente la ha efectuado- el autor mediato-.

- XXX -

Las conductas previstas en los núms. 3 y 4 art. 390.1 CP de 1973 atacan preferentemente a la función probatoria que el documento desempeña en el tráfico jurídico. El tradicional problema planteado en la delimitación típica lo ha constituido en estas conductas falsarias tomar como referente la veracidad del documento. El establecimiento de criterios limitadores ha ido, sin embargo, esencialmente dirigido a limitar la relevancia típica de estas conductas cometidas por particular, sin hacer excesivas consideraciones acerca de si el deber de veracidad del funcionario alcanza a todo el contenido del documento. La alusión a la veracidad no deja de recordar aquella concepción de la falsedad como contrapuesta a la verdad y por ello debe ser abandonada. Lo más adecuado, atendida la falta de acuerdo doctrinal y la indeterminación consiguiente del concepto de verdad, es prescindir del mismo. No ha de partirse pues de la verdad cohonestándola con la función probatoria que el documento desempeña en el tráfico jurídico, sino considerar el mismo atentado a dicha función que este tipo de conductas suponen sin atender a si lo consignado en el documento se corresponde o no con una determinada acepción jurídica u ontológica de veracidad. Lo esencial en este tipo de conductas vendrá pues constituido por su afección a aquellos aspectos del documento, que según nuestro Ordenamiento Jurídico gozan de una especial fuerza probatoria. Se protege así no la función probatoria entendida en sentido lato, sino la específica fuerza probatoria de que gozan determinados documentos.

- XXXI -

La modalidad comisiva prevista en el núm. 3 del art. 390.1. CP afecta esencialmente a la función probatoria que el documento desempeña. No obstante, esta afirmación resulta difícilmente conciliable con la idea de que la afección exclusiva a la función probatoria del documento sólo puede llevarla a cabo el funcionario, puesto que únicamente los documentos por él emitidos gozan de fuerza probatoria privilegiada. Ahora bien, con la suposición en un

acto de la intervención de personas, se atribuye a alguien la autoría de una declaración que no ha efectuado. Del mismo modo, si se altera la declaración que una persona ha efectuado en un determinado acto, también se le está atribuyendo una declaración que no ha efectuado, y que es entonces inauténtica. Esta conducta goza, pues, de una naturaleza híbrida que, afectando inmediatamente a la función probatoria, altera de manera mediata la de garantía. Por su naturaleza híbrida se justifica la relevancia penal de la conducta también en el casos específicos de particulares documentadores.

Este carácter mixto de la conducta prevista en el art. 390.1.3º CP provoca en la praxis problemas semejantes a los propiciados por la simulación de documento. Cabe incluir en él la supuesta intervención de personas inexistentes, si la atribución de aquella declaración a un sujeto inexistente puede inducir a error sobre la autenticidad de la declaración en el tráfico jurídico. Cabe asimismo suponer la intervención de personas jurídicas, que generalmente implicarán también la supuesta intervención en el acto de la misma persona física que las represente. Cuando de lo que se trate sea de que uno de los intervinientes se atribuya un poder de representación del que carece, para la comisión de esta modalidad habrá de tenerse en cuenta lo concluido con respecto a la representación abierta de personas jurídicas en la simulación. En el caso de que se suponga la intervención con el consentimiento de la persona concernida, la autenticidad de la declaración documentada habrá de excluir la tipicidad de la conducta si la documentación la llevan a cabo particulares normativamente facultados. Incluso en los supuestos en que la falsa documentación consentida la efectúe un funcionario, la naturaleza mixta de la conducta puede llevar a la atipicidad sin recurrir a criterios tan discutibles como la adecuación social. La condena por falsedad en tales casos conduciría a una concepción excesivamente formalista de la figura delictiva analizada.

Cuando se atribuye a quien ha intervenido declaración distinta a la efectuada, se criminaliza la conducta que consiste en modificar la declaración expresada con independencia de que la misma coincida o no

con la veracidad objetiva. En tanto lo que se afecta es la función probatoria que el documento desempeña y no la veracidad, también serán típicas las adecuaciones a la verdad de declaraciones ajenas que el documentador efectúe, salvo que se trate de aspectos intrascendentes de la declaración o que el funcionario tenga la obligación normativa de interpretar jurídicamente las manifestaciones que los otorgantes efectúan ante él.

- XXXII -

Las modalidades comisivas tipificadas en el art. 390.1.3º CP sólo pueden aplicarse a aquellos casos en que un documentador plasma declaraciones que otros manifiestan en su presencia. Cualquier interpretación de este precepto que vaya más allá, como ha hecho el Tribunal Supremo, implica el riesgo de ampliar tanto la tipicidad del núm. 3 del art. 390.1 CP que convierta en ilusoria la destipificación general de la falsedad ideológica del particular en el Código penal de 1995.

- XXXIII -

La indeterminación de la descripción de la conducta prevista en el art. 390.1.4º CP resulta criticable. Con la traslación inmodificada de esta conducta al nuevo Código penal tal como la previera el Código de 1973, el legislador de 1995 ha perdido la ocasión de fijar de una vez por todas los concretos términos en que la contrariedad a la “verdad” puede generar la incriminación de una conducta como falsedad. La ausencia de criterios legales obliga a acudir a la función probatoria del documento, en concreto, a su fuerza probatoria reforzada, para determinar la relevancia penal del faltar a la verdad en la narración de los hechos. Sólo la intervención de un funcionario público en la confección de un determinado documento le otorga el valor probatorio tasado a que se refiere el art. 1218 CC y únicamente respecto de estos contenidos, por tanto, cabe admitir la tipicidad del faltar a la verdad en la narración de los hechos. La esencialidad de la mutación de la verdad a que han apelado tanto la doctrina como la jurisprudencia no tendrá tanto que ver con que el documento no se corresponda con la verdad, cuanto con que su incorrección afecte a la función probatoria que el mismo desempeña. Por ello sólo los documentos intencionales, los realizados con

finalidad probatoria, serán susceptibles de falseamiento conforme a esta modalidad. En cualquier caso, sea un documento emitido por funcionario público fedatario, sea un documento válidamente emitido por cualquier órgano administrativo, existe la necesidad de que la normativa sectorial específica establezca explícita o implícitamente los extremos a los que alcanza esa especial fuerza probatoria. De ahí que esta modalidad comisiva positivice una suerte de norma penal en blanco.

- XXXIV -

La falsedad del art. 390.1.4º CP no puede confundirse con la simulación civil, pues la fuerza probatoria reforzada del documento público no alcanza a la veracidad de las declaraciones que ante Notario efectúan los otorgantes. La simulación civil puede integrar una estafa específica del art. 251.3 CP, pero no una falsedad documental del art. 390.1.4º CP. La voluntad que legalmente cuenta a efectos del valor probatorio de una escritura notarial es la manifestada ante Notario, coincida o no con la interna, y sólo de la concordancia de tal voluntad declarada con la escriturada hace prueba frente a terceros la escritura pública.

- XXXV -

Puesto que la conducta prevista exige la falta de verdad en la “narración de los hechos”, las únicas declaraciones en relación con las cuales cabe imaginar esta falsedad son las de carácter declarativo, excluyéndose las declaraciones de voluntad o los juicios de valor. Por “hecho” cabrá entender así aquello que sea contrastable, lo que haya acaecido fuera del propio documento y que, a causa de su objetividad, por todos sería constatado de una forma esencialmente igual - la propia fecha de emisión del documento-. No podrá cometerse tampoco esta forma falsaria cuando el acaecimiento de un hecho sea presupuesto necesario para emitir una determinada declaración de voluntad si el mismo documento no ha de contener la descripción del hecho o si ésta no goza de fuerza probatoria reforzada.

- XXXVI -

Cabe plantearse la posible responsabilidad en comisión por omisión del funcionario que permite a un tercero efectuar alguna manipulación falsaria sobre un documento cuya emisión le sea normativamente atribuida. En tales supuestos la omisión provoca la aparición de un documento disfuncional. Podrá afirmarse su relevancia penal en tanto quepa, atendiendo al tenor del precepto respectivo, establecer la equivalencia de la conducta omisiva con la correspondiente activa. Sin embargo, la naturaleza de delito de medios determinados de la falsedad impedirá en la generalidad de los casos que la comisión por omisión se considere una forma de autoría, aunque no sea obstáculo para afirmar que puede constituir una forma de participación en el delito ajeno.

No es necesario acudir a la comisión por omisión para incriminar aquellas conductas en las que el funcionario documentador al efectuar la documentación atribuye declaraciones distintas a las realizadas por quienes intervienen en el acto omitiendo pasajes de la declaración o falta a la verdad en la narración de los hechos suprimiendo la mención de algunos de éstos en el documento. En ambos casos la omisión se produce en un contexto de actividad a la que es directamente imputable la afección a una de las funciones del documento. Tampoco puede afirmarse la comisión por omisión, cuando el funcionario competente omite efectuar un acto de documentación al que está normativamente obligado. La descripción de las conductas del art. 390.1 CP impide aquí la necesaria equivalencia según el tenor de la Ley entre acción y omisión.

- XXXVII -

No afecta a la perfección de la falsedad la nulidad o la falsedad del documento sobre el que se opere la conducta falsaria. La relevancia penal de la falsedad sobre documento nulo o anulable ha de solventarse conforme a criterios estrictamente penales. Al respecto, no representa un insalvable problema la exigencia de relevancia jurídica contenida en el último inciso del art. 26 CP. Lo fundamental a tener en cuenta para solventar la posibilidad de falsificación de documento inválido no es tanto la calificación que según la respectiva disciplina jurídica -civil o administrativa- quepa otorgar al vicio,

cuanto atender a la concreta eficacia que el documento haya tenido. Lo esencial será, en definitiva, la aptitud del documento para crear una apariencia de normalidad funcional, para engañar sobre su eficacia jurídica, tenga o no correspondiente con una determinada realidad jurídica.

La misma solución ha de adoptarse cuando objeto de la falsificación lo constituya un documento ya falso. No puede afirmarse que el Derecho penal no protege apariencias documentales, puesto que todo producto de la falsedad típica es una apariencia documental. Ello con independencia de que la misma se cree partiendo de la nada o de un soporte con normalidad funcional o sin ella. Cuando el documento falso es alterado por quien no lo había emitido, el resultado de la conducta es la creación de un documento inauténtico, lo mismo que si el soporte se hubiese creado *ex novo*. En tanto supone la creación de un documento con función de garantía alterada, siempre podrá subsumirse en la simulación documental. Concebir que las alteraciones de documento falso constituyen delitos imposibles por inexistencia de objeto, supone otorgar a estos supuestos un trato privilegiante injustificado si esta conducta implica también la creación de un documento inauténtico.

- XXXVIII -

Poca o ninguna trascendencia tienen en la concepción funcional que se ha adoptado en este delito las llamadas falsedades superfluas o inútiles y las inocuas. La misma ausencia de diferenciación clara entre ambos conceptos, su esencia común en punto a la no afcción al bien jurídico protegido, y el recurso a ellas para excluir la punibilidad por parte de quienes sostienen un concepto amplio de falsedad identificado con la contrariedad a la verdad, justifican su supresión. No es necesario utilizar un *nomen iuris* aglutinador de todos aquellos supuestos en que la relevancia de la falsedad se pone en entredicho por la supuesta ausencia de antijuricidad. Una interpretación teleológica de los tipos como la aquí postulada puede excluir la propia tipicidad en algunas de ellas. En todo caso, la heterogeneidad de los supuestos que se incluyen en estas categorías hace preferible un tratamiento diferenciado. No obstante, por si sirviera de algo aventurar una

definición de falsedad inocua, podría decirse que lo será aquella en que el objeto falso no cumpla, siquiera aparentemente, las funciones del documento, o cuando éstas no resulten afectadas si la conducta falsaria ha consistido en la alteración de un documento ya existente, es decir, cuando la falsedad no produzca una modificación de la situación probatoria que el documento representa.

- XXXIX -

Un criterio limitador de la falsedad típica utilizado tradicionalmente por la doctrina lo constituye la denominada falsedad burda o tosca. A diferencia de las falsedades inocuas o superfluas, este expediente sí tiene una trascendencia determinante en la configuración de la falsedad penal. El reconocimiento de efectos modificadores de la responsabilidad penal en la falsedad burda implica que el engaño se erige en elemento integrante del delito de falsedad. A pesar de que sólo el art. 390.1.2º CP se refiere a la capacidad del documento para inducir a error sobre la autenticidad, la aptitud para engañar es inherente a la falsedad, y ello es lo que se ha puesto justamente de manifiesto mediante el reconocimiento de la existencia de falsedades burdas. Que engaño y falsedad son conceptos estrechamente relacionados se aprecia teniendo en cuenta que las funciones del documento constituyen concreciones del abstracto interés colectivo en la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico. El buen funcionamiento de este último no puede verse puesto en peligro o efectivamente alterado mediante la introducción de un documento que no desempeñe sus funciones con aparente normalidad. El engaño como elemento de la falsedad puede deducirse asimismo del parecido morfológico de este delito con la estafa. En la falsedad, el engaño ha de provocarse necesariamente sobre un documento, es la consecuencia del delito, no la causa. En tanto el engaño en este delito no ha de ir dirigido a la generalidad de los que intervienen en el tráfico jurídico, no han de tenerse en cuenta las condiciones subjetivas del sujeto al que el documento se presentará para determinar la aptitud para el engaño del mismo. El criterio será, pues, el del hombre medio, aunque con ciertas limitaciones. Habrá de realizarse un juicio sobre la acción engañosa que, considerada *ex ante*,

pueda producir error sobre el concreto desenvolvimiento de las funciones de un documento, tomando como base las circunstancias conocidas o reconocibles por el hombre prudente en el círculo social más las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor en base a sus conocimientos especiales. Se trata, en definitiva, de adoptar una tesis que tome como referencia un pronóstico posterior objetivo.

- XL -

La capacidad para el engaño, en tanto se requiere en el art. 390.1.2º CP la inducción a error sobre la autenticidad, constituye en nuestro Derecho, a diferencia de otros Ordenamientos penales, un elemento del tipo objetivo del delito. Aunque ello no excluya que éste no pueda tener también reflejo en el tipo subjetivo del ilícito. El engaño debe operarse en el tráfico “jurídico”. Tal circunstancia puede determinar la exclusión de la misma tipicidad objetiva en supuestos en que el documento no vaya destinado al tráfico - falsedades por mero afán lúdico- o aquellas otras que puedan incluso suponer la provocación de engaños en relaciones personales sin trascendencia jurídica.

Si el engaño forma parte del tipo objetivo de la falsedad, el art. 390.1.2º CP, al exigir la posibilidad de inducción a error, positiviza una suerte de cláusula de idoneidad que impide que la falsedad burda alcance relevancia penal como tentativa relativamente inidónea.

El engaño propio de la falsedad ha de operar sobre un aspecto muy acotado de la realidad que evite un retorno a la denostada identificación entre falsedad y mentira. Ha de provocar la apariencia de normalidad en el desenvolvimiento de las funciones del documento, sin estar referido a la veracidad intrínseca del contenido del documento.

- XLI -

Una vez analizadas las características esenciales del concepto jurídico-penal de falsedad, puede afirmarse que otorga mayor seguridad jurídica la previsión de ciertas conductas falsarias en el Código que una definición genérica que identifique falsedad con mendacidad, sin que ello signifique que la regulación actual no pueda mejorar. Desde la perspectiva

aquí sostenida, que parte del Derecho positivo, la falsedad documental puede definirse como “la creación, por uno de los modos enumerados en el art. 390 CP, de un documento que no desarrolla con normalidad sus funciones, con aptitud para engañar sobre el correcto funcionamiento de las mismas y la situación probatoria que representan en un ámbito de interrelación jurídica”.

Las conductas falsarias son, en puridad, aquellas que afectan a la funcionalidad del documento. Aplicar a estos delitos el nombre de falsedad implica desconocer su esencia, además de conllevar el peligro de una interpretación extensiva que identifique falsedad con contrariedad a la verdad. Dichas razones permiten interrogarse acerca de si no hubiera sido preferible la sustitución de la nomenclatura en el nuevo Código penal. Quizá hubiera sido más acertado hablar de delitos contra la prueba documental y sustituir la expresión documento falso por documento disfuncional, entendiendo por tal aquél cuyas funciones no se desarrollan correctamente en el tráfico probatorio judicial o extrajudicial.

- XLII -

El art. 390 CP exige que el sujeto activo del delito sea un funcionario. Ha de recurrirse a la definición contenida en el art. 24 CP para determinarlo. Sea cual sea el concepto de funcionario que se adopte, en el concreto ámbito de las falsedades documentales conviene hacer una puntualización. Partiendo de un concepto de función pública netamente formal, que tome como modelo el concepto administrativo de funcionario en régimen estatutario, existe el peligro de que sujetos cuya condición de funcionarios no ha sido nunca puesta en duda en este delito hubieran de considerarse particulares por causa del régimen funcional especial del que gozan. Así podría ocurrir con los Notarios. No puede obviarse que elemento esencial del concepto jurídico-penal de funcionario lo constituye el ejercicio de funciones públicas, debiendo ir ligada a este elemento material la interpretación del elemento formal o subjetivo. Por tal razón, no ha de caber duda en punto a la consideración como funcionarios de los Notarios a pesar de su régimen funcional específico. Lo mismo cabe decir de los Corredores de Comercio.

Menos problemas plantea la consideración de funcionarios de aquellos otros fedatarios con régimen administrativo estatutario.

Ninguna especialidad plantea en la falsedad documental la inclusión expresa del concepto de autoridad junto a la de funcionario en el art. 24 CP y en el mismo art. 390 CP. Desde el momento en que la autoridad ha de ser también funcionario, habrá de cumplir necesariamente con los dos elementos caracterizadores del concepto penal de funcionario. Lo mismo cabe decir en relación con los agentes de la autoridad, que también deben ser funcionarios públicos y que ni siquiera menciona específicamente el art. 390 CP.

- XLIII -

El sujeto activo del art. 390.1 CP ha de actuar en ejercicio de sus funciones, además de ser funcionario. Tal exigencia típica supone un límite ulterior al sujeto activo de la falsedad propia de funcionario. Implica que el funcionario que opera sobre un determinado documento ha de hallarse en determinada relación funcional con el mismo. Ha de encontrarse vinculado al documento sobre el que actúa en virtud de una norma jurídica que establezca dicha relación. El ejercicio de las propias funciones no presupone que el funcionario use mal de las mismas, no presupone el abuso de poder. No requiere la legitimidad en el ejercicio de la función o el cargo, de ahí que pueda cometer cualquiera de las modalidades falsarias previstas en el art. 390.1 CP cumpliendo tal requisito. Sí supone, sin embargo, que el funcionario tenga atribuidas entre sus competencias la de “emitir” aquel tipo de documento en cuestión, con independencia de que en el concreto supuesto sea competente por razón de la materia o del territorio. Cuando el funcionario sea parcialmente incompetente podrá aplicársele también el art. 390.1 CP. Por contra, cuando sea absolutamente incompetente sólo podrá acudir al art. 392 CP con eventual aplicación de la agravante 7ª del art. 22 CP de concurrir sus requisitos.

Se puede establecer, pues, una triple graduación punitiva en virtud del vínculo funcional que una al sujeto con el documento. Cuando sujeto activo de la maniobra falsaria lo sea quien tenga un ligamen jurídico con el

documento consistente en la competencia abstracta para confeccionarlo, la conducta se subsumirá en el art. 390 CP. Por contra, procede la aplicación del art. 392 CP con la agravante de prevalimiento del carácter público si el funcionario, sin ser competente para la redacción del documento, tiene mayor facilidad de acceso por razones jurídicas -es responsable de su custodia- o por otras circunstancias fácticas. Por último, será de aplicación el art. 392 CP sin agravación cuando no exista vínculo alguno de carácter jurídico o material entre el funcionario y el objeto sobre el que recae la falsificación.

- XLIV -

Partiendo de la concepción mayoritaria en la distinción de los delitos especiales impropios o propios según que tengan correspondencia en un delito común o no respectivamente, en el art. 390.1 CP se contienen ilícitos de ambas clases. La modalidad falsaria prevista en el art. 390.1.4 CP -faltar a la verdad en la narración de los hechos- constituirá un delito especial propio porque, además de exigir que sujeto activo lo sea un funcionario en ejercicio de sus funciones, está excluida de la remisión que al precepto efectúan tanto el art. 392 como el 395 CP. En contraposición, las modalidades comisivas previstas en los núms. 1, 2 y 3 del art. 390.1 CP constituyen delitos especiales impropios que tienen su referente en la falsedad en documento público, oficial o mercantil del particular -art. 392 CP- o en la falsedad en documento privado -art. 395 CP-

- XLV -

Junto al art. 390.1 CP, también el segundo párrafo del precepto prevé un delito especial cuyo único sujeto activo puede ser el “responsable de cualquier confesión religiosa” que efectúe alguna de las conductas falsarias previstas en el apartado precedente sobre determinados actos y documentos. La dificultad de integración de este precepto en el sistema de la falsedad documental previsto en nuestro Código penal, así como la ausencia de razón jurídica que justifique la agravación punitiva, son razones suficientes para postular su supresión de *lege ferenda*. No conviene por causas técnico-jurídicas ni político-criminales, la supervivencia de un

precepto que prevé un supuesto específico de falsedad sobre “documentos confesionales”, a añadir a las ya existentes sobre documento público, oficial o mercantil y privado.

De lege lata, tan sólo puede postularse una interpretación restrictiva de los documentos y del sujeto activo que el precepto incluye. Responsable de la confesión religiosa podrá serlo cualquiera perteneciente a una de las que hayan firmado acuerdos con el Estado español cuando tenga competencia para emitir determinados documentos. Tales documentos han de quedar reducidos a aquellos emitidos en el seno de confesiones religiosas que gozan de eficacia civil, cuales son las certificaciones de matrimonio o el acta de matrimonio religioso y el testamento ante párroco.

- XLVI -

El sujeto activo del delito previsto en el art. 392 CP se determina por exclusión del establecido en el 390.1. Esto es, el término “particular” debe considerarse comprensivo asimismo del funcionario público que no actúa en ejercicio de sus funciones. Ello no debe significar, sin embargo, que entre los delitos previstos en el art. 390.1 CP y 392 CP se instaure una relación de especialidad recíproca, o una relación de exclusión formal. En puridad, el delito previsto en el art. 392 CP representa el tipo común correspondiente al especial del art. 390 CP, en que el legislador ha incluido la mención específica al particular para diferenciarlo del delito propio de funcionario. No existe duda en torno a que el particular pueda cometer simulación “en” documento público u oficial. A pesar de que un no funcionario nunca podría emitir válidamente uno de estos documentos, lo que importa a efectos de comisión de la falsedad documental es la creación de una “apariencia” documental. La partícula “en” en el art. 392 CP sólo alberga la finalidad de diferenciar este tipo de falsedad de la que recae sobre documentos privados.

En relación con las falsedades descritas en el art. 390.1.3 CP, el particular sólo podrá cometerlas como autor inmediato en aquellos documentos en los que pueda actuar como receptor de declaraciones que terceros efectúan ante él y que debe escriturar fielmente. Sólo cuando opere como una suerte de fedatario privado, al reconocerle una norma jurídica

dicha posibilidad, cabrá subsumir en esta modalidad su conducta. La situación descrita sólo se produce en la confección de ciertos documentos mercantiles emitidos en el seno de sociedades. Cuando esta habilitación legal no se produzca sólo cabrá admitir la posibilidad de autoría mediata del particular que utiliza como instrumento al documentador al objeto de suponer en un acto la intervención de una persona que no la ha tenido o atribuirle declaraciones diferentes de las que hubiera hecho.

- XLVII -

La ausencia de remisión de los arts. 392 y 395 al 390.1.4º CP supone la instauración implícita, por parte del legislador de 1995, del principio general de irrelevancia penal de la falsedad ideológica de particular, aunque en el Código penal no se han desterrado completamente este tipo de conductas. En supuestos específicos y en ocasiones, por razón de protección de otros bienes jurídicos trascendentes al propio de la falsedad, el Código incrimina inveracidades escritas por el particular.

Esta ausencia de remisión determina el surgimiento de un doble concepto legal de falsedad documental. El Código penal no tutela en exclusiva la función probatoria del documento salvo en aquellos casos y sólo en relación con aquellos contenidos documentales a los que alcanza una fuerza probatoria específica, la propia del documento público. De ahí el carácter bifronte de la falsedad. Por un lado, en la falsedad propia de funcionario el Código incrimina el atentado a cualquiera de las tres funciones documentales. Por contra, cuando el sujeto activo sea un particular sólo se protege preferentemente la función de garantía y parcialmente la de perpetuación en la falsedad documental genérica. Nuestro texto punitivo se aproxima así a la regulación de las falsedades en el Código penal alemán.

- XLVIII -

La naturaleza especial del delito previsto en el art. 390.1 CP no debe suponer una mutación en el concepto de autor en este delito. No resulta admisible que pueda fundamentarse la condición de autor sobre la mera existencia de la infracción del deber sin tener en cuenta el grado de intervención del funcionario en el delito. También en éste el funcionario que

obra en ejercicio de sus funciones ha de realizar total o parcialmente la conducta típica y ostentar el dominio del hecho propio de la forma de autoría principal de que se trate. Cuando el particular sea quien ejecuta la acción, el funcionario que coadyuva a la realización del hecho con una actividad no típica será partícipe en el delito del particular. Su participación será así punible cuando la conducta del autor particular sea típica según lo establecido en el art. 392 CP y antijurídica. Sin embargo, la naturaleza especial de este ilícito dificulta la admisión de la coautoría de particular y funcionario incluso en relación con aquellas modalidades típicas que el particular puede cometer también como autor. Ese ulterior contenido de injusto que implica la afección al buen funcionamiento de la Administración pública en la falsedad propia de funcionario se aprehende calificando la conducta del particular -partícipe- también con base en el art. 390.1 CP.

- XLIX -

Los supuestos en que autor mediato lo es el *intraneus* que utiliza como instrumento a un *extraneus* doloso no son de autoría mediata. El supuesto instrumento no actúa entonces “instrumentalizado” por el hombre de atrás. La conducta, cuando sea de aquellas que el particular puede cometer según el art. 392 CP, llevará a la consideración de autor del *extraneus* conforme a este precepto. El funcionario será partícipe, generalmente inductor o cooperador necesario del ilícito cometido por el particular. Distinta es la solución cuando la acción falsaria consista en el faltar a la verdad en la narración de los hechos, no comisible por particular. En ellos no puede construirse la autoría directa del particular con base en el art. 392 CP, pero tampoco la autoría mediata del funcionario que no ha instrumentalizado al particular doloso. La conducta de ambos será impune, salvo que se admitiese la posibilidad de autoría mediata del funcionario según la construcción de los delitos infracción de un deber, que aquí se rechaza. Únicamente el recurso a la comisión por omisión podría llevar a la tipicidad de la conducta del funcionario, de admitirse la comisión por omisión como forma de autoría en estos delitos, solución que aquí tampoco se acoge.

El supuesto en que el *extraneus* instrumentaliza a un funcionario implica la aparición de una autoría mediata cuya subsunción ha de operarse en el art. 392 CP. Partiendo de la consideración de que el autor viene definido en cada uno de los tipos de la Parte Especial no podrá considerarse autor del delito previsto en el art. 390 CP al particular, que no cumple con requisitos necesarios como ser funcionario que actúe en ejercicio de sus funciones. El problema vendrá determinado por la calificación que haya que dar a las conductas del particular que utiliza como instrumento a un funcionario para que éste cometa una falsedad documental de la que el particular nunca podría haber sido autor directo. La ausencia de remisión del art. 392 CP a la modalidad comisiva prevista en el art. 390.1.4 CP puede llevar en algunos supuestos a la irrelevancia penal de la conducta del particular. La instrumentalización de un funcionario por un particular para que aquél documente extremos falsos sobre los que recae una específica fuerza probatoria del documento es atípica como falsedad.

Esta laguna debería haberse colmado sin volver a la remisión *in totum* de la falsedad del particular a la propia del funcionario, para evitar el peligro de subsunción en dicho precepto de conductas que no afectasen a la fuerza probatoria privilegiada de determinados documentos. Ello no significa que no hubiera podido preverse, dentro del capítulo dedicado a las falsedades, un tipo específico que incriminase exclusivamente la autoría mediata del particular en este tipo de falsedades al modo como lo hacen el art. 483 CP italiano o el § 271 StGB. Con esta previsión se estaría criminalizando una afección mediata a la función probatoria reforzada del documento, no a la verdad.

- L -

En la falsedad documental el contenido de injusto del partícipe en el delito propio de funcionario se modula en tres niveles. Un primer nivel en que la gravedad del injusto del partícipe es equiparable a la del autor, cuando éste es a su vez *intraneus*. En él todos los elementos del tipo son accesorios. Un segundo nivel en que el partícipe *extraneus*, a pesar de coadyuvar a la alteración de una función documental que hubiese podido

modificar por sí solo -la falsedad integra una de las modalidades de los núms 1, 2 y 3 art. 390.1 CP-, lesiona sólo (en tanto que participa en el delito de funcionario) el otro de los bienes jurídicos que la falsedad documental de funcionario protege, por lo que la pena debería ser menor que en el primer supuesto a pesar de sostener la unidad del título de imputación. Y un tercer nivel en que el injusto del particular es aún de menor entidad, lo que debería traducirse en la correspondiente menor penalidad sin romper el título de imputación, cuando el *extraneus* no podría por sí solo lesionar ninguno de los intereses que la falsedad específica protege, ni la función probatoria del documento propiamente dicha ni el buen funcionamiento de la Administración pública -cuando la falsedad es la prevista en el núm. 4 del art. 390.1 CP-. La ausencia de previsiones específicas en el Código que regulen la participación del *extraneus* en el delito de funcionario conducen a otorgar el mismo tratamiento a los dos últimos supuestos mencionados - aplicación de la atenuante analógica al partícipe *extraneus* en el delito especial propio e impropio-, lo que supone un tratamiento agravatorio para el partícipe en delito especial propio en relación con el impropio. No obstante, dicha disfunción podría paliarse acudiendo a las reglas 2ª y 4ª del art. 66 CP, aplicando la atenuante muy cualificada, cuando la participación se refiera al delito especial propio. Sería contrario a la modulación del injusto personal del partícipe, defender la ruptura del título de imputación de la falsedad especial impropia y mantener la unidad en la propia. Con ello se penaría más gravemente a quien se encuentra en una posición más alejada a la lesión del bien jurídico protegido.

- LI -

En los supuestos de participación del *intraneus* en el delito común su penalidad debe determinarse en función del delito realmente cometido, el del art. 392 CP. Otra solución supondría una vulneración flagrante de la acepción negativa de la accesoriedad, que supone un límite sólo franqueable por disposición legal a la fijación de una responsabilidad proporcional al injusto personal del partícipe cualificado. Ni siquiera será pues necesaria la

aplicación de la agravante de prevalimiento en aquellos casos en que la condición de funcionario no implique ninguna facilidad para la comisión.

- LII -

La consumación del delito de falsedad se produce con la introducción del documento en el tráfico jurídico. Concebir, como lo hace el Código penal, la falsedad documental como hecho principal y el uso como falsedad impropia supone desconocer la relación de progresión criminal existente entre ambos ilícitos y el mantenimiento de un concepto formal de falsedad que ignora la necesaria dirección del documento al tráfico jurídico para el desempeño de sus funciones. *De lege lata* puede sostenerse ya que la consumación del delito se produce con la introducción del documento en el tráfico, sin que ello suponga renunciar a exigir que el legislador *de lege ferenda* incorpore esta necesidad explícitamente en el tipo de la falsedad.

A sostener esta interpretación nos lleva una razón de carácter teleológico, basada en la consideración al bien jurídico protegido en la falsedad documental. A ella se añade la relación existente entre la falsedad y el uso del producto falso -razón de carácter sistemático-, así como el mismo concepto de declaración documental y su perfección mediante la emisión. Por último, el tratamiento jurisprudencial otorgado a la prescripción del delito aboga también por esta interpretación.

- LIII -

La consumación de la falsedad con el uso determina la naturaleza de delito de dos actos de este ilícito y el tratamiento que ha de otorgarse a específicos supuestos de introducción del documento en el tráfico jurídico. Cuando sea el autor mismo de la falsificación quien se desprende posteriormente del documento no cabe duda de que el desvalor inherente de la conducta queda completamente aprehendido por la calificación conforme al art. 390 o 392 CP. Si el mismo supuesto se plantea habiendo falseado el autor varios documentos que introduce de una sola vez en el tráfico, la consumación con el uso permite la funcionalidad del uso como abrazadera de las distintas falsedades. Sin embargo, si de lo que se trata es de una sola manipulación falsaria usada en varias ocasiones, no puede afirmarse el

efecto abrazadera de una conducta menos atentatoria contra el bien jurídico en relación con varias que lo lesionan directamente. Por consiguiente, habrá que afirmar la existencia de un concurso real de delitos -delito continuado de cumplirse los requisitos del art. 74 CP- entre la falsedad y el primer uso -delito consumado del art. 390 o 392 CP- y tantos otros delitos del art. 393 CP como usos se efectúen tras el primero.

- LIV-

El uso necesario para la consumación del delito de falsedad tiene un contenido más amplio que los usos específicos a que se refieren los arts. 393 y 396 CP. Bastará para admitir la concurrencia de uso con que el documento se introduzca en el tráfico jurídico; se haga accesible a cualquier persona permitiéndole conocer el contenido del documento, pero sin requerir que llegue a conocerlo. No será necesario, además, que llegue a verificarse el engaño, aunque el delito no se consuma por el mero porte del documento falso. La introducción puede operarse por cualquier medio, lo mismo si es voluntaria como si obedece al cumplimiento de un determinado deber.

- LV -

La consumación de los delitos previstos en los arts. 390 y 392 CP con el uso determina que incriminan supuestos de uso cualificados por el hecho de que quien los lleva a cabo ha sido autor de la precedente falsedad, mientras los arts. 393 y 396 CP positivizarían acciones de uso básicas que no exigen la previa comisión de la falsedad documental, aunque puedan aplicarse también a los usos llevados a cabo por el propio falsificador ulteriores al primero con la finalidad de evitar la vulneración del *non bis in idem*.

Entre el delito de falsedad y el de uso, más que una relación lógica de interferencia, podría hablarse de una relación lógica de inclusión propia de la relación de especialidad. Sin embargo, la relación lógica de inclusión que conduciría a la afirmación de la especialidad de los arts. 390 y 392 en relación con el art. 393 CP exigiría que este último precepto no estableciera límites objetivos -la presentación en juicio- o subjetivos- el ánimo de perjudicar- para la tipicidad. Por tal razón, no podría descartarse que entre

los dos primeros preceptos y el segundo se entablase una relación de interferencia no solventable por las reglas de la consunción o la subsidiariedad; de ahí el recurso a la relación de alternatividad.

- LVI -

La falsedad consumada con el uso constituye un delito de lesión. Si el bien jurídico protegido lo integran las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, resulta difícil afirmar que la introducción de un documento disfuncional en una relación jurídica interpersonal no suponga la inclusión de un elemento distorsionador no ya de las propias funciones que el documento desempeña, sino incluso de la seguridad en el tráfico. No otra conclusión puede aventurarse teniendo en cuenta que el bien jurídico colectivo protegido por el delito de falsedad no tiene un referente individual específico. Pretender que la falsedad suponga solamente la puesta en peligro de un grupo indeterminado de bienes jurídicos implica negar todo contenido de injusto propio al delito. La autonomía de la funcionalidad documental en relación con un concreto objeto de tutela individual supone que la consideración de delito de peligro o lesión ha de predicarse del bien jurídico colectivo que se protege.

- LVII -

Partiendo de una concepción del resultado estructural como efecto espacio-temporalmente separado de la acción, resulta difícil admitir la naturaleza de delito de resultado de la falsedad de fijarse el momento consumativo en la *editio falsi*. La creación de un documento apto para el engaño no supone más que la realización de la conducta típica, que conduce, sin solución de continuidad, al resultado. Si, como aquí se hace, la falsedad se entiende consumada con el uso cabe afirmar la existencia de un resultado separado espacio-temporalmente de la acción, que consiste en la introducción del documento en el tráfico.

- LVIII -

La definición objetiva de tentativa incluida en el art. 16 CP obliga a admitir, como mínimo, un fundamento mixto objetivo-subjetivo para su punición, pero destierra la posibilidad de mantener uno basado

exclusivamente en la voluntad contraria a la norma. Lleva, asimismo, a diferenciar entre tentativas idóneas e inidóneas y dentro de éstas últimas a admitir la relevancia penal solamente en los casos en que la inidoneidad sea relativa. De ahí que incluso la tentativa inidónea haya de suponer cuanto menos un peligro hipotético para el bien jurídico protegido, de forma que también en ella pueda reconocerse un cierto desvalor de resultado más o menos lejano, cifrado al menos en un desvalor de resultado potencial. Con base en estas consideraciones debe negarse la relevancia penal de algunas formas de imperfecta ejecución en la falsedad documental. La consideración, aquí contradicha, de la falsedad como delito de mera actividad, no representa un obstáculo para la admisión de formas de imperfecta ejecución, lo mismo que la exigencia de determinadas formalidades en algunos tipos de documentación. La fraccionabilidad de la acción puede predicarse de cualquiera de las modalidades comisivas previstas en el art. 390.1 CP. Ahora bien, si la consumación y la lesión del bien jurídico se produce con el uso del documento, la acción falsaria completa no representa materialmente más que un acto de tentativa o incluso preparatorio. Puesto que la confección completa de un documento falso, que aún no ha salido de la esfera interna del autor, representa tan sólo un peligro abstracto muy para la afección del bien jurídico, admitir la punición del inicio de la actividad falsaria podría suponer la criminalización de la creación de “peligro de un peligro abstracto”, lo que vendría a contradecir abiertamente el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y la propia fundamentación mixta objetivo-subjetiva de la punición de la tentativa. La confección del documento falso representa una tentativa inacabada en relación con la introducción del mismo en el tráfico, sin que antes de ese momento se legitime la intervención del Derecho penal.

Además de la tentativa inacabada, únicamente cuando el documento ha sido completamente confeccionado, pueden penalizarse supuestos de tentativa acabada, que generalmente se producirán cuando no se logre la introducción del documento en el tráfico jurídico.

El ámbito de operatividad de la tentativa inidónea en la falsedad documental es prácticamente inexistente. Lo esencial es siempre que la conducta falsaria determine el surgimiento de una apariencia documental que sea capaz de inducir a error sobre su normal funcionalidad. Cuando este efecto se produce difícilmente podrá hablarse de tentativa inidónea, pues el delito se hallará consumado. De no producirse, el mismo tenor del art. 390. 1.2º CP, que exige capacidad de inducir a error, veda según nuestra opinión la posibilidad de acudir a la tentativa inidónea. En consecuencia, no pueden considerarse tentativas inidóneas, sino falsedades consumadas, aquellas operadas en documento nulo o falso que tengan aptitud para el engaño sobre la correcta funcionalidad del documento. Por contra, no será penalmente relevante, por no cumplir la cláusula típica de idoneidad para inducir a error, el supuesto tradicionalmente denominado falsedad burda o tosca.

Tampoco cabrá afirmar tentativa inidónea de los arts. 390 y 392 CP cuando el sujeto tome erróneamente por público, oficial o mercantil un documento que no tenga las condiciones necesarias, ni siquiera aparentemente, para constituir uno de estos tipos de documento. Si conforme al art. 14.2 CP el error de tipo sobre un hecho que califique o sobre una circunstancia agravante -que supone la objetiva existencia de la cualificación no abarcada por el dolo- impide su apreciación, no se ve la razón de que el error putativo -la agravación sólo existe en la mente del sujeto- haya de tener un tratamiento más gravoso. Según este argumento a *maiore ad minus*, la conducta no debería ser típica conforme a los arts. 390 y 392 CP, lo que no impide la apreciación del art. 395 CP cuando el sujeto sea consciente de que falsifica un documento en general.

- LX -

Desde una perspectiva normativizadora del elemento subjetivo en el dolo, es necesario para su concurrencia el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la decisión contra el bien jurídico aun a pesar de dicho conocimiento. Trasladando este esquema general a la falsedad, el dolo del autor requiere el conocimiento de que su conducta crea un objeto con

apariencia de documento público, oficial o mercantil y que la misma se desarrolla mediante una de las modalidades previstas en el art. 390.1 CP. Ha de ser consciente de que su actividad afecta a una o varias de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico. No se requiere que el autor conozca con precisión las características del concepto de documento; tratándose de un concepto normativo, bastará con que sepa que confecciona u opera sobre declaración de pensamiento humana con autor determinado plasmada sobre un soporte material. Junto a estos extremos, el sujeto activo del art. 390 CP ha de ser conocedor también de su condición de funcionario y de que actúa sobre uno de aquellos documentos que puede emitir en ejercicio de sus funciones. Asimismo, el funcionario o el particular deben ser conscientes de que la maniobra operada sobre el documento tiene capacidad para engañar a los intervinientes en el tráfico jurídico y, aun así, deciden actuar, introduciendo el documento en dicho tráfico.

No es necesario que exista ánimo de engaño. Basta tomar en consideración la idoneidad para el engaño del documento. Tomar en consideración este extremo y actuar a pesar de ello no constituye más que la aplicación a la falsedad de la teoría general de los elementos conformadores del dolo -cuya forma más débil es el dolo eventual-. Si además de constatarse la decisión contra el bien jurídico, con consciencia de la peligrosidad de su acción, el autor persigue directamente el resultado de engaño o lo asume como consecuencia directa de su acción, actuará con dolo directo de primer grado o de segundo grado, respectivamente. Cabe, por tanto, la admisión del dolo eventual en la falsedad documental.

El autor debe ser consciente de que introduce el documento en el tráfico jurídico. Ha de saber que el mismo tendrá operatividad en un ámbito relacional de carácter jurídico. De ahí que quepa excluir el dolo, cuando se falsifica un documento y se presenta a alguien para tranquilizarlo, para darle una alegría o por mero afán coleccionista o lúdico.

En aquellas falsedades que aún no se han consumado, cabe afirmar la posibilidad de dolo eventual en referencia a los elementos típicos que tienen que ver con la actividad falsaria en sí, pero no en relación con el

segundo acto -la introducción en el tráfico-, que ha de ser perseguido por el agente como fin último o como consecuencia necesaria de la meta propuesta.

- LXI -

La valoración ético-positiva de los móviles en la comisión del delito carece de relevancia para la exclusión del dolo. Sólo aquellos móviles con valoración jurídica positiva que conformen el elemento subjetivo de una causa de justificación o puedan llevar a la aplicación de una circunstancia atenuante tienen trascendencia jurídica. Por esta razón, la falsedad veraz no excluirá el dolo propio del delito, a pesar de que pueda conducir al error de prohibición si excluye o disminuye la conciencia de antijuricidad.

- LXII -

El error sobre la condición de documento del objeto de la falsedad, sobre el ejercicio de las propias funciones, sobre la autenticidad del documento y sobre su condición de público, oficial o mercantil -en tanto elementos normativos del tipo- ha de tratarse como error de tipo. Debe respetarse la secuencia lógica de las categorías dogmáticas en la teoría jurídica del delito, excluyéndose la tipicidad subjetiva antes de abordar los problemas de conciencia de antijuricidad correspondientes al juicio de culpabilidad. A pesar de la consideración de error de tipo, cuando el funcionario yerra sobre el ejercicio de la propia función, no significa que yerre sobre todos los demás elementos configuradores del delito. Los elementos propios de la falsedad del art. 392 CP objetivos y subjetivos continúan presentes a pesar del mencionado error. Ello determina que pueda aplicarse a estos casos el régimen de error que el art. 14.2 CP establece para los elementos que agravan el delito, admitiendo la concurrencia de falsedad dolosa del art. 392 CP. A la misma conclusión se llega teniendo en cuenta los postulados del concurso de normas y de la vuelta a la vida del precepto preterido -art. 392 CP- por inaplicabilidad al supuesto concreto del principal. Si bien esta solución es más acorde con el principio de proporcionalidad, no queda más solución que acudir al delito

imprudente y a la impunidad cuando la falsedad sea de las previstas en el art. 390.1.4 CP.

También ha de tratarse conforme a los postulados del error de tipo el que recae sobre la idoneidad para el engaño del producto de la falsedad. En íntima relación con él se encuentra el supuesto del error sobre la validez jurídica del documento, pues a los efectos de este delito no importa tanto ésta cuanto la apariencia -susceptible de engañar- de normalidad funcional y de eficacia jurídica del documento.

- LXIII -

Cuando el error del funcionario o del particular recaigan sobre la consideración de público, oficial o mercantil del documento, no se excluye el dolo de estar alterando la funcionalidad de un documento -aunque se considere privado-. A los efectos de evitar la impunidad de una acción que puede tener el mismo contenido doloso que la falsedad en documento privado, cabrá acudir al art. 395 CP, por lo menos cuando el sujeto activo sea un particular en el que concurra ánimo de perjudicar. Menos problemas plantea el supuesto, cuando quien comete el error es el funcionario, hipótesis en que cabe acudir al art. 391 CP en caso de vencibilidad y siempre al art. 395 CP si el error es invencible.

- LXIV -

En los supuestos de falsedad veraz que consistan en la simulación de un documento o en la alteración de uno preexistente no falta ninguno de los elementos integrantes del dolo propio de la falsedad documental. No excluyéndose el dolo, puede no obstante, disminuir o desaparecer el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, pues el sujeto puede no ser consciente de que su conducta se encuentra jurídicamente desvalorada. No se tratará en tales casos de un error de permisión, puesto que generalmente no nos hallaremos ante ejercicios legítimos de Derecho, oficio o cargo, por lo que habrá de acudirse a lo que para el error de prohibición directo establece el art. 14.3 CP.

- LXV -

La falsedad documental imprudente solo puede ser perpetrada por el funcionario que actúa en ejercicio de sus funciones, aunque esto último no lo exija el precepto, y únicamente en relación con documentos públicos u oficiales cuya falsedad no se halle expresamente tipificada fuera del art. 390 CP. En el art. 391 CP se incrimina la conducta del funcionario que incumple una obligación de supervisión normativamente establecida en relación con determinadas clases de documento.

No se incrimina con el art. 391 CP el mero incumplimiento de un deber, sino la imprudencia que al mismo acompañe en relación con el resultado de disfuncionalidad del documento. No basta con la relajación del funcionario en el desarrollo de sus funciones, es necesaria también la consciencia de que la misma pueda provocar la aparición de un documento con funcionalidad alterada. El precepto supone, en definitiva, la criminalización de una imprudencia profesional específica referida a la omisión de deberes esenciales del cargo desempeñado, que debe revestir gravedad.

- LXVI -

Resulta admisible la remisión *in totum* que el art. 391 CP hace a las modalidades falsarias contenidas en el artículo precedente, si no se tiene en cuenta la doble posibilidad comisiva de la falsedad imprudente. Al incluirse como segunda modalidad comisiva el “dar lugar” a que otro cometa una falsedad, cabe admitir que ese otro pueda ser autor de cualquiera de las falsedades descritas en el artículo precedente, incluidas las materiales.

Esta segunda modalidad comisiva constituye un supuesto específico de participación imprudente en delito doloso ajeno. Sólo su previsión expresa posibilita la relevancia penal de la conducta, que de otro modo sería impune atendiendo a que a la participación es inherente la voluntad de coadyuvar a la comisión del delito. Pueden incluirse aquí conductas como la de autorizar una escritura sin asegurarse de la identidad de los intervinientes. Por consiguiente, supone la derogación tácita del polémico art. 23 Ley del Notariado, acabando así con el trato privilegiante que este precepto otorgaba a los Notarios que cometían falsedad imprudente en

relación con los demás fedatarios. La consideración de la modalidad como forma de participación no veda, sin embargo, la posibilidad de incluir en ella la conducta del funcionario que permite que un no funcionario cometa una falsedad del art. 390.1.4 CP; pues, al tratarse de la previsión expresa de una forma de participación, la Ley autoriza la ruptura del límite negativo de la accesoriedad.

Lo que con el “dar lugar” se incrimina es la no evitación de la materialización de un resultado lesivo por parte de aquellas personas encargadas del control de un foco de peligro que omiten la aplicación de las debidas medidas de precaución. Pueden así incluirse supuestos de comisión por omisión, al afirmarse la responsabilidad de aquél al que, sin ser autor material de la falsedad, se le puede imputar normativamente el resultado por cuanto el mismo acontece dentro de su ámbito de responsabilidad y a causa del incumplimiento de específicas obligaciones que su cargo impone para la protección de la funcionalidad de determinados documentos. Sin embargo, la comisión por omisión debe ser equivalente, según el sentido del texto de la ley, a la causación activa del resultado. En un delito de medios determinados como la falsedad tal equivalencia sólo puede predicarse respecto de una conducta de participación como la prevista en el “dar lugar” del art. 391 CP.

- LXVII -

La admisión legal expresa de la cooperación necesaria en la falsedad imprudente conduce necesariamente a la admisión de la participación en comisión por omisión dolosa del funcionario. En caso contrario, estas omisiones dolosas habrían de incluirse en la segunda modalidad comisiva de la falsedad imprudente. No tendría mucho sentido incluir una conducta dolosa en un tipo imprudente, además de que con ello se otorgaría el mismo tratamiento a omisiones dolosas e imprudentes al subsumirlas siempre en el art. 391 CP. También las falsedades en comisión por omisión dolosas serán formas de participación, supuesta la ausencia de equivalencia normativa de la acción y la omisión en este tipo de medios determinados. De ahí la necesidad de que otro “cometa” la falsedad del art. 390 o 392 CP, tomándose como referente uno de estos dos preceptos para establecer la

penalidad del funcionario. La falta de previsión específica de la falsedad omisiva en el art. 390 CP no deja más alternativa. Por tales razones, hubiera sido preferible que el legislador hubiera incluido en el art. 390 CP la expresa equivalencia de la omisión a la acción como hace con otros delitos de funcionarios. Por esta vía podrían ser fácilmente incriminables supuestos de autoría mediata con instrumentos dolosos no cualificados.

En la actual regulación nos encontramos con la paradoja de que se pena lo menos pero no lo más, en vulneración de la regla hermenéutica “a fortiori” que informa al principio de proporcionalidad. Se incrimina la conducta omisiva imprudente -de participación- del funcionario con independencia de la relevancia penal que tenga la conducta del particular, pero no se hace lo propio con su participación omisiva dolosa. De ahí que sean impunes conductas de participación omisiva en supuestos en que el particular no pueda cometer la respectiva falsedad.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
apdo.	Apartado
BGH	Bundesgerichtshof
CC	Código civil
Ccom	Código de comercio
cfr.	confróntese
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Ed.	Editorial
fasc.	fascículo
FCI	Federación de Comunidades Israelitas de España
FEREDE	Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España
FS	Festschrift
ibidem	obra citada en último lugar y en la misma página
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LCCH	Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrIm	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Ley 30/92	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LFCE	Decreto 315/1964, de 7 de febrero, Ley de Funcionarios Civiles del Estado
LMRFP Función Pública	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nm.	nota al margen
o.u.c.	obra citada en último lugar
op. cit.	obra citada
p/pp.	página/s
PANCP	Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983
passim	idea presente en toda la obra
pfo.	párrafo
PLOCP	Proyecto de Ley Orgánica de Nuevo Código Penal de 1980
PrCP	Proyecto de Código Penal
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RG	Reichsgericht
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

RJ	Repertorio de jurisprudencia (Aranzadi)
RJCat	Revista Jurídica de Catalunya
s/ss	siguiente/s
StGB	Strafgesetzbuch
STS/SsTS	sentencia/s del Tribunal Supremo
t.	tomo
TS	Tribunal Supremo
vid.	véase
vol.	volumen
Wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht.
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
§	parágrafo